

GIOVANNI BOGNETTI

***La problematica
della libertà costituzionale d'espressione.***

(Per una storia autentica dell'art. 21 e della evoluzione
dei suoi significati e per una teoria consapevolmente
“politica” di quella libertà)

Appunti a margine di un'opera di A. Pace e di M. Manetti.

I

Introduzione

Il recente volume sulla libertà di manifestazione del pensiero, scritto da A. Pace e da M. Manetti per il Commentario della Costituzione, editore Zanichelli, può definirsi, senza tema di esagerazione, a suo modo un capolavoro: un capolavoro prodotto di quella scienza del diritto e del suo metodo di indagine che sogliono chiamarsi positivistici; i quali in questa opera realizzano di sé un frutto di alta qualità. La consapevole, deliberata adesione al metodo del positivismo giuridico, come strumento per l'elaborazione dell'opera, è apertamente dichiarata da Pace in alcune pagine di Considerazioni preliminari, in contrapposizione a un metodo dell'interpretazione "per valori", che oggi starebbe prendendo il sopravvento. In verità, Pace attualmente non vorrebbe che al metodo da lui propugnato e adoperato si applicasse la tradizionale qualifica di "positivistico", perché la parola evoca idee connesse con una ideologica che fa del diritto il prodotto esclusivo dello stato e un sistema composta di regole dotate di matematica precisione e in sé compatto e completo. Per il metodo da lui adottato preferisce la denominazione filosoficamente e ideologicamente asettica di "testuale-sistematico". Ma, al di là delle parole, sta di fatto che egli rivendica per la interpretazione della Costituzione, la quale deve partire dal testo e attenersi ad esso, i canoni che risalgono a Savigny e sono stati dogma inconcusso della grande stagione del positivismo giuridico: i criteri (da applicarsi nell'ordine) delle interpretazioni grammaticale, logica, storica e sistematica – con esclusione di apporti di diversi criteri nella determinazione del significato giuridico delle disposizioni costituzionali –. Egli riconosce che nelle operazioni di determinazione di quei significati da parte dell'interprete entrano elementi di "creatività", non riconducibili a una pura cogenza logico-sistematica discendente dal testo (un riconoscimento che sarebbe stato difficile strappare a un genuino, rigoroso positivista della stagione classica di quel grande movimento culturale-politico). Ma netta è l'impressione che lo spazio lasciato da lui a quegli elementi sia quantitativamente, nel complesso, molto limitato: che se ci si attiene scrupolosamente all'impiego dei quattro suddetti criteri, le strutture, i contenuti e le implicazioni delle disposizioni dell'art. 21 Cost. – di questo trattandosi nel volume – possono determinarsi senza che nella determinazione influiscano in modo decisivo scelte discrezionali di "valori" compiute a suo piacere dall'interprete. In ogni caso, la lettura del monumentale volume lascia di certo nel lettore l'immagine di un complessivo disegno del sistema della libertà di espressione garantita dalla nostra Costituzione come emergente in maniera non controvertibile dal testo dell'art. 21 preso nella sua portata letterale, analizzato nella sua genesi storica e collocato nel contesto della Carta nel suo insieme; ogni diversa versione di quel sistema – o ogni diversa opinione quanto a punti particolari d'esso – costituendo, non una differente interpretazione del dato normativo effetto di una comprensibile scelta di diversi valori

condizionanti, ma un'erronea deviazione dall'unica, oggettiva volontà della Costituzione.

L'opera – torno a dire – può ritenersi a suo modo un capolavoro. Lo può, in primo luogo, per la imponenza dell'impianto sistematico-concettuale cui il lavoro interpretativo mette capo: un impianto ricco di interne articolazioni, le quali, collegate armoniosamente le une con le altre, coprono, con risposte adeguate, tutte le molteplici sfaccettature che presenta la difficile problematica della libertà di espressione in quanto libertà costituzionalmente garantita. Sotto il profilo della organicità e coerenza del complesso lavoro costruttivo compiuto, il libro regge il confronto con i maggiori prodotti della scienza giuspositivistica classica, sia nel settore del diritto pubblico sia nel settore del diritto privato.

Ma i pregi dell'opera di Pace e della Manetti vanno oltre. Essa è anche completa sotto il profilo dell'informazione che fornisce al lettore dei fatti storici che hanno preceduto e accompagnato la genesi dell'art. 21, del quadro comparatistico in cui si situa la normativa italiana rispetto agli altri maggiori ordinamenti occidentali, delle varie teorie interpretative proposte in alternativa su tutti i punti problematici del grande tema della libertà del pensiero (teorie esposte e criticate nel minuto), dei molteplici sviluppi legislativi e giurisprudenziali che sono intervenuti via via in seguito, ad attuazione più o meno fedele del dettato costituzionale.

Questo il giudizio altamente positivo che deve darsi dell'opera presa nel suo genere e come strumento di utile, impeccabile informazione. E tuttavia non sarebbe giusto sottacere le riserve che pure possono avanzarsi nei confronti di questo bellissimo lavoro sotto due importanti aspetti.

Il libro, nelle sue più di ottocento pagine, è ricco di narrazioni storiche di fatti precedenti, concomitanti e successivi all'adozione dell'art. 21: narrazioni sempre scrupolose e esatte nel riferire i fatti nella loro oggettività esteriore. Ma esse non riescono a far emergere con sufficiente evidenza e nettezza la contrapposizione a mio avviso esistente tra il sistema di valori prevalso nella genesi e composizione di quell'articolo e quello affermatosi successivamente nell'interpretazione-attuazione legislativa e giurisprudenziale di esso. Manca la individuazione del primo sistema, informato a un modello di natura liberale classica, estraneo alla logica dello stato interventista ed anzi preclusivo d'essa. Le narrazioni degli sviluppi susseguenti non riescono poi a mettere in adeguata luce come, fermo e inalterato il testo dell'articolo, nella lettura d'esso i suoi applicatori autoritativi – il Legislativo e il Giudiziario, sostenuti da una dottrina giuridica di analogo e anche più spinto indirizzo – abbiano ben presto e via via in modo definitivo sostituito all'originario sistema il sistema che era stato respinto, rendendo quest'ultimo la attuale, scontata versione operativa ufficiale della volontà della Costituzione a proposito di libertà di espressione. Tantomeno di questa radicale evoluzione del significato concreto, “vivente”, dei principi costituzionali in materia, il libro indica le cause profonde, insiste nelle vicende politiche del paese e nella sua difficile, tormentata marcia verso una democrazia comparabile a quella di altri, più fortunati paesi occidentali. Il libro, certo, non intende essere un'opera di storia costituzionale, impegnata per dovere a rappresentare per intero le tappe di una complessa evoluzione e le sue cause: ma, dato il largo spazio dato in esso alla materia

storica, ci si attenderebbe che esso scendesse al di sotto della mera cronaca e porgesse almeno di scorcio un profilo sommario delle variazioni profonde subite dai principi costituzionali in questione nonché dei fattori che le hanno determinate.

D'altronde, il libro accetta per lo più il sistema di valori che attraverso la prassi legislativa e giurisprudenziale è diventato la voce attuale, concreta della Costituzione: lo accetta, nel senso che vede in esso il significato "vero" della Costituzione in proposito, quello il cui rispetto deve imporsi a tutti i livelli dell'ordinamento. Ma poiché non v'è nel libro la percezione della diversa natura del sistema incorporato originariamente nelle disposizioni dell'art. 21, nemmeno v'è in esso una adeguata giustificazione, in ultima analisi di carattere politico-storico valoriale, della libera adesione al nuovo, diverso sistema come sistema costituzionalmente dovuto. E v'è di più. Il libro di principio si muove con le sue argomentazioni nel quadro dei valori e della logica del nuovo sistema; ma questo quadro lascia sui punti particolari e verso i suoi margini spazi notevoli per soluzioni differenti, la scelta tra le quali andrebbe a sua volta giustificata con giudizi di valore, da esporsi e discutersi apertamente e approfonditamente sullo sfondo delle diverse conseguenze sociali-politiche che ciascuna soluzione, se preferita, comporterebbe. Il libro rifugge invece in genere dal lasciarsi coinvolgere in siffatte discussioni e tende a presentare le scelte che pur compie nel dibattito circa i problemi particolari come il prodotto, unico logicamente accettabile, della applicazione di categorie giuridiche proprie del sistema e sicure nelle loro implicazioni. Insomma, da un punto di vista scientifico l'opera non appare sufficientemente autoconsapevole della natura politico-problematica delle interpretazioni che, a livello generale e nei punti particolari, essa propone; e il suo linguaggio e il suo stile argomentativo riflette tale tendenziale carenza di consapevolezza.

Se questi sono i limiti dell'opera, bisogna riconoscere che essi dipendono probabilmente proprio dall'impostazione metodologica – sia concesso dire – "positivistica", che essa in partenza si è voluta dare.

Pace ha ragione quando si oppone alle teorie italiane, vaghe e senza precisi contorni, della interpretazione "per valori": teorie che sembrano aprioristicamente mirate a favorire interpretazioni fortemente innovative del dato normativo, libere da ogni dovuto aggancio alla stessa lettera di quel dato. Sia sul terreno della descrizione di ciò che per lo più accade nei processi di interpretazione costituzionale negli ordinamenti democratici, sia sul terreno della proposta di un ragionevole metodo per la giusta trattazione interpretativa del dato normativo, è accettabile la tesi da lui difesa per cui l'interpretazione costituzionale e lo sviluppo delle sue costruzioni concettuali e delle sue deduzioni consequenziarie parte e deve partire sempre dal testo della Costituzione. Il testo è la pista di lancio obbligata, o almeno un vincolo imprescindibile, per ogni ragionamento costituzionale di tipo costruttivo-pratico. Accogliere piste di lancio estranee del tipo di quelle informali proposte in America da Ackerman, da affiancare o addirittura sovrapporre al testo formale della Costituzione, in genere non è cosa che si pratici, e non è, per ragioni varie, cosa da praticarsi. Ma Pace sottovaluta grandemente il grado di manipolabilità del testo costituzionale formale, pur preso dai suoi interpreti-applicatori come punto obbligato di partenza dei loro ragionamenti. Le formule delle

disposizioni costituzionali, salvo per eccezione quelle a contenuto strettamente specifico, sono formule altamente malleabili. Esse nascono in genere con significati e portate relativamente determinati, tenuto conto delle note, sottostante intenzioni dei loro autori. Ma il senso generale originario delle formule – se si assume essere quello probabilmente inteso dalla maggioranza dei costituenti – è con facilità aggirabile e sostituibile con altro, posta la struttura astratta del dato normativo; e lo stesso significato di parole specifiche può essere cambiato nei complessi processi di successiva interpretazione-applicazione del dato. Ciò si verifica più o meno *normalmente* nelle vicende degli ordinamenti che si reggono con Costituzioni scritte formali; *come attesta con sicurezza la loro storia*. Conseguenza allora da ciò che la stessa eventuale decisione dell'interprete-applicatore di attenersi nello sviluppo delle sue costruzioni concettuali per quanto possibile ai presumibili significati originari delle formule e delle loro parole abbisogna di una giustificazione in termini di giustizia e convenienza per la collettività su cui la scelta verrà a incidere; una giustificazione che dimostri la preferibilità della scelta rispetto ad altre possibili di carattere innovativo. L'inserimento con efficacia decisiva di autonome valutazioni politiche dell'interprete nei processi di interpretazione-applicazione del dato costituzionale non è dunque evitabile. E la pretesa di lavorare il dato normativo con il solo ausilio dei "neutrali" criteri dell'interpretazione grammaticale, logica, storica e sistematica – nell'ordine – non elimina ovviamente quella inevitabile, decisiva presenza. Produce invece di fatto solo il suo più o meno pieno oscuramento; e se la scelta dell'interprete-applicatore è per un sistema che in qualche misura innova rispetto a quello originariamente pensato dai costituenti essa induce il discorso interpretativo a mettere in ombra, sul piano delle conoscenze, il vero significato storico originario delle disposizioni, e, qualora frattanto il testo loro non sia mutato, e non siano mutati nemmeno i testi di disposizioni costituzionali circostanti capaci di qualche indiretta influenza, spinge quel discorso ad attribuire la propria scelta di sistema alla oggettiva volontà in sé, come era fin dall'inizio, del precetto costituzionale. E' quanto appunto è accaduto – a mio parere – al discorso del libro di Pace e della Manetti.

II

L'impostazione originaria

Affinché non appaiono del tutto gratuite le riserve che ho espresse, esporrò qui succintamente le linee essenziali della profonda evoluzione che a mio avviso ha investito il significato e la portata giuridica dell'art. 21, trasformando col tempo quelli della sua iniziale impostazione in quelli che ha assunti al presente.

Il quadro storico che prospetterò non è in alcun modo l'esito di una approfondita indagine condotta secondo i metodi della migliore storiografia. E' soltanto uno schema ipotetico di *interpretazione di un brano della nostra storia costituzionale*, che mi pare plausibile in base a una serie di elementi probatori e di indizi esistenti in suo favore, ma che ha tuttora, anche ai miei occhi, un valore problematico, esposto come è, non solo a ovvie integrazioni e completamenti, ma anche a vere e proprie correzioni indotte da più attente, future indagini. Mi sembra però giusto, nonostante la confessata ipoteticità dello schema, farne una rapida esposizione; e ciò oltretutto per colmare una lacuna che in sostanza in proposito esiste nella nostra letteratura giuridica. La Costituzione repubblicana, come è noto, ha accolto di massima, per definire nella sua Prima Parte il rapporto tra stato-apparato e società civile (la "forma di stato") il modello "democratico e sociale", derivante dal modello liberale ma distinto da quest'ultimo. Nel definire però i principi relativi alla libertà di espressione, garantita dall'art. 21, sembra che essa, secondo l'intenzione della maggioranza dei costituenti, abbia scelto invece una *formula di puro stampo liberale classico*.

La forma di stato del classico modello liberale attribuiva essenzialmente allo stato in tutti i campi il compito di definire giuridicamente gli istituti di autonomia (dalla proprietà privata al contratto, dalle libertà spirituali e culturali a quelle del lavoro e dell'iniziativa economica) attraverso cui la società civile – composta da individui eguali davanti alla legge – avrebbe provveduto ad organizzarsi da sé e a realizzare da sé i propri interessi, con un minimo di interventi dello stato ulteriori rispetto alla definizione da lui data di quegli istituti e della tutela giurisdizionale che esso doveva assicurare per il loro corretto funzionamento. Per ciò che concerne in particolare la libertà di espressione, garantita agli individui singoli e associati tra loro, e garantita con riguardo a ogni mezzo di comunicazione (parola, scritto, stampa, ecc.), allo stato spettava di predisporre in diritto gli strumenti giuridici eventualmente necessari per la realizzazione autonoma delle comunicazioni (la possibilità giuridica per i singoli di acquisire e disporre in proprio dei mezzi per scrivere, stampare, diffondere gli stampati, ecc.) nonché di stabilire i limiti generali che il diritto di liberamente esprimersi doveva pur incontrare per il giusto rispetto di altri beni importanti (l'ordine pubblico; la reputazione delle persone; il buon costume; ecc.). Per il resto, lo stato non avrebbe dovuto interferire nei processi sociali delle comunicazioni, né per ulteriormente restringere l'ampio libero spazio ad essi concesso, né per promuovere come più meritevoli di altri, per contenuto, certi tipi di comunicazioni, o comunque la crescita dei processi

comunicativi in se è e per sé. La filosofia fautrice del modello liberale aveva sostenuto, nelle prime fasi del suo affermarsi, che la libertà di esprimersi in piena autonomia fosse un diritto naturale della persona, conculcato nei regimi precedenti e finalmente da rivendicare. Ma in una seconda fase a questa motivazione se n'era aggiunta – in parte anche sostituendosi ad essa – un'altra. I liberali ritenevano che, nel campo della cultura (nel senso larghissimo della parola), come d'altronde nel campo dell'economia, la società *lasciata sola* avrebbe prodotto il meglio di sé, con risultati i più vantaggiosi per tutti. Qualunque intervento dello stato nel mondo della comunicazione – al di là della definizione giuridica degli istituti di autonomia e dei limiti giuridici generali posti alla libertà dei privati, per i fini sopradetti – avrebbe cagionato più danni che vantaggi, quali che fossero le buone intenzioni dell'intervento. Se non altro, alla lunga l'inevitabile paternalismo delle inferenze statali avrebbe fiaccato lo spirito di vivace iniziativa e di autoresponsabilità della società civile – per non dire dei rischi di sotterranee influenze inquinanti insiti negli interventi governativi –.

Il modello dello stato liberale si attuò in larga misura – secondo quanto attestano gli studi di diritto comparato – negli ordinamenti occidentali dell'Ottocento; e così anche in particolare i suoi principi concernenti la libertà d'espressione. In proposito, a conferma della forza del principio del dovuto astensionismo dello stato, può ricordarsi che in quel periodo il principale mezzo di comunicazione sociale allora esistente – la stampa – fu esclusivamente, sotto ogni rispetto, una faccenda di privati. La presenza di giornali di diretta o indiretta emanazione del governo o di altra autorità pubblica sarebbe stata avvertita come una impropria, pericolosa intromissione.

Contro l'opinione più diffusa, e contro l'apparenza offerta dal voto di approvazione quasi unanime di tutte le forze politiche, la Costituzione del 1948 nasconde dentro la propria genesi lo scontro di tendenze molto divergenti; scontro risolto, non in un compromesso attraverso reciproche concessioni, ma con l'imporsi in concreto di una tendenza sopra le altre.

Nel campo generale della “costituzione economica” lo scontro avvenne tra una concezione che possiamo dire “sociale”, tipica delle esperienze costituzionali dell'Occidente nel Novecento, e una concezione, di ispirazione marxista, che avrebbe voluto sottoporre l'intera economia del paese a una pianificazione statalistica generale. La proposta della pianificazione, fatta dai partiti della sinistra (emendamento Montagnana) fu nettamente respinta (9 maggio 1947). Ma in conformità alla logica del modello “sociale” nemmeno si accolse il principio liberale che in economia esige l'astensionismo dello stato e la sovranità piena del mercato, cioè della sola iniziativa economica privata. Si ammise il ruolo centrale e dominante di quest'ultima, ma si stabilì che lo stato potesse per certi settori imporre “programmi e controlli” (art. 41) e per altri particolari settori anche riservare l'iniziativa esclusivamente allo stato stesso e in genere alla mano pubblica (art. 43). Insomma, si volle che lo stato, oltretutto predisporre con legge gli istituti attraverso cui l'iniziativa privata si sarebbe esplicata e i limiti generali e le responsabilità d'essa, si facesse in vario modo *promotore dello sviluppo economico*, cooperando all'incremento del benessere materiale del paese e alla realizzazione, per quanto possibile, di situazioni ove a tutti i cittadini fosse offerto un impiego (cosiddetto “diritto al lavoro” dell'art. 4).

Ci si sarebbe potuti aspettare, forse, che una soluzione in qualche modo analoga venisse accolta nelle disposizioni relative al diritto fondamentale della libertà d'espressione, costituzionalizzato nell'art. 21. Ciò anche in considerazione del fatto che in un altro settore importante della vita culturale (in senso largo) della società – quello dell'istruzione e della scuola – allo stato la Costituzione riservava un ruolo essenziale e addirittura predominante – senza escludere peraltro la libertà dei privati di intervenire in misura sostanziosa –. Viceversa, l'articolo 21 stabilì nel primo comma il diritto dell'individuo di esprimersi liberamente con la parola, lo scritto, e *ogni altro mezzo di comunicazione*; limitandosi nei commi successivi a porre alcune disposizioni di garanzia particolare con riguardo alla libertà esplicitatesi col mezzo della stampa e una disposizione relativa a un limite che in generale la libertà d'espressione doveva rispettare (il buon costume). Era l'affidare per intero il fenomeno delle comunicazioni sociali, in tutte le loro possibili manifestazioni, alla libera iniziativa dei privati, secondo appunto il modello classico liberale; essendo di per sé significativa l'assenza di qualsiasi accenno a una presenza attiva dello stato nel settore (a parte ovviamente il sottinteso compito che esso avrebbe dovuto assolvere del definire con la legge, occorrendo, le generali caratteristiche giuridiche dei mezzi adoperabili per l'esercizio del diritto da parte degli individui suoi titolari, nonché i limiti generali da porre alla libertà d'espressione, oltre e accanto a quello del buon costume espressamente nominato dall'art. 21).

Non è che non vi fossero, nell'Assemblea, dei costituenti che ritenevano dovesse essere ben altro, anche in questo campo, il ruolo dello stato. I partiti marxisti, ove le condizioni storiche avessero consentito (ma sapevano che al momento non lo consentivano) avrebbero gradito che tutti i rilevanti mezzi di comunicazione, dalle semplici tipografie alle complesse imprese editoriali, alle stazioni radio e di teletrasmissione (quelle che di fatto già operavano in Italia e quelle che sempre più avrebbero in futuro occupato un posto importante nei processi di comunicazione), fossero di proprietà pubblica. Ma anche alcuni costituenti di partiti non marxisti – appartenenti per esempio alla sinistra democristiana – pensavano che, ferma la presenza dei privati e delle loro iniziative nei fondamentali settori della stampa e delle radiotrasmissioni, il ruolo della legge non dovesse restringersi a quello voluto dal modello liberale. Lasciato alla sola libera iniziativa privata il compito di attivare i processi della grande comunicazione, soltanto pochi soggetti avrebbero finito di fatto per controllarne i mezzi e dunque per poter diffondere adeguatamente con essi “il proprio pensiero”: alla gran massa delle persone non sarebbe stato possibile esercitare di fatto, a quei livelli, la libertà che pure – si diceva – l'art. 21 garantiva “a tutti”. Secondo questo punto di vista, la garanzia costituzionale della libertà d'espressione avrebbe dunque dovuto includere, oltre ai profili individuali del diritto, anche una sicura promessa che, ai livelli delle comunicazioni di massa, non potendosi magari dar voce letteralmente alla totalità dei cittadini presi uno per uno, avrebbe dovuto trovare espressione almeno quello che da allora in poi verrà chiamato il “pluralismo delle opinioni” presenti nella società e che tale valore costituzionale avrebbe potuto esigere tra l'altro, per venir realizzato, anche particolari restrizioni alla piena libertà dei soggetti che, esercitando la loro garantita libera iniziativa di esprimersi, avessero messo in opera

mezzi idonei per farlo. In questa prospettiva, i sostenitori di questo punto di vista, rielaborando una precedente istanza dei marxisti, proposero che nell'art. 21 venisse inserita la seguente disposizione (*emendamento Fanfani-Gronchi*): “Per garantire a tutti i cittadini l'effettivo esercizio di questo diritto (la libertà di esprimersi), la legge può regolare l'utilizzo delle imprese tipografiche e di radiodiffusione”. *La proposta, messa in discussione e al voto, fu respinta.*

Come la reiezione dell'emendamento Montagnana costituisce la chiave decisiva per l'interpretazione corretta del pensiero della maggioranza dei costituenti in materia di “costituzione economica” (il segno sicuro che la Costituzione voleva una economia “sociale” ma non “pianificata”), così la reiezione dell'emendamento Fanfani-Gronchi è un indizio prezioso per comprendere quale fosse il pensiero della maggioranza dei costituenti (sia pure la maggioranza di una assemblea divisa) in materia di regime di libertà di espressione e dei vari mezzi attraverso i quali essa si sarebbe estrinsecata; regime da essi incorporato sinteticamente nelle disposizioni dell'art. 21.

In sostanza, l'art. 21, voluto dalla maggioranza, consacrava l'idea che la società civile, nella sua autonomia e da sola, avrebbe dovuto provvedere alla elaborazione e alla messa in circolazione delle informazioni e delle opinioni, nella misura, ovviamente, in cui ne fosse capace; senza obbligo imposto ai privati di facilitare in qualsiasi maniera il diffondersi del “pluralismo” dei vari punti di vista o qualsiasi altro interesse pensato utile alla società. Come già nella tradizione liberale, il crescere rigoglioso di pensieri e sentimenti diversi in seno al corpo sociale era, di massima, ritenuto un bene; ma quella ricchezza doveva scaturire dalle indipendenti iniziative dei singoli, lasciate del tutto libere. E a conferma della completa libertà da lasciarsi in questo campo alle iniziative private – salvi i limiti negativi generali stabiliti per i contenuti delle espressioni a tutela di alcuni essenziali beni – occorre ricordare un altro particolare episodio caratterizzante l'intero andamento dell'approvazione dell'articolo. I costituenti erano consapevoli della situazione esistente allora in Italia nel campo della stampa, ove non vigevano condizioni di reale concorrenza e anzi, per i quotidiani, vigeva un sostanziale regime, a livello di stampa locale, di monopolio zona per zona, e, a livello nazionale, di molto stretto oligopolio. E tuttavia, non solo i regolamenti mirati ad aprire le imprese editoriali al “pluralismo” (secondo il senso dell'emendamento Fanfani-Gronchi) furono esclusi, ma anche il tentativo compiuto di inserire nell'art. 21 generiche disposizioni di condanna dei cartelli e delle posizioni dominanti in quel campo cadde nel vuoto. Unica norma diretta in qualche modo a tutelare le capacità del pubblico di giudicare le informazioni che gli venivano trasmesse fu alla fine quella per cui la Costituzione autorizzava la legge a rendere obbligatoria la pubblicità delle fonti di finanziamento della stampa periodica (si noti che nell'approvare l'art. 41 in materia di iniziativa economica in generale si auspicò in Assemblea l'introduzione di pertinenti, idonee leggi *antitrust*; trattandosi invece dell'imprenditoria editoriale in particolare, deliberatamente non si volle prevedere quella possibilità).

Nella mentalità della maggioranza dei costituenti l'art. 21 poneva dunque per i privati un diritto di libertà che nel tradizionale linguaggio costituzionale liberale si sarebbe chiamata di “libertà negativa”: la pretesa a che lo stato – dettate le condizioni giuridiche per la migliore utilizzabilità dei mezzi di comunicazione e i dovuti limiti generali – si

astenesse da ogni e qualsiasi interferenza regolatoria con le attività private nel campo. Ma per quella mentalità l'art. 21 diceva anche, certamente, assai di più. L'articolo conteneva per intero la disciplina costituzionale della materia delle "comunicazioni" come fenomeno sociale. Esso affidava ai privati lo sviluppo delle comunicazioni con ogni "mezzo". La maggioranza doveva pensare che esso, non solo garantisse la piena libertà delle iniziative private da interventi regolatori statali, ma per implicito anche escludesse la possibilità di iniziative suppletive dello stato nel settore, capaci di affiancarsi a quelle private o di condizionarle in qualche modo. Con riguardo in particolare alla stampa, i più dei costituenti avrebbero visto il formarsi di una editoria posseduta o controllata economicamente dallo stato come una forma di inaccettabile concorrenza con i privati: un pericoloso sistema per influenzare l'opinione pubblica a vantaggio dei più o meno temporanei detentori del potere politico.

Insomma, l'art. 21, secondo le intenzioni dei suoi autori, si ispirava, sotto ogni rispetto, al principio per cui il fenomeno sociale delle comunicazioni doveva rimanere di esclusiva pertinenza di una autonoma società civile. Può sembrare strano questo ripiegamento dei costituenti sulla tipica modellistica liberale. Ma bisogna riflettere che proprio in questo campo si era manifestato al suo peggio lo statalismo fascista. Il regime politico al quale la Costituzione reagiva aveva schiacciato il libero formarsi, correggersi ed evolvere dell'opinione pubblica, non tanto con lo stabilire pesanti limiti generali ai contenuti delle comunicazioni inseriti in norme penali repressive (le relative norme del Codice penale del 1930 trovavano non di rado riscontro in leggi del periodo di altri ordinamenti che si considerano democratici); bensì con l'assoggettare l'intero universo della comunicazione a una rete pervadente di controlli amministrativi puntuali e di condizionamenti economici, i quali consentivano al potere politico di imporre agli operatori privati, direttamente o indirettamente, le sue scelte e preferenze discrezionali. La stampa, espressione della società civile, aveva perduto sotto il fascismo una reale indipendenza dalla classe politica. A molti costituenti del 1947 dovette sembrare meglio, perciò, non correre alcun rischio del genere ed escludere in radice, per quanto possibile, ogni contatto, sul terreno della formazione dell'opinione pubblica, tra stato (classe politica) e forze autonome della società civile (specie non potendosi conoscere di qual colore sarebbe stata in futuro la classe politica al potere). Regolamenti diretti a favorire il "pluralismo" e leggi *antitrust* in materia di comunicazioni avrebbero permesso troppo spazio attraverso la loro amministrazione concreta alla possibile influenza della politica. Lo stesso nel caso di giornali di proprietà dello stato o sostenuti da suo danaro.

(Pace ricorda puntualmente le vicende della reiezione dell'emendamento Fanfani-Gronchi e dell'abbandono di eventuali disposizioni antimonopolistiche. Ma non sembra ravvisare in esse posizioni di per sé in contrasto con le successive posizioni che in proposito assumeranno la nostra legislazione e giurisprudenza costituzionale – delle quali parleremo –).

Per completare il concetto di quale fosse la portata originaria dell'art. 21, secondo il pensiero dei suoi autori, due osservazioni aggiuntive.

Concretizzare nello specifico quali dovessero essere, per tipo, misura e sanzioni, i *limiti generali* (quello espresso dall'art. 21 e gli altri possibili perché da esso implicitamente ammessi) afferenti la libertà d'espressione, sarebbe spettato, nel pensiero si può dire di

tutti i costituenti, al Legislativo con legge ordinaria. E sui poteri del Legislativo in proposito e sui modi di esercitarli si può anche notare un tendenziale atteggiamento comune tra gli appartenenti alle pure opposte parti politiche dell'Assemblea: un atteggiamento pratico non precluso da divergenze nelle concezioni ideologiche di fondo. Forse non si è lontani dal vero sul supporre che per la maggioranza dei costituenti non appartenenti ai partiti marxisti la quasi totalità delle norme del Codice penale fascista (il caso di alcune leggi speciali poteva essere diverso), le quali toccavano in qualche maniera fatti di espressione-comunicazione, non offendevano di per sé il principio fondamentale del primo comma dell'art. 21. (Il riferimento va alle disposizioni relative ai reati contro la "personalità dello stato" e l'ordine pubblico – le fattispecie concernenti la propaganda per la sovversione violenta delle istituzioni, l'istigazione a delinquere e alla disobbedienza alle leggi, le apologie di delitto, i segreti di stato e di ufficio, ecc. –, alle disposizioni concernenti i reati contro la moralità pubblica e la reputazione delle persone – i vilipendi della religione, le ingiurie, le diffamazioni, ecc. –; e così via). La libertà di esprimersi era un diritto importante dell'individuo, prerogativa della sua personalità; ma l'ordinamento doveva pur curare la salvaguardia anche di altri beni. Forse anche la sinistra marxista non condannava in sé e per sé il più di quelle norme del Codice, salvo di sicuro escludere che esse potessero comunque applicarsi a manifestazioni tradizionalmente caratteristiche del proprio credo rivoluzionario. Questo suo atteggiamento si trovava del resto in armonia con la particolare concezione "funzionalista" della libertà di pensiero che essa abbracciava: quella libertà andava riconosciuta solo nella misura in cui essa servisse a promuovere il bene della comunità (il quale per essa peraltro doveva concepirsi nel senso dei bisogni di una evoluzione socialista). Dunque, i punti di vista di fondo erano magari divergenti – i democratici più per una concezione "individualistica" del diritto in questione; i marxisti per una certo approccio "funzionalista" –. Al di là delle divergenze di fondo, vale però la constatazione: sia da una parte sia dall'altra, sul terreno pratico della concreta determinazione dei limiti non v'era una chiara propensione a circoscrivere con nettezza la incisività d'essi, cioè a preferire in generale con decisione la causa della libertà d'espressione nei confronti della causa degli altri beni che le norme limitatrici erano intese a tutelare. Si pensava che, in materia, il Legislatore avesse, almeno di massima, ampio spazio per una efficace protezione di quei beni, direttamente o potenzialmente minacciati da fatti espressivi; senza che ostasse in proposito l'altisonante formula del primo comma dell'art. 21.

A complicare le cose nel pensiero dei costituenti in materia di limiti v'era poi un altro aspetto del problema della loro costituzionalità. La Costituzione prevedeva una Corte deputata a vegliare sul rispetto delle norme costituzionali. Ma la disposizione del primo comma dell'art. 21 aveva carattere estremamente generico, capace di permettere interpretazioni molto differenti quanto alle implicazioni che ne potevano scendere riguardo alla legittima natura e incidenza dei limiti da apporre ai fatti espressivi. Pertanto, il giudizio sulla conciliabilità dei limiti, per tipi, misure e sanzioni, col principio costituzionale della libertà d'espressione finiva per risolversi più o meno necessariamente in un giudizio discrezionale, e cioè, *lato sensu*, "politico". Poiché di certo i costituenti non intendevano conferire alla Corte costituzionale poteri di

supervisione discrezionale-politica sulle leggi fatte dal Parlamento, è pensabile che per molti di essi la Corte non dovesse adoperare quella formula elasticissima per sovrapporre il proprio giudizio a quello del Parlamento che, con legge, avesse sancito un limite dotato di un certo contenuto o di una certa incidenza; ovvero potesse adoperarlo solo in casi assolutamente estremi, per condannare una legge limitatrice della libertà d'espressione facente corpo con altre miranti alla sicura instaurazione di un regime oppressivo-totalitario. La Corte, in questo campo come in altri, avrebbe dovuto limitarsi a imporre al Parlamento il rispetto di norme costituzionali specifiche e dalle implicazioni sottratte a qualsiasi possibile dibattito; lasciando altrimenti alla valutazione del Legislativo il giudizio decisivo sulla ammissibilità dei limiti da adottare. Entrata in vigore la Costituzione, il Potere giudiziario, prima che subentrasse la Corte costituzionale, forgiò appunto per le norme costituzionali a struttura generica e astratta il termine di "norme meramente programmatiche", non suscettibili di spiazzare nei giudizi della magistratura la valenza di leggi più o meno ad esse apparentemente contrarie; e tra le "programmatiche" inserì in particolare quella del primo comma dell'art. 21. E' probabile che questa giurisprudenza interpretasse a suo modo correttamente il pensiero della gran maggioranza dei costituenti.

La seconda osservazione riguarda la speciale problematica costituzionale dei mezzi di comunicazione.

L'art. 21 garantiva al singolo la libertà d'espressione "con tutti i mezzi di comunicazione". Nel pensiero della maggioranza la disposizione non prometteva di fornire a ciascun singolo, di fatto, i mezzi di comunicazione con cui esprimersi: scontata la "parola", mezzo di norma posseduto di fatto da tutti (ma la disposizione non prometteva che lo stato avrebbe fornito a spese pubbliche "mezzi sostitutivi" a chi della "parola" fosse per caso privo: ai muti), rispetto agli altri "mezzi" il diritto del singolo si risolveva nel diritto ad un regime giuridico del "mezzo" tale per cui egli, per sua iniziativa, a sue spese e con sua responsabilità, potesse acquisire la disposizione del mezzo e potesse disporne senza essere soggetto a direttive da parte dello stato – salvi i limiti generali fissati per legge di cui s'è discusso –. Rispetto al mezzo dello "scritto", il diritto in sostanza presupponeva un regime contemplante l'acquisibilità privata della carta e degli strumenti di scrittura nonché la facoltà tutelata di far liberamente circolare lo scritto prodotto. Rispetto alla "stampa", il diritto postulava un regime di libera istituzione privata di tipografie e di imprese editoriali e di libero smercio dello stampato, in vista anche di un corrispondente profitto; il tutto sotto la protezione della legge e della giustizia. Regimi giuridici che avessero reso impossibile o troppo difficile l'iniziativa del singolo diretta a utilizzare, a sua scelta e spese, uno dei mezzi nominati avrebbe dovuto considerarsi lesivo della sua libertà garantita, e denunciabile come sicuramente o tendenzialmente incostituzionale.

Per ciò che concerne la "stampa", come s'è visto, la maggioranza aveva voluto escludere esplicitamente la sottoposizione della iniziativa privata a direttive di parificazione "sociale". L'articolo conferiva a "tutti" il diritto di esprimersi con qualsiasi mezzo; ma ciò non implicava il dovere dello stato di fornire a tutti di fatto e in concreto il mezzo da utilizzare, tantomeno se la cosa dovesse realizzarsi con restrizione della libertà di qualcuno che aveva preso in proprio l'iniziativa. "Tutti" significava

invece, nel pensiero della maggioranza, che ogni soggetto come tale, senza discriminazione, aveva il diritto di assumere l'iniziativa dell'uso del mezzo, nel quadro di un regime giuridico che ne garantiva la libertà e la astratta disponibilità giuridica. La maggioranza aveva anche escluso, per tema di ingerenze politiche, leggi *antitrust* operative nel settore delle imprese editoriali e, si è pure detto, l'ipotesi di interventi suppletivi pubblici, sotto forma di una stampa di stato o sotto il controllo dello stato. La stampa, specie quella periodica, doveva, come nell'Ottocento, rimanere esclusiva espressione delle forze liberamente operanti nella società civile.

A differenza del mezzo "stampa", l'art. 21 non dedica alcuna disposizione specifica al "mezzo" di diffusione per onde hertziane. Ma ciò non vuol dire che non possa ricavarsi dal testo dell'articolo e da altri elementi storici qualche indicazione circa le possibili soluzioni preferite dalla maggioranza.

I costituenti conoscevano benissimo l'esistenza di quel mezzo di diffusione; e l'aver il principio del primo comma enunciato il diritto del singolo di esprimersi liberamente attraverso *tutti i mezzi di diffusione* fa pensare che anche a quest'ultimo dovesse per la maggioranza applicarsi in sostanza la logica valida per gli altri. A conferma, può addursi il fatto che anche l'emendamento Fanfani-Gronchi, pur a indirizzo "sociale", parlava di stazioni radiofoniche di apparente proprietà o almeno gestione privata. V'era però riguardo al mezzo radiotrasmittente un obiettivo elemento di fisica, essenziale differenza rispetto alla potenziale utilizzabilità d'esso da parte delle iniziative private. Nel caso della stampa, chiunque poteva in astratto, sulla base di un libero regime giuridico in vigore, organizzare una impresa editoriale e tentare di competere con le altre: il numero dei potenziali tentativi non era di per sé predeterminato e circoscritto. Nel caso delle onde hertziane, il numero delle bande utilizzabili era strettamente, a quel tempo, limitato, e, per stabilire un regime di utilizzazione che evitasse il caso delle interferenze, sarebbe stato necessario individuare invece, d'autorità, un numero delimitato e piccolo di eventuali aventi diritto alle trasmissioni, e, se questi fossero soggetti privati, giustificare la attribuzione, fatta d'autorità, ad alcuni tra essi piuttosto che ad altri del diritto in questione. Sarebbe stata, non la logica del mercato, sullo sfondo di un teorico libero accesso all'uso del mezzo da parte di tutti, a decidere chi di fatto informava e diffondeva opinioni, come accadeva per la stampa, ma una scelta operata dal potere politico. La differenza imposta dalle condizioni oggettive della natura del mezzo non era di poco conto. Pure è possibile, e magari probabile, che non pochi in seno alla maggioranza ritenessero che la gestione data a privati dei centri di radiotrasmissione fosse idealmente una soluzione buona e possibile: forse tutto sommato la migliore. Esisteva l'esempio americano in tal senso; il quale suggeriva anche le regole che con tale soluzione dovevano adottarsi per impedire che, nelle condizioni date, il governo facesse scelte di proprio arbitrario gradimento, o tali da privilegiare comunque, nelle trasmissioni, l'affermarsi di indirizzi culturali e politici parziali, non messi alla prova puntuale della accettazione da parte del mercato e sorretti invece solo da una selezione autoritativa. E così forse non pochi avranno anche pensato che – come nel caso della stampa – la stessa ipotesi di una radio (e di una televisione) pubblica da affiancare alle stazioni private con scopi suppletivi-integrativi poteva – nel

quadro eventuale di una soluzione “all’americana” adottata con idonee garanzie – lasciarsi vantaggiosamente cadere.

III

Le varie, successive trasformazioni del sistema

Ho tracciato le linee di quelli che mi appaiono i più probabili significati e portata dell'art. 21 secondo le intenzioni dei suoi autori, insistendo su vari particolari, perché sullo sfondo di questo quadro è possibile scorgere quanto è variata col tempo la "lettura" e la realtà operativa dei principi dell'articolo rispetto alle attese originarie. Le disposizioni di quell'articolo erano sorte sul presupposto di quelle attese, e per la maggioranza dei costituenti esse le incorporavano. Ma tali disposizioni avevano struttura linguistica estremamente generica e si prestavano a "letture" anche molto diverse da quella iniziale: restando in definitiva agli interpreti applicatori autoritativi (soprattutto legislatori e giudici costituzionali) scegliere quale "lettura" rendere in concreto efficace nelle operazioni del diritto. Si trattava di "scelte" non realizzabili per via di ragionamenti solo dettati da regole ben applicate di logica (generale o giuridica che fosse); anche se chi sceglieva doveva comporre le sue "scelte" in un insieme dotato, possibilmente, di interna logicità e coerenza. Si trattava di "scelte" ispirate da valutazioni politiche, intese a servire al meglio la giustizia e l'interesse generale del paese (secondo le idee di chi le compiva e dentro i margini, spesso stretti, delle situazioni storiche concomitanti e fortemente condizionanti). Di fatto, le "scelte" si susseguirono in un lungo processo, caratterizzato da sviluppi non coordinati ed anzi addirittura non di rado tra loro contrastanti. Ma il risultato finale – la fotografia che può farsi al principio del secolo XXI della sostanza "vivente" dell'art. 21 – ci mostra un volto suo ben differente da quello originario.

In una sola frase: il diritto garantito di libertà d'espressione, concepito in termini liberali-classici dai costituenti, è oggi invece inteso e applicato – pur in presenza di un testo normativo che non ha nel tempo subito mutazioni – nei termini propri di un modello "sociale" (e per certi punti accentuatamente "sociale").

Non è possibile in questa sede descrivere adeguatamente le tappe del processo di trasformazione e i traguardi alla fine raggiunti dalle "riplasmazioni" autoritative dei significati dell'articolo. Ma per indicare per lo meno l'essenza di quella complessiva "rilettura" rinnovatrice, e l'importanza storica che essa riveste, bisogna se non altro ricordare per cenni i punti e i contenuti fondamentali dei trapassi intervenuti. E, per chiarire in che senso può dirsi che l'art. 21 possiede oggi una struttura "sociale", servirà anche far qualche cenno comparativo ad altri ordinamenti del nostro tempo.

a) La Corte e il Legislativo

Val la pena di segnalare per primo, tra i mutamenti del quadro originario, la decisione della Corte Costituzionale di utilizzare il principio del primo comma dell'art. 21 come strumento di serio vaglio, da parte sua, della legittimità costituzionale delle leggi. La mossa ha fatto parte della più ampia "scelta" della Corte di abbandonare la teoria generale delle norme meramente "programmatiche",

ma la sua rilevanza ai fini della gestione del regime giuridico della libertà d'espressione è stata del tutto particolare: essa ha avuto l'effetto di spostare nettamente il baricentro del sistema di quella gestione dal Legislativo (come era più o meno in tutti gli ordinamenti di tipo liberale) nella sfera della Corte (come del resto tende ad essere in tutti gli ordinamenti contemporanei). La assoluta generalità del principio del primo comma ha consentito alla Corte di diventare teoricamente l'arbitra dei confini entro cui qualsiasi legge che in qualche modo tocchi fatti espressivi deve contenersi: l'arbitra, vuoi attraverso la definizione della sfera intoccabile in sé dei fatti garantiti, vuoi attraverso le eventuali tecniche di "bilanciamento" del valore della libertà d'espressione nel concorso col valore di altri beni, vuoi attraverso altri, vari metodi di trattamento della disposizione.

Non bisogna peraltro esagerare circa il ruolo della Corte in proposito, rispetto a quello del Legislativo: il quale resta pur sempre più o meno grande in tutti gli ordinamenti in cui quel baricentro s'è spostato. Tocca sempre ai Legislativi dettare in prima battuta le leggi che riguardano i fatti espressivi (manifestando così in esse il loro giudizio circa la misura in cui la Costituzione protegge quella libertà). Molte di quelle leggi giungono tardi al giudizio di legittimità delle Corti; parti d'esse non vi giungono mai. Le Corti inoltre possono assumere un atteggiamento aggressivo, "attivista", nel loro giudizio sulla legittimità delle leggi, spiazzando i Legislativi, ovvero attenersi ad un tendenziale rispetto delle "scelte" di questi (*self-restraint*). Infine, le Corti possono anche prestar scarsa attenzione alle maniere in cui leggi, pur da esse giudicate costituzionali, sono di fatto applicate dai magistrati ordinari e dalle amministrazioni. Di conseguenza, la libertà d'espressione garantita dalla Costituzione non è di fatto, mai solo, nemmeno a prescindere dalle disfunzioni condannabili degli ordinamenti, ciò che le Corti costituzionali dicono essere. La concreta portata del diritto risulta anche dall'apporto legittimo di altre autorità.

La Corte italiana, come succintamente indicheremo, ha tenuto un atteggiamento misto, secondo le materie e i periodi storici, nell'esercizio del suo ruolo di arbitra sui confini che le leggi debbono rispettare a fronte della libertà d'espressione: a volte cautamente remissiva dinanzi alla volontà dei legislatori; a volte fortemente "attivista"; a volte non disposta a troppo scostarsi dalle presumibili intenzioni storiche dei costituenti, a volte decisa invece a creare significati nuovi e a imporli all'insieme del sistema.

b) I limiti generali apportabili alla libertà d'espressione e i loro titoli giustificativi

Nella classica impostazione liberale (che per questo lato ancora si riflette per esempio nella giurisprudenza costituzionale americana) spetta al Legislativo individuare liberamente i beni o valori in funzione dei quali apporre limiti generali alla libertà d'espressione; e spetta alla Corte garante della Costituzione (là dove questa esiste e opera) giudicare in ultima istanza se le compressioni che quella libertà così subisce sono complessivamente – tutto considerato – ammissibili. Nella giurisprudenza costituzionale italiana (in questo del resto precedente come altre giurisprudenze europee) i beni o valori che possono fornire giustificazione a quei limiti debbono essere previsti dalla stessa Costituzione ed essere previsti proprio con tale implicita capacità giustificativa. Questa posizione sembra in genere condivisa

sia dal Legislativo, nelle discussioni che accompagnano le deliberazioni delle leggi, sia per lo più anche dalla dottrina. Sotto un certo profilo la necessità di ritrovare nella Costituzione un preciso aggancio normativo per poter giustificare l'apposizione di un limite alla libertà d'espressione sembra rinforzare la situazione garantista di quest'ultima: il legislatore non potrà più scegliere a sua discrezione i beni o valori da difendere nei confronti di attacchi portati da fatti espressivi e la Corte potrà negare la legittimità del limite legislativamente apposto col semplice far notare (prima ancora di passare a una valutazione circa l'eventuale eccessività della compressione che la libertà subisce) che la Costituzione non contempla a quel titolo l'apponibilità di un limite.

Collegare di principio il titolo giustificativo del limite ad una previsione normativa della Costituzione (anche implicita: l'unico limite esplicitamente nominato dall'art. 21 è, come noto, quello del buon costume) costringe l'interprete-applicatore, che voglia ragionevolmente salvare limiti di vario tipo ammessi da ogni ordinamento occidentale, ad arrampicarsi sul testo costituzionale alla ricerca dell'apposito appiglio normativo giustificante: con argomentazioni quasi sempre a dir poco artificiali (si pensi alla pari "dignità sociale" dell'art. 3, – principio di eguaglianza – invocata di solito per giustificare le norme penali in tema di diffamazione, ingiuria, ecc.). Ma ciò che occorre rilevare, agli effetti della garanzia offerta alla libertà d'espressione, è che quel collegamento può finire per ritorcersi, inaspettatamente, a diminuzione, anziché a rinforzo, di quella garanzia. Infatti, se una disposizione costituzionale relativa a un diritto, di per sé protetto ad altro fine, viene letta come implicante conseguenza per la sfera della libertà d'espressione, allora è facile, se non inevitabile, che si passi a individuare anche il *quantum* (minimo) di protezione che la Costituzione esige per quel diritto nei confronti della libertà d'espressione: costringendo pertanto l'ordinamento ad assumere limiti per quella libertà che magari il legislatore non riterrebbe utile introdurre. Costituzioni ricche di disposizioni garantistiche riguardo a beni o valori nei campi più disparati, come quella italiana, si prestano a sviluppi interpretativi, se l'interprete non si autolimita, che ispessiscono di molto il tessuto costituzional-formale del sistema giuridico, lasciando minore spazio al gioco delle scelte politiche del legislatore e, al contempo, finendo per restringere garanzie a diritti di libertà che per i costituenti stavano, in ordine di importanza, in assoluta prima fila.

La Corte costituzionale italiana ha in vari casi scelto la tecnica interpretativa ora descritta con applicazioni a carico della libertà costituzionale di espressione. Il caso senza dubbio più eclatante è costituito dalla elaborazione da parte sua di principi relativi alla tutela dovuta al bene del "pluralismo delle opinioni" e della "parità di posizioni spettante ai partiti politici nelle elezioni" – principi ricavati con operazioni creative da svariate disposizioni della Costituzione in materia di comunicazioni, di cultura, di politica –, applicati alla fine a ridurre la libertà di soggetti esercitanti il diritto dell'art. 21, anche al di là – ed anzi talvolta contro – quanto avrebbe voluto il Legislatore.

- c) *Tipi di limiti imposti in generale alla libertà di espressione e varia misura della loro incisività*

La tipologia è enormemente estesa e qui si potrà dare solo qualche saggio d'essa, a fini esemplificativi.

Limiti in funzione della tutela dell'ordine costituzionale (e dei suoi valori) e dell'ordine pubblico.

Negli ordinamenti anglosassoni e in particolare in quello americano (ove vige in proposito una garanzia costituzionale formale) i limiti in questo campo hanno receduto rispetto a quelli dell'epoca liberale e la libertà d'espressione nella nostra epoca "sociale" si è allargata.

I reati previsti in materia dal Codice penale del 1930 – che i costituenti italiani dovevano in genere ritenere di per sé non incompatibili con l'art. 21 – configuravano reati di mera condotta o di pericolo presunto, comportanti dunque una certa sostanziale limitazione di fatti espressivi istigatori, apologetici, vilipendiosi, ecc., che potevano avere qualche rilevanza sociale e politica. La Corte costituzionale, investita della questione di costituzionalità, salvò di massima le figure contestate, ma richiese per l'integrazione del reato il ricorrere in concreto di un "pericolo" (così fece in sostanza anche per le "manifestazioni fasciste" punite da una legge che, interpretando in senso estensivo e illiberale l'art. XII delle Disposizioni transitorie, diede a questo attuazione). Il "pericolo" richiesto dalla Corte non era però quello "serio e immediato" della giurisprudenza americana, e dunque lasciava spazio per applicazioni non poco incisive sulla libertà d'espressione. Durante gli anni Cinquanta e i primi anni Sessanta la magistratura ordinaria applicò con rigore le norme relative a carico in particolare di fatti espressivi propri della propaganda dei partiti di sinistra. La reazione di questi ultimi (che si schierarono allora per interesse contro i "delitti di opinione") e il mutare della situazione politica italiana e mondiale fecero presto cessare quelle applicazioni ed anzi durante gli anni Settanta la magistratura – a dispetto del carattere "obbligatorio" da essa sempre proclamato dell'azione penale – chiuse di fatto e di regola gli occhi dinnanzi a molteplici manifestazioni istigatorie ed eversive pur dotate di tutta la pericolosità richiesta dalla più severa e garantista giurisprudenza americana (la pericolosità cioè per cui il fatto espressivo è capace di condurre immediatamente a violazioni materiali delle leggi: il discorso induce a passar subito ad azioni illecite).

L'ordinamento italiano, il cui diritto in teoria prevedeva alcune restrizioni in funzione della tutela dell'ordine, fu in realtà per molti anni massimamente "libertario" nella sua concreta operatività.

In anni più recenti, la situazione è in parte mutata.

Anche sulla scia di convenzioni internazionali la legge italiana (n. 654 del 1975) ha reso illecita la semplice diffusione di "idee fondate sulla superiorità razziale", mentre nei confronti delle manifestazioni "fasciste" (nel senso largo del termine) è stato lasciato cadere il requisito di un qualsiasi "pericolo" (Corte cost. n. 15 del 1973). Nella prospettiva di questi indirizzi, si ha l'impressione che l'ordinamento italiano si sia ormai attestato sulla posizione di una condanna dei fatti espressivi a sfondo razzista e antidemocratici di destra configurati come reati di pura condotta, cioè in ragione del loro semplice contenuto.

Fin dalle sue origini (1949) la Costituzione tedesca ha concepito la propria democrazia come un regime da difendersi in via preventiva a tutto campo nei confronti di involuzioni anche proiettate in tempi lontani; e ha recentemente anche accentuato, e di molto, ma in direzioni selettive, la repressione dei discorsi che disconoscono valori costituzionali considerati essenziali. Il sistema giuridico italiano si è fin dall'inizio rifiutato di accogliere il concetto di una democrazia da proteggersi, almeno sul puro terreno delle espressioni di idee, quali che queste fossero. Attualmente pare però disposto a fare eccezione nei confronti di pure idee avvertite come particolarmente odiose alla luce di taluni (ma non d'altri) valori costituzionali. In piccola controtendenza si colloca una legge del 2005 parzialmente riduttiva di alcuni più comuni "reati di opinione".

Limiti generali in funzione della tutela della reputazione e della "privacy".

Purgata della norma fascista che proteggeva i pubblici ufficiali anche da affermazioni denigratorie adducendo fatti veri, la normativa italiana in materia di diffamazioni si attestò subito dopo la guerra – ed è rimasta in sostanza fino ad ora – sulle posizioni tipiche di un regime liberale classico (quello in vigore già nell'Ottocento nel più degli ordinamenti): le affermazioni nocive alla fama non sono illecite se riferiscono fatti di interesse pubblico veri (o altamente verosimili) e il linguaggio critico si contiene in termini di civiltà. La prova della verità del fatto deve essere data da chi lo asserisce. Si ritiene da vari che i principi testé enunciati rispondano a quanto esige in proposito la libertà dell'art. 21. La interpretazione italiana della garanzia costituzionale non si spinge perciò fino ai limiti stabiliti dalla giurisprudenza americana di epoca "sociale" – giurisprudenza molto gradita a giornalisti e case editrici – secondo cui la diffamazione della persona pubblica comporta responsabilità solo se il diffamato riesce a provare che il fatto imputatogli non è certamente vero e che il diffamatore era di ciò consapevole e agiva con speciale volontà di nuocere. Il linguaggio della critica può assumere toni particolarmente duri e spregiudicati.

Nei classici ordinamenti liberali il cittadino poteva legittimamente procurarsi informazioni di ogni genere che non fossero coperte da speciale, legittimo segreto, poteva conservarne memoria per proprio libero uso, e poteva anche divulgarli in piena libertà – salvo a risponderne qualora esse avessero contenuto diffamatorio, ai sensi delle norme sulle diffamazioni –. Con l'avvento della società postindustriale e informatica le capacità di raccolta di dati concernenti le persone, di memorizzarli in speciali "banche", di divulgarli e farne uso in molteplici direzioni, sono enormemente cresciute, rendendo assai più precarie che in passato le aspettative delle persone di "esser lasciate sole", ossia di vivere in una zona d'ombra non soggetta allo sguardo e alle attenzioni della collettività. A proteggerle in questo loro interesse, e in altri ad esso collegati, il solo tradizionale divieto di divulgare fatti diffamatori non bastava più. In tutti gli ordinamenti occidentali, benché in diversa misura, sono state perciò adottate leggi che proibiscono non solo la divulgazione non giustificata da interesse pubblico di fatti di carattere personale anche di per sé non diffamatori, ma pure la stessa raccolta, memorizzazione e utilizzazione di dati di tal genere, salvo negli stretti limiti consentiti dalle leggi e in vari casi solo a seguito

di speciali autorizzazioni. Non c'è dubbio che queste normative, miranti alla tutela della cosiddetta "privacy" (nella accezione europea della parola, diversa da quella americana), costituiscono una restrizione più o meno penetrante della libertà di informarsi, la quale è un preliminare (necessario) sia all'esercizio della libertà garantita in Italia dall'art. 21, sia della libertà delle imprese commerciali e industriali, cui occorre svolgere il mestiere con uso di notizie relative ai loro clienti, effettivi e potenziali (libertà garantita in Italia dall'art. 41). Lasciando da parte la problematica relativa alle incisioni delle suddette normative sulla libertà dell'art. 41, la libertà di espressione protetta dall'art. 21 è chiamata in causa soprattutto con riguardo alle attività dei singoli e delle imprese che operano nel campo della comunicazione di tipo culturale, sociale e politico in generale.

Le norme italiane che vietano la *divulgazione* di notizie relative a persone, pur non diffamatorie ma carenti di rilevanza o interesse pubblico (norme a tutela della "riservatezza") sono in linea sostanzialmente con quelle europee. Le norme italiane che vietano la *raccolta con immagazzinamento di dati personali* d'ogni genere a imprese d'ogni tipo (e in particolare a quelle con attività commerciali-industriali) sono pesantissime e probabilmente più restrittive di quelle di altri ordinamenti europei – per non parlare dell'ordinamento americano – (qui si teme soprattutto il possibile uso delle "banche dati" per fini non corretti, da ultimo oppressivi delle persone schedate; e si teme il formarsi di incontrollabili centri di "potere informatico"). Ma anche le norme italiane concernenti la raccolta e il trattamento di dati da parte di singoli individui, di giornalisti, di pubblicisti, di ricercatori, di artisti, ecc., presentano caratteri di pesantezza tutta particolare. Oltretutto la legge rinvia ad altre autorità ed organismi la specificazione delle regole alle quali anche questi particolari "raccolgitori", esercitanti di sicuro una attività la cui libertà è garantita dall'art. 21, devono sottostare (superamento nel campo del principio della riserva di legge).

Finora nessuna delle norme summenzionate è stata dichiarata incostituzionale dalla Corte costituzionale.

I costituenti italiani non contemplavano la possibilità di normative sulla protezione dei dati personali limitanti le libertà dell'art. 41 e 21. Probabilmente avrebbero molto dubitato della legittimità delle norme che, nei modi attuali, costringono in margini strettissimi, preventivamente, i trattamenti effettuati da imprese operanti in base e nell'ambito dell'art. 41. Di sicuro, avrebbero giudicato offensivi della libertà d'espressione dell'art. 21 e inammissibili i divieti posti a carico di giornalisti, pubblicisti, e analoghi soggetti, coinvolti nel sistema delle comunicazioni.

Il limite generale del buon costume.

E' l'unico limite espressamente previsto – come obbligatorio – dalla Costituzione. Già nel pensiero giuridico risalente nel tempo si riteneva che il concetto del "buon costume" fosse dotato di una natura elastica, adattabile alle possibili particolarità e parziali mutazioni dei prevalenti sentimenti in proposito della comunità. Ed è sulla base di questa natura plastica del concetto che si suole oggi giustificare il fatto che ciò che in concreto costituisce attualmente offesa al buon costume, secondo la giurisprudenza, differisca grandemente da ciò che tale veniva di regola giudicato

dalle sentenze degli anni in cui fu adottata la Costituzione, nonché da ciò che gli stessi costituenti, di sicuro, nella loro quasi totalità, avrebbero ritenuto tale. Pensare però che i costituenti, utilizzando all'uopo un concetto da essi stesso risaputo elastico, prevedessero come possibile e intendessero perciò legittimare in anticipo lo straordinario mutamento che si è verificato della portata del limite da essi voluto imporre alla libertà d'espressione, significa non rendersi conto che è invece mutato, rispetto al loro pensiero, lo stesso rapporto tra libertà d'espressione garantita e confini tracciabili a questa per la tutela di quel valore designato con quel nome.

Nella classica età liberale si pensava che esistessero, riguardo alle materie del sesso, della riproduzione della specie, e altre a queste collegate, regole razionali, precise, formanti un codice morale che la società nel suo interesse doveva rispettare; e che la stessa libertà d'espressione, rivendicata dall'ideologia liberale come un suo vanto, dovesse per questa parte badare a non intaccare le basi di osservanza sociale di quel codice. Era un punto su cui, all'Assemblea costituente, si trovavano largamente d'accordo, sia pur muovendo da premesse diverse, destra e sinistra, democratici e marxisti: le regole del buon costume tradizionale, del buon costume borghese, assicuravano, con la loro severità restrittiva, che stravaganti fantasie e stravaganti atteggiamenti in materia di sesso non distraessero l'attenzione dei cittadini da altri seri problemi della vita e dai doveri che in essa conseguentemente incombono.

Oggi, nella prevalente opinione delle comunità occidentali viene respinta l'idea che esista un codice razionale e oggettivo regolante le materie del sesso e della riproduzione. In proposito si riconosce all'individuo il diritto – morale e giuridico – di darsi a piena discrezione le sue regole – quali che esse siano e purché non generino condotte interferenti immediatamente con l'eguale libertà degli altri–. E' forse – questa rivendicazione di illimitata libertà in questi campi – una sorta di compenso ottenuto dall'individuo per il fatto che in altri settori della vita si sono formate, in questa nostra età "sociale", regole vincolanti che i liberali avrebbero considerate inaccettabili. Si capisce allora perché l'attuale giurisprudenza italiana, costituzionale e ordinaria, escluda dalla sfera dei fatti offensivi del buon costume manifestazioni che i costituenti avrebbero senza esitare ritenuto gravemente tali e perché ormai quel limite trovi applicazione quasi soltanto nei casi in cui la manifestazione ferisca il senso del pudore e della decenza di un pubblico il quale vi è involontariamente esposto e non è in condizione, per ragioni varie, di sottrarsi alla visione o all'ascolto (per i minori valendo misure protettive particolari in ragione della loro personalità non ancora compiutamente sviluppata). In tal maniera, il significato e la portata originari della disposizione costituzionale hanno però subito una trasformazione radicale: in questo caso, nel senso di un vastissimo allargamento della libertà garantita d'espressione (in conformità del resto a pari tendenze in tutti gli altri ordinamenti democratici contemporanei).

d) *I cosiddetti "mezzi di comunicazione di massa" (in generale)*

Si possono chiamare "mezzi di comunicazione di massa", in senso molto largo, quelli che, per loro naturale destinazione, mirano a far pervenire il fatto espressivo alla conoscenza di un numero indeterminato grande o grandissimo di persone: in misura progressiva, gli spettacoli teatrali, il cinema, la stampa, e, via via, la radio, la

televisione, le trasmissioni elettroniche (internet, ecc.). Se è credibile la ricostruzione storica sopra proposta riguardo al modello liberale scelto dalla Costituente anche per il regime di quei mezzi, allora è *in questo campo che si è probabilmente realizzata la maggiore trasformazione del significato e delle implicazioni della libertà garantita dall'art. 21 rispetto alla impostazione originaria*; (maggiore si vuol dire al confronto con l'evoluzione intervenuta in altri campi – salvo forse in quelli della *privacy* e del buon costume –). In effetti, per ciò che concerne i mezzi di comunicazione di massa, la scelta del modello liberale fatta dai costituenti non si tradusse mai in conformi leggi e giurisprudenze attuative, ed anzi fu subito in pratica abbandonata. La dottrina giuridica offrì subito letture diverse dell'art. 21 e nell'effettiva operatività dell'ordinamento giuridico italiano prevalse subito un diverso *modello del regime dei media*, che, utilizzando anche per questo campo specifico un termine già sopra impiegato con portata più generale, possiamo chiamare “*sociale*”. Un modello che in un primo periodo (grosso modo fino agli anni Settanta) risultò particolarmente carico di elementi pubblicistici e di compressioni dei diritti della libertà (pur restando ben dentro i confini di un regime rispondente ai valori di una contemporanea democrazia occidentale). Nei decenni successivi gradualmente il modello “sociale” italiano si aprì di più alle esigenze delle iniziative private e della libertà in generale, in armonia del resto con una tendenza comune a tutti i paesi dell'Occidente (tutti già da tempo accoglienti, sia pur in versioni assai diverse, il suddetto modello “sociale”), ma rimanendo il sistema nostro pur sempre su posizioni marcate, rispetto all'estero, da peculiari, forti connotazioni pubbliche e di dipendenza politica.

Per chiarire i termini di questa complessiva valutazione storica, occorre premettere qualche breve osservazione relativa al concetto generale di “modello sociale” in fatto di *media*, come esso può ricavarsi dalla comparazione giuridica.

I liberali erano perfettamente consapevoli della speciale rilevanza che avevano i mezzi di comunicazione di massa (per il loro tempo, soprattutto la stampa) riguardo allo sviluppo della cultura e al funzionamento di una forma di governo, data la vastità e velocità di circolazione delle idee che i *media* potevano assicurare; pur ritenendo essi – e giustamente – che gli altri mezzi di comunicazione – la parola, lo scritto – svolgessero una funzione non meno essenziale a quegli effetti. A tutti i mezzi andava garantita una medesima – o quasi – libertà (giuridica) di espressione, lo stato dovendo per il resto astenersi – come s'è già ripetutamente ricordato – dall'intervenire comunque in una sfera che doveva riservarsi *per intero* alle iniziative della società civile.

L'approccio delle democrazie contemporanee ai problemi dei grandi mezzi di comunicazione è stato diverso ed è stato caratterizzato, in misure varie a seconda dei mezzi e a seconda degli ordinamenti, da un atteggiamento “interventista”. Le classi politiche si sono persuase che il lasciare alla autonomia piena della sola società civile la gestione di quei mezzi non produca tutti i risultati positivi di per sé auspicabili e possa inoltre determinare situazioni di predominio privato nel mondo delle comunicazioni fastidiose per le classi politiche stesse (soggette in tal modo a condizionamenti non desiderati) e pericolose magari per la libertà democratica. Così,

si è ritenuto che il “pluralismo delle idee” non sia sufficientemente assicurato dal semplice gioco delle iniziative private – dal mercato – e che molte idee meritevoli di circolazione spesso finiscano nell’oscurità se non aiutate ad emergere. Così si è concepito un forte timore – non avvertito abbastanza dai liberali – nei confronti delle concentrazioni imprenditoriali nella stampa e ancor più nei nuovi recenti mezzi di massa: col rischio che ne riesca distorta per interessi privati la corretta informazione dei cittadini e turbata la corretta e paritaria gara delle forze politiche in competizione per il potere.

L’atteggiamento “interventista” si nutre dunque di una (parziale) sfiducia nei confronti della società civile (che non sarebbe capace di organizzarsi da sé al meglio nel settore dei *media*), di un (parziale) promozione paternalistico nei confronti delle iniziative della società (che sarebbero bisognose di integrazioni e di giusti indirizzi), e di un (parziale) protezionismo, a proprio beneficio, delle classi politiche (in quanto distinte e contrapposte alla società civile).

Riguardo agli strumenti per l’intervento nella sfera dei mezzi di comunicazione di massa, essi sono stati svariati. Ci si è avvalsi di finanziamenti pubblici a favore di teatri, cinema, stampa (periodica e non), imprese radiofoniche e televisive. Si sono introdotte anche nei confronti dei grandi mezzi di comunicazione leggi *antitrust*, peraltro sovente con regole più stringenti di quelle applicate in altri settori dell’economia. Si è adottata una “regolazione” più o meno restrittiva della condotta delle imprese attive nelle comunicazioni, con norme che impongono divieti più larghi di quelli valevoli come limiti generali per tutti i mezzi, e anche norme comportanti speciali obblighi positivi (come il far spazio nei propri programmi al “pluralismo delle idee” e il dar accesso paritario alla voce delle varie forze politiche presenti nella società). Questa regolazione speciale aggiuntiva ha riguardato soprattutto i più recenti *media* e in particolare la televisione, ma ha toccato in parte anche la stessa stampa. Poiché la televisione viene ritenuto il mezzo più capace di provocare distorsioni nelle opinioni del pubblico, in quanto mezzo dotato – si dice – di una potenza sottomissiva degli spettatori tutta speciale, in molti ordinamenti, per lungo tempo, è stato riservato per legge alla mano pubblica il diritto esclusivo di effettuare trasmissioni con essa; con eliminazione di qualunque presenza dei soggetti privati nella gestione di un mezzo ormai divenuto forse il più importante tra quelli di comunicazione di massa (una eliminazione in totale conflitto con i postulati della classica mentalità liberale).

Il modello “sociale” del regime dei *media* si fonda su una varia combinazione di elementi pubblici (diretta, attiva presenza statale e regolazione speciale aggiuntiva dei mezzi) e libertà di comunicazione che pur si vuole conservare, come bene irrinunciabile, agli individui e alle imprese. Il modello fa sorgere molteplici, complicati problemi di compromessi costituzionali da raggiungere, tra le esigenze degli uni e degli altri valori; problemi che erano ignoti al più semplice, lineare modello liberale. Va infine accennato al fatto che il modello conosce versioni molto disparate. In alcuni ordinamenti (per esempio quello americano) l’interventismo statale, che c’è, è però mantenuto al livello minimo possibile e viene ridotto ulteriormente ogni volta che le condizioni tecniche di gestione dei mezzi lo

permettono. Vi sono al contrario ordinamenti (per esempio, quelli europei per un lungo periodo) in cui l'interventismo statale è stato molto intenso e pervasivo.

E' nel quadro storico-comparatistico testè delineato che si inserisce la trasformazione ed evoluzione del sistema giuridico-costituzionale dei *media* in Italia nel corso di circa cinquanta anni, dalle scelte della Assemblea costituente agli assetti prevalenti all'inizio del ventunesimo secolo.

Al momento in cui l'Assemblea scelse, già in tutti gli ordinamenti democratici dell'Occidente il puro modello liberale era stato superato. La scelta dell'Assemblea – se fu quella che abbiamo descritta – appare dunque sotto un certo profilo anacronistica, ed è comprensibile e in un certo senso naturale che il modello che si era voluto incorporare nella Costituzione venisse tosto di fatto abbandonato. Del resto, la maggioranza che l'aveva imposto era una maggioranza risicata e fragile, composta di membri alcuni dei quali dovevano essere essi stessi incerti circa la bontà della scelta compiuta.

Attorno al 1950 negli ordinamenti democratici europei la versione accolta del modello “sociale” era una versione con complessive, forti connotazioni pubblicistiche. Non può stupire, dunque, che verso un simile tipo di modello si orientassero anche i primi interpreti-applicatori ufficiali dell'art. 21 (legislatori e giurisprudenza ordinaria), nonché più tardi la stessa Corte Costituzionale.

A spiegare poi perché in Italia il passaggio avvenisse verso una versione fortemente pubblicistica, anche più forte dei paralleli esempi europei del tempo, concorrono due speciali, decisivi fattori, tutti propri della peculiare, unica situazione italiana.

Già subito dopo la caduta del regime fascista e ancora più con l'adozione dell'art. 21 non potevano non scomparire gli aspetti più autoritari del sistema dei *media* instaurato da quel regime (il controllo poliziesco, soffocante del potere politico sulla stampa; l'obbligatoria appartenenza dei giornalisti al sindacato unico fascista; ecc.) E così fu. Ma il fascismo aveva anche creato – o rinforzato – istituti per il sistema dei grandi mezzi che di per sé non apparivano inconciliabili con un modello “sociale” e avevano dei riscontri pure negli ordinamenti delle democrazie. Tali, per esempio, le provvidenze finanziarie pubbliche intese a promuovere le produzioni teatrali e cinematografiche; le facilitazioni date all'editoria mediante la fornitura della carta a prezzo politico; l'affidamento in esclusiva a un ente pubblico, sotto la sorveglianza del governo, della gestione delle trasmissioni radiofoniche; e via dicendo. Smantellare o ridurre quegli istituti avrebbe offeso un gran numero di interessi consolidati, che non era bene, per una democrazia appena rinata e ancora debole, alienare da sé.

Il secondo fattore riguardava ancor più direttamente la politica e coinvolgeva la sicurezza dello stato. Rinunciare al monopolio legale statale delle radiotrasmissioni – ereditato dal fascismo – poteva aprire la strada a stazioni trasmittenti che copertamente o anche apertamente avrebbero fatto magari l'apologia del caduto regime, imbarazzando il governo di fronte agli Alleati. Poco più tardi, il problema si propose, e più gravemente, anche in un'altra direzione. S'è ricordato sopra che lo stato italiano non volle realizzare un sistema di democrazia protetta alla tedesca (avrebbe in astratto potuto farlo sulla base di una certa interpretazione dell'art. 49

Cost.). E tuttavia una frattura profonda divideva le forze politiche democratiche dai partiti marxisti e specialmente dal partito comunista, il quale, per i suoi legami con l'URSS, veniva avvertito come un pericolo serio per le libertà. Si strinse allora tra i democratici un patto in forza del quale i comunisti, ammessi a godere delle libertà politiche, non avrebbero però mai dovuto accedere alle stanze del governo e alle leve del potere amministrativo (*conventio ad excludendum*). Il patto realizzò di fatto una profonda trasformazione, sotto vari profili, della forma di governo in astratto prevista dalla Costituzione: una trasformazione giustificata dalle esigenze della *salus reipublicae*. Faceva parte comprensibilmente di questa strategia complessa di difesa la conservazione del monopolio radiofonico (presto anche televisivo) nelle mani del governo: quel mezzo poderoso di comunicazione non avrebbe potuto utilizzarsi per la propaganda di idee eversive e di una pericolosa opposizione faziosa. Quel monopolio – ed insieme anche tutti gli altri istituti di intervento statale, conservati e magari accresciuti nel sistema della comunicazioni di massa – avrebbero potuto servire per il consolidamento della democrazia.

In tal maniera, la prima fase di “vita” concreta dell’art. 21 nel corpo dell’ordinamento assistette ad un brusco abbandono delle intenzioni originarie a favore di un modello “sociale” relativo ai *media* dalle caratteristiche pubblicitiche molto pronunciate. Solo in fasi successive il ruolo della libertà e gli spazi per l’autonomo esplicarsi della società civile riguadagneranno un certo terreno.

Era facile compiere adeguate “riletture” delle disposizioni dell’art. 21 che permettessero di legittimare l’ingresso nell’ordinamento italiano di un modello “sociale” per i *media*. A questo fine moltissimo aiutarono le elaborazioni di correnti della dottrina giuridico-costituzionalistica, felici di prestarsi alla bisogna. Le riletture si fecero via via sempre più sofisticate, dando luogo a “teorie” che trovarono presto accoglienza anche in sentenze della magistratura (ordinaria e costituzionale).

La rilettura cui più di frequente si fa appello nella e nella giurisprudenza “giustificatrici” è quella che deduce il principio costituzionale obbligatorio del “pluralismo” direttamente dalla disposizione che garantisce a “tutti” la libertà d’espressione. La parola non andrebbe intesa nel solo, semplice senso per cui la libertà è garantita – come la libertà personale dell’art. 13 e a differenza della libertà di associazione dell’art. 18 – anche ai non-cittadini, a tutti coloro cioè che si trovino in qualche modo soggetti alla giurisdizione italiana. Andrebbe intesa invece come includente un dovere aggiuntivo per lo stato: quello di realizzare, almeno nel campo dei grandi mezzi di comunicazione, non potendosi assicurare in essi letteralmente la presenza della voce di “tutti” (i cittadini), almeno quella di “tutte” le principali tendenze in cui si articola l’opinione pubblica e la cultura del paese; con le adeguate misure – di carattere normativo e non – necessarie per realizzare quel fine. (Inutile qui ricordare la lunghissima lista dei nomi di autorevoli, illustri giuristi che hanno fatto proprio questo schema interpretativo. Poiché questo saggio prende però lo spunto da un’opera particolare, è opportuno almeno segnalare qui che esso è anche quello accolto, tra gli altri, da Alessandro Pace.)

Si tratta di una interpretazione del primo comma dell’articolo 21 che riprende la logica degli argomenti sottostanti all’emendamento (rigettato) Gronchi-Fanfani, e li

inserisce d'autorità – creativamente – nella Costituzione. Da un punto di vista tecnico è un'interpretazione claudicante perché sostituisce d'arbitrio al significato della parola “tutti”, riferito ovviamente nel testo alle persone, un significato che ha riguardo alle “opinioni”, conferendo per di più al potere politico il compito di stabilire e di amministrare le misure idonee a realizzare la presenza “pluralistica” dovuta delle tendenze d'opinione ritenute “principali” o rappresentative. Ma tant'è: l'interpretazione serve a introdurre nel sistema la logica del desiderato modello “sociale”, adatto al momento anche per l'Italia.

L'interpretazione lascia di per sé naturalmente aperta la strada a una serie di possibili applicazioni alternative del principio e una serie di problemi. La misura minima per la dovuta attuazione del principio sembrerebbe essere, sullo sfondo di una pluralità di soggetti comunicatori nel campo della stampa e della radio-televisione, l'applicazione ad essi di una legislazione *antitrust*; essa stessa concepita alternativamente in termini di leggera o di massima incisività. Ma si possono contemplare, all'uopo, molte altre e diverse misure. Lo stato potrebbe realizzare interventi finanziari d'appoggio, più o meno selettivamente mirati. Potrebbe anche obbligare le imprese editoriali e quelle operanti nel campo radio-televisivo a esporre compiutamente la varietà delle tendenze culturali presenti nel paese e a dar accesso, più o meno largamente, al proprio interno, alle loro diverse voci. Potrebbe, ritenendo insufficiente l'efficacia di altre misure, decidere di conferire il monopolio legale delle trasmissioni radiotelevisive a un ente pubblico, imponendogli di attuare esso, nelle sue trasmissioni, la logica del pluralismo. Al limite, rompendo clamorosamente e in modo totale con la tradizione del modello liberale, potrebbe addirittura nazionalizzare tutte le imprese nel settore della stampa, con espropriazione dei privati proprietari, disponendo anche per questo settore il monopolio pubblico, cui affidare la realizzazione dell'agognato pluralismo (fu questa la soluzione alla fine auspicata in dottrina, anni dopo l'Assemblea costituente, dal grande costituzionalista Mortati, esponente della sinistra democristiana).

La scelta tra queste – e altre possibili – soluzioni dirette a dar vigore al principio pluralistico dipende, oltrechè da considerazioni relative alle condizioni di fatto cui esse andrebbero applicate, anche e soprattutto dal relativo peso che l'interprete (autoritativo – Legislatore, Corte costituzionale, ecc. – e non – dottrina –) attribuisce al principio del pluralismo e, rispettivamente, al principio della libertà individuale d'espressione in generale e in particolare nel campo dei *media*. Il principio pluralistico è ricavato – nell'interpretazione di cui stiamo parlando – dalle stesse parole che fondano nella Costituzione il principio della libertà individuale; ma in realtà i due principi non sono fatti della stessa stoffa, non sono complementari: stanno invece in posizione di conflitto potenziale, che l'interprete deve risolvere attribuendo all'uno e all'altro la rispettiva importanza come valore. E' chiaro che, nelle due ultime soluzioni sopra recate ad esempio il valore della libertà individuale viene azzerato (i loro sostenitori asserendo che se ne gioverebbe però l'“effettiva libertà” – *rectius*: l'effettiva divulgazione – delle varie “opinioni”, meglio realizzata da un sistema tutto pubblico che prendesse sul serio il compito di equamente dar voce a quelle – presunte – di rilievo).

Altre interpretazioni “giustificatrici” hanno fatto leva non sulle “parole2 dell’art. 21, ma sulla *ratio* di fondo da esse attribuita alle disposizioni dell’articolo e su altri elementi.

Secondo una teoria diffusa in dottrina la ragione per cui la Costituzione ha garantito la libertà d’espressione sta nell’interesse – o addirittura nel diritto – del pubblico ad essere informato su tutti gli affari che lo riguardano, per potere poi decidere consapevolmente soprattutto – ma non solo – rispetto alle cose politiche. La libertà individuale d’espressione non è data tanto in funzione del bisogno dei singoli di esprimersi, bensì per tenere il pubblico informato. Anche nel campo dei *media*, quella libertà, traducendosi in attività imprenditoriali private, può servire allo scopo. Ma poiché lo scopo è ciò che conta, l’intervento integratore e correttore dello stato, e anche il suo eventuale sostituirsi alle prime, sono giustificati quando paia che l’informazione non sia completa ed efficace. La completezza include una sufficiente divulgazione dei vari punti di vista che si agitano nella società. La teoria del “diritto popolare all’informazione” dà più o meno adito alle varie possibili soluzioni applicative, e alla connessa problematica, che si sono ora menzionate con riguardo all’interpretazione “pluralista”.

La teoria “funzionalizza” di principio le attività private nel settore dei *media* al bene pubblico dell’informazione e attribuisce in conseguenza allo stato tutti i poteri di cui in genere si ritiene esso disponga nei confronti delle “funzioni pubbliche”. Tali poteri crescono nella versione della teoria che richiede per l’informazione non solo la completezza ma la “correttezza” (tra i variamente sostenitori di questa posizione Lipari, Zaccaria, ecc.).

Un’altra teoria preferisce partire dalla definizione della stampa e della radiotelevisione – mezzi di comunicazione di massa – come “servizi” che vengono resi alla società, non ad uno solo ma a vari effetti. Come tali, essi possono venir regolati dallo stato in tutti i modi ritenuti utili per adeguarli al conseguimento dei fini a cui servono. La presenza di imprese private nel settore dei *media* appare un fatto che la Costituzione, attraverso l’art.21 ma anche indirettamente attraverso il 43, presuppone come normale. Ma proprio l’art. 43 indica che, al limite, la mano privata può venire anche del tutto esclusa, occorrendo, non solo dal settore radiotelevisivo ma pure dal settore “stampa”. Infatti, quell’articolo prevede che possano essere nazionalizzati i “servizi pubblici essenziali” per la società: quali di certo sono stampa e radiotelevisione. La teoria allarga qui, creativamente, il significato del termine “servizio pubblico” usato nell’art. 43. Il termine originariamente era pensato riferirsi solo ai classici servizi di tipo economico-materiale, soprattutto a quelli industriali, e non ai cosiddetti servizi “culturali”. La teoria, come le altre ricordate, pone problemi di applicazione del tutto analoghi, o quasi, a quelli che si sono visti (con diversi esiti, cioè, a seconda delle scelte, in favore maggiore o minore della libertà delle iniziative espressive individuali).

Non è questa la sede per andare oltre i brevissimi cenni offerti circa le principali tendenze di carattere innovativo affermatesi nella letteratura giuridica a proposito dei significati e della portata dell’art. 21. Qui basterà dire che, col concorso dell’influenza critica di queste e di altre simili interpretazioni “creative”, ma anche

per il gioco di altri, indipendenti e più decisivi fattori, il modello “sociale” italiano dei *media* si è comunque evoluto nel corso dei decenni, nelle direzioni che si sono sopra accennate. Si tratteranno adesso per sommarissimi capi alcuni dettagli delle linee di questa evoluzione, tenendo distinte le vicende dei vari mezzi di comunicazione di massa.

e) *Gli spettacoli teatrali e cinematografici*

La Costituzione esclude censure e autorizzazioni solo con riguardo al mezzo di comunicazione “stampa”. La legislazione immediatamente successiva alla caduta del fascismo mantenne quindi in vigore i controlli amministrativi preventivi stabiliti dal regime con riguardo sia agli spettacoli teatrali sia a quelli cinematografici, essendo tra l’altro i nostri costituenti molto sensibili alle esigenze di una forte tutela del buon costume, inteso il concetto in un senso molto ampio, nonché della tutela peraltro anche di altri valori. Gradualmente però riuscì ad affermarsi un indirizzo più favorevole alla libertà d’espressione, sebbene non nella misura ormai di regola negli altri ordinamenti democratici. Le produzioni cinematografiche sono soggette dal 1962 a una autorizzazione ministeriale (su conforme parere di una Commissione d’esperti) la quale può essere negata esclusivamente nel caso che il prodotto sia offensivo del buon costume. Con gli anni il controllo preventivo in funzione del buon costume si è comunque fortemente allentato, in rapporto alla grande restrizione della portata del concetto che si è già notata parlandone in tema di limite generale. L’autorizzazione può inoltre essere data con il divieto della proiezione ai minori di 18 o di 14 anni (divieto giustificabile in funzione per essi anche delle esigenze della loro “formazione morale”). Dal 1985 è stato invece abolito ogni onere di previa autorizzazione per gli spettacoli teatrali. Naturalmente, sia teatro sia cinema sono pur sempre tenuti al rispetto, accertabile in sede di successivo controllo giurisdizionale, di tutti i limiti che concernono in genere le manifestazioni del pensiero.

Il fascismo aveva creato una poderosa rete di interventi statali, sia diretti sia indiretti, a promozione delle produzioni teatrali e cinematografiche: enti pubblici partecipanti in varie maniere ai processi della produzione e sovvenzioni pubbliche e normative di favore per opere che a vario titolo venissero giudicate meritevoli. Senza entrare nei dettagli, si può dire che, al di là delle trasformazioni intervenute con gli anni, la rete è stata in sostanza mantenuta e persino rinforzata: lo stato italiano è attualmente, a suo modo, un grande sponsorizzatore di teatro e di cinema. Dal punto di vista costituzionale, l’interventismo dello stato può trovare qui una diretta, speciale giustificazione, anzi quasi un impegno implicitamente comandato, nella disposizione dell’art. 9: là dove essa prevede che “la Repubblica promuove lo sviluppo della cultura”. L’interventismo può però dar luogo anche qui, come in altri settori, e pur dentro il quadro di un modello “sociale”, a vari problemi costituzionali. Un cenno a due soli tra essi. Lo stato che direttamente gestisce in tutto o in parte la produzione o sovvenziona la produzione privata nel settore del cinema dovrebbe non turbare le regole della concorrenza se non nella misura strettamente richiesta dal fine culturale giustificatore del suo intervento, secondo quanto stabilisce il diritto comunitario, art. 87 del Trattato di Roma (e in verità anche secondo quanto vuole

l'art. 41 Cost. it., se bene inteso). Stabilire l'obbligo per gestori di cinematografi o per stazioni televisive di proiettare o trasmettere prodotti cinematografici di una certa specie (per esempio di origine nazionale e comunitaria) restringe di fatto la libertà di espressione dei suddetti soggetti (nonché il diritto del pubblico di decidere lui cosa vedere o non vedere) in misura tanto più grande quanto più quantitativamente esteso è l'obbligo imposto alla attività di proiezione e trasmissione. In entrambi questi due casi problematici la legislazione italiana ha dimostrato di intendere il potere di intervento dello stato nel senso più ampio possibile, poco preoccupandosi di posizioni pur costituzionalmente protette di soggetti coinvolti nel sistema delle comunicazioni.

In definitiva, nel campo del teatro e del cinema, attraverso i controlli preventivi e gli interventi diretti e indiretti, lo stato italiano ha mantenuto un profilo alto, e munito di poteri notevolmente incisivi e discrezionali, seppur decrescenti col tempo, nella realizzazione del modello "sociale". Teatro e cinema italiani, sorretti e regolati dalla mano dello stato, non hanno posseduto e tuttora non posseggono una autonoma vitalità.

f) *La stampa*

In questo campo si è verificato il più indubbio discostamento nella attuazione dell'art. 21 dalle originarie intenzioni dei costituenti.

Nella giurisprudenza ricorrono talvolta designazioni della stampa (periodica) come "servizio sociale" o "pubblico". Tali designazioni hanno probabilmente per lo più solo un valore generico, ripreso dal linguaggio della politica, senza precise implicazioni tecnico-giuridiche. E tuttavia è vero che la stampa, mezzo di comunicazione di massa, è stata a lungo assoggettata a un trattamento legislativo (non contrastato dalla Corte costituzionale) che presentava caratteristiche tipiche di quello proprio dei servizi pubblici in senso rigoroso: sovvenzioni dirette e indirette alle imprese editoriali accoppiate alla determinazione d'autorità del prezzo di vendita dei giornali. Dopo che il regime dei prezzi amministrati è stato lasciato cadere (1988), la stampa è stata sottoposta a una disciplina meno dirigistica ma pur sempre ispirata a regole antimonopolistiche e ad analoghe regole speciali, molto al di là di quanto permettessero le espresse previsioni dell'art. 21. Non v'è mai stato il tentativo di attuare per legge, in nome delle esigenze da difendersi del "pluralismo" e di valori analoghi, la pubblicizzazione integrale dei mezzi di produzione in questo campo, la quale sembrava a Mortati la soluzione ideale. Ma, del pari, non v'è mai stata una sistemazione giuridica del settore che lasciasse alle sole forze della società civile (editori privati da un lato, lettori dall'altro) il compito di stabilire, secondo la regola della offerta libera e del libero acquisto, senza intromissioni dello stato, quali prodotti si sarebbero autonomamente affermati sul mercato. Nel fondo del pensiero, non solo della grande maggioranza della dottrina, ma della giurisprudenza ordinaria e costituzionale, predomina tuttora l'idea che il fenomeno "stampa" possa e debba essere più o meno ampiamente regolato dallo stato, affinché esso riesca a meglio servire i bisogni della collettività. Una idea estranea, appunto, al pensiero dei costituenti.

Il regime delle sovvenzioni attraverso il prezzo politico della carta e in corrispettivo del prezzo amministrato dei giornali sul mercato – in vigore per motivi vari fin da prima della guerra – aveva, al di sotto delle proclamate finalità “sociali”, effetti indirettamente ma seriamente condizionanti la libertà degli editori nei confronti del governo. Dipendevano infatti dal governo – dalle leggi da esso manovrabili – i livelli delle sovvenzioni e dei prezzi amministrati, e cioè la possibilità per gli editori di far quadrare i conti delle loro imprese: donde la necessità per essi di mantenere buoni rapporti con le forze politiche al potere. Il conseguente tendenziale allineamento della stampa cosiddetta “indipendente” (cioè quella non collegata a partiti politici) a supporto degli indirizzi governativi poteva svolgere la giustificata funzione, nella situazione storica degli anni Cinquanta e Sessanta, di rafforzamento di una debole, claudicante democrazia. Ma alla lunga tale funzione perdeva di oggettiva importanza man mano che la democrazia si consolidava e d’altra parte gravissimi erano gli effetti negativi che comunque quel regime dirigitico comportava. La compressione degli utili imprenditoriali, o per meglio dire le vaste perdite indotte dalla difficoltà di aggiustare tempestivamente i livelli di intervento, produsse la chiusura di molte testate e la forte concentrazione di altre, cosicché a livello nazionale l’esistente oligopolio divenne ancora più rigido e più sotto il controllo di gruppi industriali privati e pubblici capaci di finanziare (per loro riposti fini politici) le perdite. La crisi della stampa quotidiana italiana divenne irresistibile negli anni Settanta. Dopo alcuni provvedimenti a tampone lo stato varò una legge complessiva (la n. 416 del 1981) mirante tra l’altro a rendere possibile la riduzione del personale eccessivo delle imprese e l’adeguamento della produzione ai metodi delle tecnologie avanzate: il che permise di superare il momento critico. La legge mantenne però il sistema delle sovvenzioni e del prezzo amministrato: sistema cessato – e per le sovvenzioni non interamente – solo tra gli anni 1988 e 1994.

L’ordinamento giuridico italiano ha conservato la impostazione originaria dell’art. 21 nel riconoscere nell’editore del giornale il titolare del diritto alla libertà d’espressione che si attua attraverso quel mezzo di comunicazione; senza imporre d’autorità alla sua libertà obblighi di rispetto della libertà dei giornalisti suoi collaboratori, lasciando alla libera contrattazione tra il primo e i secondi il compito di definire gli eventuali limiti del diritto dell’editore (il che dopo il 1972 è appunto per quella via privatistica intervenuto). L’ordinamento ha egualmente rispettato la impostazione originaria nel non sottoporre la libertà d’espressione dei giornali e dell’attività giornalistica a limiti che non siano *sostanzialmente* gli stessi generali valevoli per ogni manifestazione del pensiero (limiti in funzione dell’ordine pubblico, della reputazione altrui, del buon costume, ecc.; fa eccezione in parte la disciplina della *privacy*).

La legge n. 416, e sue successive modificazioni, hanno però introdotto un regime di norme recanti un controllo dello sviluppo delle imprese editoriali in funzione di tutela della concorrenza e del “pluralismo”, il quale in precedenza non esisteva e non è conciliabile con il rigoroso spirito liberale che stava in origine alla base dell’art. 21.

Oggi, la legge vieta a società concessionarie di pubblicità di operare in esclusiva per quotidiani la cui tiratura complessiva superi il 30% di quella nazionale o il 20% qualora la concessionaria controlli un'impresa editrice. La Corte costituzionale e la Presidenza della Repubblica hanno ripetutamente auspicato che la legge fissi tetti alla pubblicità che affluisce alla televisione, affinché un flusso adeguato della medesima possa convergere sulla stampa, che sarebbe un mezzo di comunicazione meritevole di particolare supporto.

Alla stampa si applicano in genere i principi della legislazione contro le intese e le operazioni rivolte a restringere la concorrenza e ad acquisire posizioni di predominio. Ma nei confronti della stampa quotidiana valgono regole specialmente costrittive: costituisce soglia di dominanza di principio vietata, per le testate a livello nazionale il tetto del 20% della tiratura complessiva dei giornali quotidiani in Italia, e quello del 50% delle copie tirate complessivamente in una area interregionale determinata. Per un certo tempo il superamento fu vietato benché eventualmente risultante anche dalla sola naturale, lecita espansione delle vendite del giornale, in quanto fatto produttivo di una oggettiva diminuzione di “pluralismo” giornalistico; recentemente la norma è stata come tale abrogata, ma resta il “tetto” come soglia non oltrepassabile attraverso altri tipi di operazioni o di eventi. Inoltre, le imprese editrici di testate giornalistiche non possono né direttamente né indirettamente conseguire ricavi superiori al 20% del “sistema integrato delle comunicazioni” (c.d. SIC: il totale dei ricavi realizzabili dalla stampa, dalla televisione e da altri mezzi di comunicazione).

La applicazione di queste e di altre norme regolatrici della vita delle imprese editrici è affidata, in prima istanza, alla Autorità garante delle comunicazioni, i cui poteri includono elementi di ampia discrezionalità. L'Autorità è nominata dai Poteri politici, secondo norme che assicurano una (equilibrata) rappresentanza a maggioranza e minoranza.

In dottrina prevale di gran lunga la corrente che vorrebbe nelle leggi una protezione più accentuata del valore del “pluralismo”, e in particolare è favorevole alla imposizione di “tetti” invalicabili allo sviluppo delle imprese più forti, a normative dirigistiche assicuranti alla stampa nell'insieme quote cospicue di risorse pubblicitarie, a regole che impediscano seriamente al singolo editore di attingere porzioni importanti delle risorse pubblicitarie complessivamente disponibili. Non turba la decisa preferenza “pluralistica” di questi giuristi l'obiezione che l'impedire per legge l'espansione della diffusione di un giornale, almeno se questa intervenga con mezzi concorrenzialmente corretti, conculca gravemente non solo la libertà dell'editore ma altresì quella di informarsi di potenziali lettori, privati dell'accesso al giornale dalle forzate limitazioni della sua tiratura o delle sue dimensioni: un'ipotesi che avrebbe orripilato i giuristi dell'età liberale come la negazione stessa della libertà (così come li avrebbe orripilati la recente normativa – legge 515/2001 – che ingiunge ai giornali “indipendenti” di attenersi a una neutralità paritaria rispetto alle domande di pubblicità propagandistica dei partiti in periodi elettorali). Gli attuali giuristi “pluralisti” sono però tutti presi dall'assillo che possano nell'editoria giornalistica emergere una o poche voci dominanti la cui influenza riesca a imporsi

su una opinione pubblica non capace di esercitare un giudizio critico adeguato; e che sia bene forzare in qualche modo l'opinione pubblica a rivolgere la sua attenzione anche a fonti che essa da sé non sceglierebbe di ascoltare. V'è, in questo atteggiamento, come già sopra rilevato, una cospicua vena di sfiducia nella società civile (nella sua capacità di produrre da sé informazione sufficientemente aperta e completa e di saper vagliare da sé sufficientemente il valore del prodotto offerto), nonché una parallela vena di robusto paternalismo.

V'è anche il desiderio di trasferire nelle mani della classe politica una quota del potere di decidere in quale direzione occorre vada il flusso della informazione. In effetti, stabilire il livello degli interventi dirigistici (per es., l'altezza dei "tetti" all'espansione dei quotidiani) e la stessa applicazione delle regole *antitrust* (operazione anch'essa implicante non piccola discrezionalità) danno al potere politico una capacità di influenza di grosso peso (almeno potenziale) sui fenomeni dell'informazione e della divulgazione culturale a mezzo "stampa".

D'altra parte, rispetto ai primi decenni dopo la guerra il regime giuridico attuale della stampa in Italia si è senza dubbio liberalizzato. Ma ciò non toglie che in base alle pur meno dirigistiche regole oggi in vigore, i legami tra Potere politico e stampa siano ancora molto forti, con notevoli ingerenze del primo nelle vicende della seconda. Ingerenze alla luce del sole e ingerenze al coperto. Difficilmente in un paese anglosassone l'eventuale passaggio di proprietà di una grande giornale nazionale riuscirebbe a destare le preoccupazioni, gli allarmi e, alla fine, gli interventi della classe politica (anche magari attraverso l'opera della magistratura), quali si ebbero ripetutamente in Italia in occasione di vicende concernenti il maggiore quotidiano del paese. La stampa italiana è oggi sicuramente nel complesso libera, ma in certo senso è ancora e sempre sotto tutela.

g) *La radiotelevisione*

La presenza determinante della classe politica sulla vita del mezzo di comunicazione "radio-televisione" contraddistingue la storia di quel mezzo in Italia in una misura che non ha riscontro negli altri maggiori ordinamenti democratici occidentali. A livello costituzionale, rovesciando la probabile iniziale scelta degli autori dell'art. 21, si è partiti dalla convalidazione del completo monopolio legale dello stato nel settore e del controllo del governo sul mezzo, per passare via via, a tappe, ad un regime che fa oggi spazio, in maniera precaria e tormentata, anche a trasmettitori privati, soggetti peraltro a regolamenti stringenti di vario genere e affiancati da un poderoso servizio pubblico oggetto di continue contese spartitorie tra i partiti.

S'è già spiegato perché il monopolio dello stato nel settore poteva avere, nei primi decenni dopo la guerra, qualche speciale giustificazione in vista della debolezza delle istituzioni democratiche in Italia (a parte le difficoltà inerenti ad una ipotetica sistemazione di tipo privatistico, derivanti dal fatto tecnico della fisica scarsità dei canali allora disponibili). Ma d'altro canto la Costituzione garantiva pur sempre ai singoli cittadini il diritto di esprimersi liberamente *con ogni mezzo di comunicazione*, cioè, chiaramente, anche col mezzo radiotelevisivo. L'ordinamento aveva, nel settore della stampa, predisposto le istituzioni in maniera che ai cittadini che volessero (e finanziariamente potessero) fosse legalmente dato di organizzare e

gestire a proprio rischio imprese editoriali (e si riteneva, ormai si può dire da tutti, che questa soluzione fosse la sola costituzionalmente legittima; i giuristi idealisti che, alla Mortati, vagheggiavano un monopolio statale dei mezzi di diffusione a stampa restarono alla lunga una minoranza isolatissima). Era dunque in certo senso naturale che ad alcuni cittadini sembrasse richiesta dalla stessa Costituzione, per il settore radiotelevisivo, la realizzazione di una sistemazione istituzionale analoga, *mutatis mutandis*, a quella ritenuta costituzionalmente necessaria per l'altro grande mezzo di comunicazione di massa, la stampa. La tesi poggiava non solo sul dato testuale della Carta, ma anche su argomenti tratti dai lavori della Costituente.

Quando nel 1960 fu contestato davanti alla Corte la legittimità costituzionale del monopolio legale dello stato nel settore, questa giustificò il monopolio adducendo che, stante la scarsità dei canali per le trasmissioni e il pericolo che, a livello nazionale e locale, si instaurasse un monopolio o un oligopolio dei privati, lo stato poteva in forza dell'art. 43 riservare a sé le trasmissioni (sentenza n. 59/1960). Facendo leva sulla clausola "anti-monopoli privati" dell'art. 43, la Corte in primo luogo sposava una lettura dell'articolo che ne forzava per più rispetti la portata originaria (lo applicava a situazione afferenti una materia di imprenditoria culturale e non meramente industriale; lo applicava a situazioni non di stretto monopolio "naturale", ma di eventuale, mero e speculativo oligopolio). Inoltre, la Corte non teneva conto del fatto che una situazione analoga esisteva grosso modo anche nel caso della stampa, ove mancavano teoricamente le insuperabili ristrettezze "naturali" dei mezzi di comunicazione presenti per la radiotelevisione (il numero delle tipografie è in teoria moltiplicabile a volontà dall'iniziativa privata), ma di fatto le condizioni economiche e sociali erano tali per cui necessariamente molto limitato era il numero dei quotidiani capaci di circolazione nazionale (e, ancora più, locale): mentre la Corte era ben lunghi dall'ipotizzare che per la stampa si potesse legittimamente stabilire una riserva statale dei mezzi di produzione. Infine, se si accoglie (come sembrava fare la Corte nella sua sentenza) l'idea che l'art. 21 contempli in astratto un diritto dell'impresa editoriale privata di operare anche in campo radiotelevisivo, ma il rischio sarebbe che per la insuperabile limitatezza dei canali un sistema impostato su imprese private esprimesse solo tendenze culturali "parziali" e "partigiane", alla Corte sfuggiva che una soluzione più congrua del monopolio statale sarebbe stata disponibile: quella sperimentata da anni negli Stati Uniti (ove le concessionarie delle trasmissioni erano tutte private, ma queste, proprio per il motivo del loro numero necessariamente limitato, erano tenute al rispetto della *fairness*: imparzialità e completezza dell'informazione, presentazione accurata delle varie tendenze culturali, accesso eguale per tutte le forze politiche, ecc.).

La giustificazione del monopolio statale sulla base della sua alternativa al monopolio privato reso inevitabile dalla limitatezza dei canali disponibili creava però per la Corte due problemi, che essa alla fine dovette affrontare.

Non sappiamo se sulla decisione n. 59 della Corte abbia influito la percezione che nel 1960 l'esclusivo controllo del governo, voluto dalla legge su radio e televisione, poteva servire alla sicurezza della democrazia. Sta di fatto che col passare del tempo

quella funzione perdeva di attualità, mentre sempre più appariva opportuno che quel mezzo di comunicazione non fosse consegnato per intero al potere dell'Esecutivo, espressione della sola maggioranza. Finalmente nel 1974 (sentenza n. 225) la Corte dichiarò incostituzionale quel controllo, indicando che esso sarebbe dovuto spettare invece a un organo parlamentare rappresentativo anche della minoranza, e che il rispetto delle regole della completezza, correttezza, imparzialità della informazione nonché l'eguale accesso dei gruppi politici e sociali al servizio radiotelevisivo, in mano pubblica, si imponevano come principi costituzionali.

Nel frattempo, a seguito del progresso tecnico, era cominciato nei paesi più progrediti, e in parte anche in Italia, il fenomeno della moltiplicazione dei canali disponibili per le emissioni: un fenomeno che, attraverso l'utilizzo di cavi, satelliti, tecnologia "digitale", ecc., eliminerà all'inizio del XXI secolo, a tutti gli effetti pratici, il fattore "naturale" della limitatezza dei mezzi utilizzabili per trasmissioni televisive. Nel 1976, la Corte, avendo ritenuto che per trasmissioni a livello locale esistessero ormai frequenze sufficientemente numerose per far escludere l'instaurarsi di oligopoli privati, decretò l'incostituzionalità della riserva a favore dello stato a quel livello, prescrivendo che un organo amministrativo provvedesse ad assegnare le frequenze ai privati che ne facessero domanda (sentenza n. 202).

A questo punto si poteva forse pensare che, realizzandosi anche a livello nazionale un sostanzioso aumento dei canali disponibili, l'annullamento del monopolio statale anche a quel livello sarebbe stato deciso dalla Corte. Negli Stati Uniti, completatosi per intero quell'aumento, nei primi anni Ottanta l'ordinamento aveva perfino abolito l'obbligo della *fairness* nelle trasmissioni televisive, tutte peraltro affidate ad emittenti private: in base all'argomento che, come nel caso della stampa, l'iniziativa privata, in regime ormai possibile di aperta concorrenza, avrebbe saputo provvedere, anche in televisione, quel tanto di molteplicità di punti di vista e di tendenze culturali di cui la società sentiva di avere, e di fatto aveva, bisogno. La Corte italiana, però, non credé di poter trasporre il ragionamento già fatto per il livello locale al livello nazionale. Pesarono qui l'individuazione creativa da parte sua di valori costituzionali fino allora restati nella penombra ed altri fattori inibitori.

Gradualmente, la Corte dovette persuadersi che la prossima moltiplicazione dei canali anche a livello nazionale e la conseguente concorrenza che si sarebbe instaurata tra le emittenti private eventualmente abilitate all'esercizio non avrebbero da sé soddisfatto, tanto meno in modo sufficiente, le esigenze di un valore che ormai stava per lei acquistando un posto preminente – e richiedente protezione attiva – nel sistema dei valori costituzionali: il valore del *pluralismo*. Il pluralismo riguardava la varietà delle opinioni e delle tendenze politico-culturali presenti nel paese: le quali avrebbero dovuto ottenere una esposizione tendenzialmente paritaria, attraverso il mezzo della radiotelevisione, davanti agli occhi della pubblica opinione. Alla televisione, nel suo complesso, potevano e dovevano imporsi, per Costituzione, regole di condotta che solo in parte minima potevano imporsi alla stampa: assegnarle in sostanza una funzione educativa del pubblico quale poteva ricavarsi dall'impegno stabilito per la Repubblica dall'art. 3 – e da altri articoli – di promuovere la maturazione civile e sociale del popolo. La funzione educativa

doveva tener conto dinamicamente della varietà dei punti di vista: ma questi in pratica coincidevano soprattutto, per la Corte, con le culture e le ideologie delle principali forze politiche in cui si ripartiva il paese, ed era ad esse che occorreva dare, per giustizia, rappresentazione eguale nel mezzo televisivo. In questo quadro una ulteriore preoccupazione si faceva sotteraneamente strada nel pensiero della Corte. Aprire canali di emissione nazionale alle iniziative dei privati avrebbe potuto permettere il formarsi di grandi nuovi poteri di opinioni, capaci di turbare con le loro influenze gli equilibri di un *establishment* politico ormai stabilizzatosi. L'evoluzione della politica, nel futuro, era cosa naturale ed auspicabile; ma occorreva intervenisse per linee interne, senza scosse; quali potevano venir date dall'intervento di forze esterne, utilizzando il mezzo televisivo, che ormai si riconosceva in genere dotato di potenza suasive di molto superiore a quella di qualsiasi altro mezzo di comunicazione. La Corte, insomma, tacitamente si accingeva a prendere le difese della classe politica e del suo sistema di influenze: un sistema marcato dal consolidato predominio delle sue varie frazioni rispettivamente in distinti tradizionali subsistemi di comunicazione, ove il mezzo comunicativo principale – anche se non il solo – era la semplice parola (le sfere della famiglia, della scuola, della chiesa, del luogo di lavoro, dei luoghi del tempo libero, ecc.). Le successive sentenze della Corte sono essenzialmente il prodotto di questi riposti motivi ispiratori.

Con la sentenza n. 148 del 1981 la Corte respinse la richiesta di dichiarazione di incostituzionalità del monopolio legale dello stato per le emissioni nazionali (le locali erano ormai “liberalizzate”) ravvisando ora in quel monopolio la soluzione per così dire “naturale” del problema del garantire la tutela sicura del principio del pluralismo culturale-politico, essenziale in regime di democrazia. La stampa era un caso diverso da quello della televisione, data la peculiare capacità della seconda di incidere sulla formazione dell'opinione pubblica: di qui la necessità di un servizio pubblico radiotelevisivo a livello nazionale, soggetto a regole precise di “pluralismo interno”. D'altronde, la Corte ormai sapeva che in Europa, col moltiplicarsi dei canali disponibili, vari ordinamenti avevano già ammesso il formarsi, accanto alle pubbliche, di televisioni private a portata non meramente locale: una scelta in certo senso obbligata, secondo la logica minima di un modello “sociale” (e non “socialista”) quando la disponibilità dei canali per le emissioni sia, a tutti i livelli, praticamente larghissima. La Corte si decise dunque a concedere la possibilità in astratto di una apertura a televisioni private nazionali, se e quando il legislatore lo volesse. Ma subordinò strettamente la validità di una legge di “apertura” al fatto che essa riuscisse effettivamente a impedire il formarsi, nel settore così aperto, di un monopolio o anche solo di un oligopolio di soggetti privati. Presa sul serio (cioè inteso il termine oligopolio nel suo significato letterale e proprio), la condizione in tal modo posta avrebbe reso in sostanza impossibile la esistenza di un valido settore televisivo privato. Negli Stati Uniti da quasi mezzo secolo solo tre soggetti (privati) riuscivano a far operare reti di estensione nazionale; in Italia, accanto al servizio pubblico mantenuto in funzione, non si vede come avrebbero potuto affermarsi nel settore privato, a livello nazionale, di fatto, un numero maggiore di soggetti (salvo a

immaginarli di statura del tutto nana, incapaci di organizzare programmi dotati di una qualsiasi seria dignità, sia per l'informazione sia per l'intrattenimento).

Negli anni Ottanta un audace e spregiudicato imprenditore, sfidando la legge, prese, con tecniche varie, a effettuare trasmissioni nazionali. Egli perseguiva di certo solo – e con mezzi discutibili – i suoi interessi personali; ma di fatto, indirettamente, costringeva la classe politica (sostanzialmente in tutte le sue frazioni riluttante) a fronteggiare il problema dell'adeguamento del regime della televisione alla logica del modello "sociale": quando l'estrema limitatezza dei canali di emissione cessi, la presenza dell'iniziativa privata nel campo diviene, a tutti i livelli, un'esigenza di vero ordine costituzionale. Il legislatore, di mala voglia, si limitò in un primo momento, a escludere la punibilità delle iniziative che violavano il monopolio tuttora in vigore dello stato. La Corte, per l'occasione, non riconobbe affatto la invalidità costituzionale di principio del monopolio statale (ravvisando nella sfida dell'imprenditore un modo efficace per far affermare un importante valore costituzionale). Salvò la legge che escludeva la punibilità, in quanto la considerò un provvisorio anticipo di una eventuale successiva legge che avrebbe definito organicamente il ruolo dei privati nel regime della televisione. Ribadì le condizioni che aveva in precedenza poste per l'esistenza di televisioni nazionali private, ed anzi le rinforzò. Stabilì che un servizio pubblico nazionale (con il suo "pluralismo interno") era voluto dalla Costituzione e che di esso non si poteva fare a meno. Precisò che l'eventuale settore privato non poteva tollerare nel suo seno monopoli o oligopoli; chiarì che ai soggetti privati avrebbero potuto imporsi regole varie di condotta favorevoli all'interno di ciascuno d'essi il "pluralismo", ma non nelle stesse misure stringenti valevoli per il servizio pubblico (date le garanzie di libertà loro offerte dagli art. 21 e 41); insistette sul punto che nel settore privato avrebbe dovuto valere, tra i molteplici suoi eventuali componenti, un sistema severo di concorrenza, così da assicurare nel settore un forte "pluralismo" cosiddetto "esterno"; dichiarò che a garantire sufficientemente il principio essenziale generale del "pluralismo" non sarebbe bastata la concorrenza instauratasi tra un forte servizio pubblico televisivo e un settore privato in cui figurasse un soggetto "dominante" (sentenza n. 826/1988).

Si mosse finalmente il Legislatore. Il quale in precedenza (legge n. 103/1975) aveva dato attuazione ai precetti della Corte rivolti ad attribuire il controllo della televisione pubblica a un organo del Parlamento (col risultato che i principali partiti politici si erano riservati di fatto ciascuno la direzione di un canale sui tre a disposizione dell'emittente pubblica, imprimendo al canale a sé assegnato nella spartizione il proprio più o meno distinto marchio di tendenza). Adesso decise di ammettere i privati a trasmissioni nazionali, accanto al persistente servizio pubblico (legge n. 223/1990). Lo fece, stabilendo peraltro, in primo luogo, che le regole di *fairness* (pluralismo, obiettività, completezza, apertura alle diverse opinioni, ecc.) come dovevano valere per l'emittente pubblica, così dovevano vincolare anche i privati. Stabilì anche, per essi, divieti particolari e dovere specifici per tipo di trasmissione, incidendo dunque seriamente sulla conformazione dei loro programmi. Le regole di *fairness* e gli altri divieti e obblighi positivi comprimevano la libertà

dei privati garantita dagli art. 21 e 41 in una misura, non solo del tutto impensabile nelle prospettive di un modello liberale classico, ma anche inimmaginabile per lo stesso Parlamento autore della legge se si fosse trattato di applicarla all'altro mezzo di comunicazione di massa, la stampa: regole vincolanti di quel genere applicate alla stampa sarebbero state considerate senz'altro offensive della sua libertà. Sicché, essendo ormai anche per la televisione esistenti le condizioni per cui una pluralità non piccola di privati poteva in astratto, come per la stampa, dare avvio a iniziative di comunicazione, il differente trattamento riservato all'un mezzo e all'altro – libertà quasi piena dentro i limiti delle leggi generali per la stampa: regole compressive speciali per la televisione – poteva in sostanza giustificarsi soltanto in base alla (opinabile) tesi che quest'ultima, a differenza della prima, possiede sugli spettatori effetti asservitori non resistibili (dove la necessità di programmi radiotelevisivi “educati” ed “educanti”).

In secondo luogo, la legge n. 223 sottopose il settore televisivo assegnato ai privati ai principi dell'*antitrust*, vietando intese tra loro e altre operazioni che riducessero la complessiva, reciproca concorrenza. Ma per meglio garantire la possibilità a una pluralità di privati di esser comunque presenti nel settore, volle in aggiunta limitare il numero dei canali attribuibili ad un singolo imprenditore. Constatato e fissato nel numero di *nove canali* il totale di quelli messi complessivamente a disposizione dei privati, non più di *tre* potevano venire concessi a un singolo soggetto. Limitando il numero dei mezzi di comunicazione utilizzabili da un soggetto, la legge pensava di promuovere l'affermarsi nel settore privato di un sicuro “pluralismo di soggetti attivi” e, tramite questo pluralismo e la concorrenza regnante tra i suoi componenti, anche, indirettamente, di un utile “pluralismo delle opinioni” e delle “tendenze culturali e politiche”.

La legge, come per la stampa, assegnò a una Autorità garante il compito di vegliare sulla osservanza da parte dei privati delle regole suddette (nonché, da parte dell'emittente pubblica, delle ulteriori speciali regole di cui era gravata, in ragione della funzione peculiare di servizio pubblico per antonomasia che le fu conservata).

La implicita speranza che nel settore privato si formasse, anche a livello nazionale, una robusta schiera di forti emittenti in concorrenza – oltre quella, controllante tre canali, dell'imprenditore che aveva sfidato il monopolio dello stato –, come era forse da aspettarsi, non si verificò. Per la verità, una valutazione realistica non avrebbe dovuto far concludere che la situazione complessiva della televisione italiana – servizio pubblico più settore privato – fosse flagrantemente in *deficit* di “pluralismo”. I tre canali di servizio pubblico riflettevano più o meno ciascuno i punti di vista delle distinte maggiori forze politiche del paese. I tre canali del dominante imprenditore privato esprimevano tendenze in parte diverse, ma, dovendo, in concorrenza coi canali pubblici, attrarre per quanto possibile l'attenzione degli spettatori (il finanziamento dei privati derivava tutto, a differenza di quello del servizio pubblico che godeva anche di un canone imposto agli utenti per legge dallo stato, dalla pubblicità, cioè dal gradimento mostrato dagli spettatori per i programmi) non potevano abbandonarsi a propagande troppo di parte. Nell'insieme, i sei canali operanti efficacemente a livello nazionale offrivano

dunque agli italiani un panorama di opinioni, di giudizi, di simpatie, abbastanza variegato: probabilmente non meno, o non molto meno, variegato di quello offerto dalle televisioni di altri paesi (lasciando qui impregiudicata la questione delle qualità intrinseche dei programmi, sia dei canali pubblici sia dei canali privati, al paragone con talune più sofisticate televisioni straniere). Insomma, in fatto di oggettivo “pluralismo”, più che dei soggetti emittenti, delle tendenze politico-culturali trasmesse sulle onde, l’Italia dopo il 1990 forse non stava poi così male; o comunque ne godeva tanto quanto il suo pubblico di teleudenti era, liberamente, disposto ad assorbire.

Ma la Corte costituzionale già aveva manifestato la sua opinione che non fosse sufficiente da sola a soddisfare il valore costituzionale del pluralismo la concorrenza tra un forte servizio pubblico e un settore privato ove esistesse – comunque conseguita – una posizione dominante. E la sua avversione nei confronti di un sistema televisivo privato in pratica tutto, a livello nazionale, nelle mani di un solo soggetto era ora enormemente accresciuta dal fatto che l’imprenditore proprietario di quel soggetto dominante aveva fatto improvvisamente il suo personale, diretto ingresso in politica e aveva vinto le elezioni del 1994 come capo di una coalizione di destra. La Corte era pronta ad ammettere che ci volesse del tempo affinché nel settore privato si sviluppasse le iniziative capaci di riempire utilmente il campo e così realizzare nel suo seno il “pluralismo” (dei soggetti operanti). Ma in realtà la sua preoccupazione rivolta alla tutela degli equilibri politici esistenti era molto forte e del tutto prevalente, cosicché essa non ritenne di poter accettare il limite quantitativo dei tre canali assegnabili come massimo a un privato, voluto dalla legge, e stabilì più in generale che il limite invalicabile doveva fissarsi nella quota del 20% dei programmi complessivamente irradiabili: il che, nella situazione data, tenuto conto dei tre canali pubblici e dei nove assegnabili ai privati, significava un massimo di due canali per un soggetto privato. La Corte incitò il legislatore a prendere i provvedimenti necessari per adeguare rapidamente la realtà di fatto al principio da essa enunciato. Prescrisse anche un “ulteriore limite quantitativo invalicabile: nessun soggetto privato avrebbe dovuto poter utilizzare più di una determinata quota percentuale di tutte le risorse impegnate per finanziare la televisione in ambito nazionale (sentenza n. 420/1994).

In questa sede non è il caso di indugiare sui dettagli degli sviluppi più recenti della legislazione e della giurisprudenza costituzionale in materia radiotelevisiva. Basterà perciò, ai nostri fini, solo un cenno ad alcuni aspetti più importanti di quegli ulteriori sviluppi.

Il legislatore, per complessi motivi politici, non ha voluto seguire la Corte nella suggerita, rapida decapitazione di una rete delle tre facenti capo all’imprenditore titolare della posizione dominante del settore privato. Con la legge n. 249 del 1997 ha approntato le normative intese ad adempiere alle prescrizioni date dalla Corte (anche con riguardo alla regola relativa alla percentuale-limite delle risorse raccogliibili). Ma la attuazione delle normative non si è in concreto verificata. Dopo il 2000 l’avvento ritenuto vicino della tecnologia “digitale”, con il moltiplicarsi dei canali di emissione disponibili, ha ulteriormente facilitato la strategia legislativa

della rinuncia alla decapitazione. La legge n. 112 del 2004 e poi il Testo Unico della radiotelevisione del 2005 hanno stabilito (tra l'altro con aggiramento di una nuova, incalzante sentenza della Corte, la n. 466 del 2002) un regime transitorio, preliminare a quello definitivo, nel quale il numero dei canali disponibili ammonterebbe ad almeno 15 e pertanto il rispetto della quota del 20% non imporrebbe il sacrificio del terzo programma del soggetto privato dominante. Mentre il rispetto della quota del 20% delle risorse utilizzabili da un singolo soggetto dovrebbe avvenire con calcolo su un sistema molto allargato del totale delle risorse rilevanti: sicché non sarebbe forse impossibile evitare per l'interessato lo sfioramento del limite.

L'opinione pubblica e la dottrina giuridica "progressiste" non meno della Corte preoccupate dell'eccesso di influenza sociale e politica goduto da un privato, grande editore televisivo, oltretutto impegnato di persona in politica, hanno naturalmente criticato con forza questa indulgente remissività, dannosa al "pluralismo".

In riassunto, i principi costituzionali regolanti nell'insieme il mezzo di comunicazione radiotelevisivo, sembrano essere oggi i seguenti.

- a) E' obbligatoria nell'ordinamento, per la Corte e per la legge, la presenza di un distinto servizio pubblico radiotelevisivo, incaricato di assolvere specifici compiti di natura culturale, sociale, politica, per pagare i quali agli utenti televisivi può essere imposto un "canone". Per la Corte il controllo del servizio pubblico dovrebbe restare in ogni caso in mano allo stato. E' ammessa l'esistenza di un settore privato, caratterizzato dalla necessaria presenza di una pluralità di soggetti operatori. Se dovesse valere la risalente giurisprudenza della Corte, qualora però nel settore si instaurasse una situazione non correggibile di monopolio o anche solo di oligopolio privato di fatto, si imporrebbe il ritorno al monopolio legale pubblico (salvo ostacoli derivanti dal diritto comunitario).
- b) Nel sistema radiotelevisivo italiano, per la Corte e per la legge, valgono in generale i principi tradizionali dell'*antitrust*, contro intese e concentrazioni idonee a pregiudicare il "pluralismo" e a condurre a "posizioni dominanti". Ma, come per la stampa, le semplici, tradizionali regole a tutela della concorrenza qui – siamo in un'area in cui è in gioco l'influenza sull'opinione pubblica – non bastano. Nel regime definitivo – quando la tecnologia avrà reso praticamente illimitato il numero dei programmi contemporaneamente trasmissibili – un "tetto" assoluto dovrà farsi rispettare all'espansione – comunque conseguita e realizzata – delle trasmissioni di un singolo soggetto: i suoi programmi non potranno rappresentare più del 20% del totale dei programmi irradiati nel paese e al loro finanziamento non potrà concorrere più del 20% delle risorse disponibili nel sistema integrato delle comunicazioni (per taluno, nel sistema delle televisioni, preso in isolamento).
- c) Per la Corte e per la legge a tutti i soggetti che trasmettono in televisione sono imponibili divieti e obblighi particolari che vanno al di là dei limiti generali vincolanti le manifestazioni del pensiero con altri mezzi e che non sarebbero a questi altri mezzi imponibili: per esempio, quanto ai contenuti in generale, divieto di trasmissioni che inducano ad atteggiamenti di intolleranza o capaci di

offendere convinzioni religiose o ideali; quanto all'informazione, obbligo di trasmissione quotidiana di telegiornali per i soggetti abilitati a fornire programmi in ambito nazionale e corrispondente obbligo di presentazione veritiera dei fatti in modo da favorire la libera formazione delle opinioni, con l'accesso di tutti i soggetti politici in condizioni di parità (secondo regole specificabili dall'Autorità garante); secondo l'origine dei prodotti trasmessi, obblighi di trasmissione preferenziale di prodotti di origine nazionale ed europea, con precisazione delle quote di tempo a questi spettanti; quanto ai tempi e ai modi di trasmissione, regole relative ai limiti di affollamento della pubblicità e degli orari di trasmissione di taluni prodotti capaci di nuocere allo sviluppo morale dei minori; e via dicendo.

Naturalmente, al servizio pubblico possono essere e sono imposti divieti e obblighi di trasmissione più specifici di quelli valevoli per i privati, in vista del particolare compito di educazione culturale, civile e politica che è ad esso riservato. Vigge per esso un principio di "pluralismo interno", che non si può richiedere, se non in misura attenuata, ai soggetti emittenti privati (titolari della libertà dell'art. 21 e 41, peraltro in questo campo nettamente indebolite).

- d) Il testo unico del 2005 distingue, nell'ambito del sistema complessivo, soggetti "operatori di rete" e soggetti "fornitori di contenuti". I primi controllano gli strumenti fisici attraverso i quali si realizzano le trasmissioni (frequenze dell'etere, cavi, satelliti, ecc.): strumenti che, anche per via della sopravvenuta tecnica "digitale", sono in grado di trasmettere, ciascuno, un alto numero di programmi. I secondi sono gli elaboratori dei programmi, cioè i veri titolari del diritto garantito di libera espressione: ed essi esercitano quel loro diritto ottenendo, senza discriminazioni, verso compenso, l'utilizzo dello strumento per le trasmissioni dagli operatori di rete. Poiché a questi ultimi non è dato un potere arbitrario di rifiuto e poiché il numero dei programmi potenzialmente irradiabili sarà, a sistema messo a regime, elevatissimo, la legge avrà probabilmente creato condizioni per imprenditori aspiranti ad iniziare propri programmi organici di trasmissioni televisive non troppo diverse da quelle in cui versano imprenditori intenzionati a dar vita, per le stampe, ad un quotidiano. Difficile per i primi non sarà trovare un mezzo per la trasmissione (la limitatezza dei canali disponibili sarà in pratica scomparsa); sarà reperire i capitali necessari e vincere, in salita, la concorrenza con i soggetti già presenti sul campo. Ma queste ultime difficoltà circondano anche, da sempre, l'iniziativa di chi voglia dare alle stampe un quotidiano.

Se questa finale situazione si verificherà, come è nelle aspettative e negli auspici della legge, le rispettive posizioni di televisione e stampa nel sistema italiano delle comunicazioni si saranno per un lato importantissimo di molto avvicinate (ma non sembra che, in prospettiva, il sistema si avvii a ridurre anche gli altri elementi differenzianti, cioè i massicci, speciali divieti e obblighi per la televisione che su di essa oggi gravano).

- e) Menzione a parte meritano le regole imposte alle emissioni televisive nei periodi elettorali. Si tratta di intense limitazioni alla libertà delle televisioni, che si

sogliono giustificare con l'esigenza di assicurare la correttezza della gara, condotta in condizioni di parità, tra i vari concorrenti politici, e di tutelare la libertà di scelta razionale degli elettori. In realtà, si tratta di regole che soprattutto proteggono le posizioni di acquisito consenso dei partiti politici attraverso lo sfruttamento da parte loro di influenze di cui godono in sottosistemi di comunicazione ove sono riusciti ad occupare un ruolo di rilievo; protezione a loro vantaggio nei confronti dell'intervento – in tutto il corso del tempo, ma specie nel momento pre-elettorale – dello sparigliante strumento televisivo.

Durante l'intero periodo della campagna elettorale – e per ogni genere d'elezione: del Parlamento italiano ed europeo e delle amministrazioni locali – le sole forme di “comunicazioni politiche” ammesse in televisione sono quelle consistenti in confronti tra le forze politiche contrapposte, in contraddittorio tra loro (tribune politiche, dibattiti, tavole rotonde, ecc.); secondo programmi stabiliti da una Commissione parlamentare e dalla Autorità garante, che assicurano la pari presenza sullo schermo di quelle forze, qual che ne sia la consistenza e rilevanza in seno all'opinione pubblica. Le forze politiche possono individualmente fare irradiare messaggi brevi, della durata da uno a tre minuti, ma in numero molto limitato (non più di due al giorno) e nel quadro di “contenitori” appositi. Non sono ammessi in assoluto (anche in tempi diversi dalla campagna elettorale) messaggi “brevissimi”, ossia forme di pubblicità politica istantanea (c.d. *spots*). In periodo di campagna gli uomini politici non possono comparire in trasmissioni che non siano quelle dei confronti ammessi e previsti. Durante la campagna elettorale, in qualunque trasmissione televisiva – su reti private non meno che su quelle del servizio pubblico – è vietato fornire, anche in forma indiretta, indicazioni di voto o manifestare le proprie preferenze di voto. I registi e i conduttori sono altresì tenuti ad un comportamento imparziale nella gestione dei programmi, così da non esercitare, anche in forma surrettizia, influenza sulle libere scelte degli elettori. Nei quindici giorni antecedenti il voto è vietato pubblicizzare i risultati di sondaggi politici e elettorali.

Queste norme di legge sono state considerate costituzionalmente valide dalla Corte costituzionale.

Per effetto d'esse in Italia la televisione come mezzo di comunicazione è stata largamente addormentata e ingessata durante le campagne elettorali.

Probabilmente in nessun altro ordinamento occidentale esistono norme così rigide e severe a carico della libertà televisiva in periodi elettorali, ma anche, si può dire, addirittura in generale.

h) Conclusioni

Nel panorama dei sistemi di comunicazione proprio delle democrazie dell'Occidente nell'età dello stato “interventista” e “sociale”, il *sistema degli Stati Uniti d'America* occupa un posto tutto suo, paradigmatico. E' quello che più di tutti gli altri fa spazio alla autonomia della società civile nei confronti dei poteri dello stato. Lo fa, in primo luogo, nella definizione giuridica dei limiti generali che possono vincolare la libertà d'espressione, quale che sia il mezzo di cui essa si avvalga. Il diritto costituzionale americano ha spostato i confini dei limiti a vantaggio della libertà

d'espressione rispetto a quelli prevalenti nell'età liberale classica; e ciò con riguardo si può dire a tutte le aree ove quei limiti tradizionalmente si impongono a tutela di importanti beni: nell'area della tutela dell'ordine pubblico e costituzionale; della reputazione individuale e di gruppo; del buon costume; ecc. Per ciò che concerne i mezzi di comunicazione di massa, la logica dell'intervento regolatorio pubblico, caratteristica dell'età, si è fatta sentire pure in America; ma in una misura veramente ridotta. L'iniziativa imprenditoriale rivolta ad attivare quei mezzi è rimasta tutta e per intero in mani private, cioè delle forze capaci di emergere spontaneamente della società civile. Il mezzo "stampa" è stato assoggettato alle regole dell'*antitrust*, di fatto operante però in maniera blanda, mentre la sua indipendenza dal potere politico è sempre stata piena e la giurisprudenza costituzionale ne ha protetto gelosamente, in varie direzioni, la libertà. Il mezzo "televisione" è anch'esso tenuto al rispetto dell'*antitrust*, anche con limiti massimi all'espandersi quantitativo dell'*audience* nazionale conquistabile da una rete, fissati peraltro a livelli così alti da non aver mai creato problemi di applicazione pratica. Per lungo tempo, finché il numero di canali disponibili era limitato, il sistema aveva obbligato le reti televisive a osservare regole di correttezza e completezza nell'informazione, di (relativa) imparzialità politica, di equilibrio culturale. Quando le conquiste tecnologiche avevano alla fine moltiplicato quasi senza limiti le possibilità di trasmissione, gli obblighi di *fairness* furono lasciati cadere: si è ritenuto che, come per il mezzo "stampa", le iniziative della società civile, operanti in concorrenza tra di loro, avrebbero dato maggiore genuinità e vivacità al "conflittuale mercato" delle opinioni e dei gusti, se lasciate pienamente libere. E avrebbero sufficientemente provveduto da sé a soddisfare i bisogni della cultura e della politica degli americani. Il sistema, insomma, è vissuto e vive sulla base di una profonda fiducia nella autonoma vitalità e sanità della società civile, e sul tendenziale sospetto che qualsiasi maggiore imbrigliamento giuridico degli spontanei fenomeni espressivi e l'inserirsi nel campo di sostanziali iniziative pubbliche potrebbero molto più nuocere che giovare.

Se la ricostruzione che abbiamo prospettata della *genesì* e dei *probabili significati originari delle disposizioni dell'art. 21* può considerarsi non del tutto infondata, allora è legittimo dire che uno sviluppo del sistema delle comunicazioni conforme al testo di quell'articolo e alle intenzioni dei suoi autori (della maggioranza d'essi) avrebbe potuto condurre anche in Italia a risultati non troppo lontani da quelli che si sono affermati nel sistema americano. (Non sotto tutti i rispetti: in tema di limiti generali alla libertà d'espressione i nostri costituenti non avevano per lo più le inclinazioni "libertarie" che hanno finito per prevalere nella giurisprudenza della Corte Suprema). Invece, abbiamo visto quanto intensamente fin dall'inizio le realtà concrete del sistema italiano (il nostro "diritto vivente" in materia di comunicazioni) si discostassero dalle astratte intenzioni originarie dell'articolo, e come gli sviluppi successivi abbiano in parte, ma solo in parte, corretto quelle varie deviazioni. Se riguardiamo la situazione attuale scorgiamo la distanza che ci separa ancora dal punto di partenza iniziale, incorporato idealmente nel testo del 21 (e di altri articoli della Costituzione); per non parlare naturalmente delle distanze che ci separano dalle normative americane.

In materia di limiti generali a tutela dell'ordine pubblico, dopo sviluppi tendenti a dar rilievo all'elemento del "pericolo" (ma mai al "pericolo immediato" delle sentenze statunitensi), siamo tornati a colpire manifestazioni del pensiero per il semplice loro contenuto oggettivo (ma selezionando tra contenuti "cattivi" e contenuti, pur confliggenti per sé con valori della Costituzione, tollerabili). Abbiamo introdotto per la tutela della "privacy" limiti ignoti al modello liberale e probabilmente più stringenti di quelli in genere riconosciuti da altri ordinamenti europei (per non parlare di quelli più blandi americani). Le responsabilità dei giornalisti italiani per fatti di diffamazione sono – almeno in teoria – molto serie (senza la protezione della *special malice* che fornisce difesa ai colleghi d'oltre oceano). La cosa forse rispondeva al pensiero dei costituenti in materia; pensiero che è stato invece del tutto disatteso con riguardo al tema del buon costume (sull'onda di uno scetticismo in materia di morale, sessuale e non, che ha penetrato l'Europa anche più degli Stati Uniti coi suoi logici riflessi rilassatori sulla libertà d'espressione).

Teatro, cinema, stampa e televisione è probabile dovessero restare idealmente, per i costituenti, faccende esclusive della società civile e delle sue libere iniziative; con al più qualche supporto esterno dello stato (comprensibile in un ordinamento orientato per il resto sul modello "sociale"), ma senza possibilità per il potere politico di regolare dirigisticamente e di interferire, neppure ai fini riconosciuti da tutti come buoni. Si è visto come questo astratto quadro ideale sia stato subito totalmente disatteso dalle istituzioni operative dell'ordinamento e come il recupero di alcuni valori originari – di sicuro non di tutti – sia stato opera faticosa, lenta e solo molto parziale. In sintesi, al diritto individuale di libertà d'espressione si è sostituito, come principio supremo nel campo dei mezzi di comunicazione di massa, il valore del "pluralismo", che lo stato ha assunto il compito di realizzare, mediante idonei interventi, anche comprimendo, nella misura ritenuta necessaria, proprio le libere iniziative dei singoli garantite dalla Costituzione. E nelle pagine precedenti è emerso quanto quelle compressioni abbiano a tutt'oggi un ruolo di grosso rilievo nel sistema italiano.

Le vicende del sistema italiano delle comunicazioni dimostrano che, tolta la brevissima finestra o parentesi della adozione del testo costituzionale dell'art. 21, il sistema è stato dominato da una profonda sfiducia nelle capacità della società civile di amministrare convenientemente da sé i complessi strumenti dell'informazione e della trasmissione di valori culturali; una sfiducia solo in certa misura attenuatasi col tempo; mentre forte è stata, soprattutto all'inizio, la persuasione che spettasse allo stato di indirizzare in varie maniere lo sviluppo delle iniziative private, fino al punto, in un'area (quella della radiotelevisione), di precludere loro dapprima qualunque accesso e poi di mantenere loro accanto una poderosa presenza di pubblico servizio, controllato strettamente dalle forze dei partiti. Traspare anche, da queste vicende, una distinta volontà di proteggere la classe politica, in quanto classe che professionalmente gestisce i poteri pubblici e come tale si distingue, con suoi interessi, da altri gruppi o frazioni sociali, da improvvise, destabilizzanti novità che

nascano dal seno della società civile e che, avvalendosi dei *media* di massa, le pongono sfide al momento difficilmente gestibili e addomesticabili.

In queste sue caratteristiche il sistema italiano, agli antipodi, nel quadro del modello “sociale”, da quello americano, non differisce invece di molto dagli altri sistemi democratici europei. Ma, nel complesso, rispetto a questi ultimi, la sua connotazione “sociale” è probabilmente più netta e marcata. Le cause di questa accentuazione non hanno forse principalmente a che vedere con una maggiore propensione “pubblicistica” della nostra cultura politica rispetto alle straniere, né con il ritardo da noi degli sviluppi della tecnologia nel campo dei *media* – sebbene questi fattori abbiano pur essi pesato e pesino –. La causa principale sta con ogni probabilità nelle strutture peculiari complessive del nostro sistema democratico, nato oltre mezzo secolo fa con in corpo una frattura ideologico-politica profonda, non avente per dimensioni riscontro altrove, e trascinatasi a lungo in un processo faticoso di risanamento, che forse non si è ancora concluso. Se n’è fatto, in proposito, sopra, qualche rapido cenno.

IV

I criteri per l'elaborazione di una teoria "politica" della libertà d'espressione

La sommaria rappresentazione della evoluzione della vita concreta dell'art. 21 nel corso di mezzo secolo, contenuta nelle pagine che precedono, vale soprattutto come invito affinché altri intraprenda una ben più approfondita indagine nella storia di quella evoluzione: più approfondita, sia per ciò che riguarda i contenuti effettivi delle varie "letture" e attuazioni dell'articolo, sia per ciò che concerne le cause prossime e lontane di quel processo evolutivo.

Ma il sommario, problematico quadro che ho offerto nella prima parte di questo saggio non serve forse soltanto come perorazione per la intrapresa di seri, approfonditi studi storici, capaci di contribuire all'arricchimento della nostra comprensione culturale del *passato*. Fornisce anche – penso – lo spunto per qualche importante riflessione sul come dovrebbe elaborarsi, in modo per quanto possibile conforme a un discorso che valga sul terreno "scientifico", una *teoria generale della libertà costituzionale garantita dall'art. 21*, intesa ad orientare al meglio, per il *futuro*, le "letture" e le "attuazioni" dell'articolo a tutti i livelli (giurisprudenziali, legislativi, ecc.) della vita concreta dell'ordinamento.

A svolgere riflessioni di questo ordine sono dedicate le pagine che seguono.

a) *La presenza dell'elemento politico nei processi dell'interpretazione e la necessità della sua evidenziazione.*

La concezione più rigorosamente positivistico-formalistica dell'interpretazione giuridica può considerarsi completamente superata già agli inizi del XX secolo su entrambe le sponde dell'Atlantico. Ma sovente, specie in Europa, presero il posto d'essa teorie di cauto riconoscimento della potenza innovativa dell'attività interpretativa, per lo più disposte a concedere che la manipolazione del dato normativo conduca a legittimi discostamenti dalla sua originaria portata solo in caso del sopravvenire di situazioni sociali non previste (la prudente "interpretazione evolutiva" del diritto). C'erano però anche, già a quel tempo, aperte affermazioni del carattere sempre sostanzialmente "politico" di quella attività, e dunque della sua potenziale capacità di concorrere a forti sviluppi nuovi del diritto, stabilendo in autonomia la portata da attribuire al dato in rapporto a creative scelte di "valori". (Basti ricordare, in quanto particolarmente significative, sotto questo profilo, in Italia, la concezione filosofica del diritto di un Croce, e, in America, quelle "sociologiche" di un Holmes, di un Pound e, successivamente, dei "realisti").

Giovano, a confermare sommariamente la validità di queste ultime più radicali concezioni, le esperienze che abbiamo esaminate sopra delle successive "letture" e attuazioni delle disposizioni dell'art. 21 della Costituzione italiana.

Nel corso di cinquant'anni di storia sono state proposte – e in parte anche attuate nella legislazione e nella giurisprudenza – svariate versioni dell'articolo (diverse

dalle intenzioni presumibili della maggioranza dei costituenti, suoi autori). Per la memoria, richiamiamone qui ancora brevemente le principali.

- Spetta alla Corte Costituzionale definire nei minuti dettagli tutte le corpose implicazioni del principio generale della libertà d'espressione. In conseguenza, lo spazio lasciato al Legislativo per determinare la concreta portata giuridica della libertà secondo proprie valutazioni finirà per ridursi a poca cosa.
- Il principio fondamentale dell'art. 21 è quello del pluralismo delle opinioni, che lo stato deve assicurare nel sistema delle comunicazioni con interventi attivi di vario genere, comportanti, ove occorre e nella misura che occorre, anche restrizioni delle sfere di autonomia garantite ai singoli per l'esercizio della loro libertà espressiva.
- In forza del principio, che occorre attuare, del pluralismo, e della garanzia che l'articolo dà a "tutti" di poter esercitare la libertà d'esprimersi, il monopolio legale dello stato sui mezzi di comunicazione di massa deve considerarsi regime giuridico legittimo, in qualche caso addirittura obbligatorio. Ciò con riguardo in particolare al mezzo radiotelevisivo; ma anche, al limite, almeno in parte, con riguardo al mezzo stampa.
- La stessa conclusione in ordine alla legittimità del monopolio statale nel sistema delle comunicazioni di massa può raggiungersi anche in base alla teoria che ravvisa nei servizi offerti da quei mezzi dei servizi pubblici-collettivizzabili in base all'art. 43.
- La libertà di esprimersi è garantita ai singoli soprattutto in funzione dell'arricchimento da assicurare alla collettività in fatto di informazioni e di cultura. In conseguenza, sono legittimi tutti i regolamenti di quella libertà che servono a rendere più vere, più sicure e più ricche le informazioni circolanti nel seno della società.

Sulla base di queste e altre analoghe teorie, spinte nelle loro eventuali attuazioni fino alle conseguenze estreme, il quadro del sistema della comunicazioni potrebbe assumere domani in Italia profili pubblicitici – ove lo consentissero gli equilibri delle forze politiche – molto più intensi di quelli che pure lo caratterizzano oggi; profili di impronta "collettivistica" e "autoritaria" che sarebbero apparsi del tutto e radicalmente ripugnanti alla maggioranza di coloro che votarono l'articolo 21.

Va detto che tutte le proposte interpretative testé menzionate sono manipolazioni del dato normativo di partenza (il testo dell'art. 21 e quello di altri rilevanti articoli della Costituzione) elaborate nel rispetto sostanziale dei canoni tradizionali savigniani di interpretazione: in qualche caso facendo leva soprattutto sull'elemento letterale, in qualche altro sulla combinazione logica delle parole, in qualche altro, prescindendo dall'ordine ufficiale dei canoni o invertendolo, sull'elemento sistematico. L'elemento strettamente storico viene di solito trascurato, ma nemmeno interamente, perché anch'esso viene talvolta utilizzato, pur sottoponendolo ad abili, distorsioni e intelligenti adattamenti. Le manipolazioni ricordate sono, in dottrina, opera di eccellenti giuristi, certo non imputabili di usare argomentazioni estranee alle tecniche tradizionali della interpretazione giuridica o viziate da plateali errori logici. Il fatto è che quelle tecniche consentono di sviluppare il discorso in direzioni diverse

e anche antitetiche; e quando al limite non lo consentissero, la tradizione della nostra cultura giuridica (non meno di quella di *common law*) accetta che il giurista effettui almeno eccezionalmente qualche fuoriuscita dai sentieri più consueti. La utilizzabilità in direzioni diverse delle riconosciute tecniche interpretative (e la loro, se necessaria, parziale derogabilità e integrabilità con altre meno abituali) è ormai verità che la grande maggioranza degli esperti di diritto considera pacifica; ed è questa verità ciò che spiega come mai, sul terreno dell'interpretazione della Costituzione, ove il dato normativo ha natura estremamente generica, cioè per eccellenza plastica e malleabile, siano producibili tante diverse e addirittura opposte teorie della libertà costituzionale d'espressione quante ne abbiamo riscontrate: senza che a nessuna d'esse possa seriamente negarsi la qualità di tesi di per sé compatibile con il dato normativo.

Ed è in base a questa verità che non possono considerarsi semplicisticamente "errori" le successive traduzioni legislative e giurisprudenziali dell'art. 21 discostantesi in misure più o meno grandi, come s'è visto, da quella che abbiamo creduto di identificare come la originaria portata di quell'articolo. Il discostamento, se non abbiamo visto male, è un fatto sicuro; ma il fatto, a sua volta, appartiene alla naturale fenomenologia del divenire giuridico di un ordinamento: non giudicabile, anche sotto il profilo della legittimità costituzionale del suo verificarsi, *senza ricorso a superiori valutazioni di ordine etico-politico*.

In effetti, l'accertamento del significato originario del dato normativo, nella sua presumibile, oggettiva consistenza, è doveroso sul terreno della autonoma *indagine storica*, la quale mira alla conoscenza di ciò che è il "fatto", cioè l'"accaduto". Quando però l'indagine del giurista passa al trattamento del dato normativo in vista della sua applicazione futura (in vista di ciò che "deve accadere"), il suo discorso muove dall'universo teorico della "contemplazione" a quello *pratico dell'azione*, ove le categorie ultime e supreme controllanti sono quelle del "bene", della "giustizia", del "conveniente". In quel contesto, il giurista parte bensì dal "dato normativo" (che egli accetta come elemento vincolante: se non accettasse ciò, perderebbe la qualifica, nella nostra attuale tradizione culturale, di giurista), ma, nel trattamento del dato a fini applicativi, egli, rispettando l'uso di tecniche più o meno riconosciute, gode di margini di discrezionalità (larghissimi in materia costituzionale), che non può non utilizzare in vista di esiti sperabilmente "migliori": e qui il criterio per valutare ciò che sia "migliore" non può a sua volta non dipendere da ultimo, dai valori della visione etico-politica alla quale il giurista personalmente aderisce.

Nel contesto del *discorso interpretativo "pratico"*, l'aderenza all'oggettivo significato originario del dato normativo (preso nella sua effettiva, accertata consistenza storica) può essere per il giurista un elemento cui dar peso, ma un peso variabile – da zero a cento – a seconda dei casi. Per la recente dottrina dei giuristi americani "originalisti", chi applica la Costituzione dovrebbe sempre attenersi al significato "originario" delle disposizioni costituzionali. Ma il suggerimento può avere valore solo se il "significato originario" coincide con quello che appare al giurista la interpretazione del dato più conveniente alla luce delle esigenze presenti

della collettività (il “significato originario” vale qui semmai come utile argomento di rinforzo); ovvero se il discostamento nella applicazione dal “significato originario” avrebbe conseguenze negative, per ragioni particolari, di estrema gravità. Fuori di questi casi, o di casi contigui, la dottrina degli “originalisti” non può pretendere accoglimento: perché l’interpretazione a fini pratici è, per sua essenza, sempre al servizio degli interessi *presenti*; è di già nient’altro che *azione*, sia che venga effettuata in sede *autoritativa*, per giustificare l’esercizio in concreto di un potere di imperio, sia che venga elaborata in sede *dottrinale*, come suggerimento della maniera in cui il potere di imperio va esercitato. Se queste osservazioni hanno fondamento, allora la scelta – in rapporto alla problematica di una teoria della libertà costituzionale d’espressione – tra, poniamo, la teoria del primato del principio del pluralismo, quella dei mezzi di comunicazione di massa come servizi pubblici, quella della libertà espressiva come libertà “funzionale”, quella classica liberale, o quant’altro, deve riconoscersi dipendere sostanzialmente da *valutazioni che “stanno a monte”*; restando tutte le complesse sistemazioni concettuali relative ai vari aspetti della teoria – sistemazioni che rappresentano un compito imprescindibile per il giurista che aspiri a costruire una teoria organica della materia – condizionate in maniera decisiva da quelle superiori valutazioni.

La prima riflessione metodologica cui questa ultima constatazione induce è che il giurista che si accinge alla elaborazione della teoria dovrebbe *apertamente* sottomettere a discussione i valori “politici” in ragione dei quali egli orienterà le sue scelte interpretative di principio. Quei valori non sono qualcosa di estraneo al processo di progressiva manipolazione, esplicazione e attuazione consequenzaria del dato normativo: ne sono parte integrante e, nel vero senso della parola, l’*anima*. Poiché sono parte integrante del processo, la trattazione empirico-scientifica d’esso richiede che se ne faccia esplicita, non coperta presentazione: affinché sia possibile saggiarne, attraverso un vaglio critico pubblico, la maggiore o minore accettabilità.

La seconda riflessione concerne la elaborazione e formulazione dei valori che il giurista pone a capo e a guida del suo discorso interpretativo. Trattandosi qui del costruire una teoria della libertà costituzionale di espressione, la visione del giurista dovrà spaziare sul ruolo che una tale libertà ha svolto nelle esperienze storiche degli ordinamenti occidentali e dei benefici maggiori o minori che a suo giudizio vi ha recato. Dovrà altresì far partecipare alla determinazione del peso valoriale comparativo da attribuire a quella libertà nel sistema complessivo dei valori costituzionali ogni altra sua possibile esperienza comunque rilevante agli effetti di quella determinazione. D’altronde, la sua non dovrà essere una mera valorizzazione in astratto della libertà d’espressione quale diritto fondamentale nel sistema dei diritti proprio di un ordinamento che vorrebbe porsi con pretesa di validità più o meno universale. Dovrà invece scendere a specifiche considerazioni delle conseguenze positive o negative che una maggiore o minore attribuzione di peso a quella libertà potrebbe produrre nell’ambito della società in cui il giurista opera – cioè, nel caso, quella italiana –: conseguenze di ordine politico, sociale, economico. La teoria da costruire non appartiene, per il giurista costituzionalista di un

ordinamento particolare, alla sfera superiore della filosofia politica generale (anche se da quella sfera possono provenire per lui utilissime, vitali suggestioni).

La terza riflessione si collega al fatto che la teoria della libertà costituzionale d'espressione deve tener conto del ruolo che, nell'attuazione di quel valore, è opportuno svolgano rispettivamente, in un regime di Costituzione rigida, Potere legislativo (o più in generale i Poteri politici) e Corte costituzionale. L'interprete dell'articolo 21 dovrà, in aggiunta a tutte le altre valutazioni, valutare quanto a suo giudizio – in ovvio rapporto alla situazione complessiva dell'ordinamento e della società – conviene che la tutela di quella libertà sia portata a livello rigido di giurisprudenza costituzionale piuttosto che lasciata, in misura più o meno larga, alla determinazione discrezionale e mobile della legge ordinaria. Anche a seconda di quel giudizio, la teoria formulerà strutture e contenuti della libertà garantita in misure più corpose e meno corpose, più estese o meno estese.

Tutte le suddette valutazioni – logicamente priorie all'opera di costruzione teorica – devono avvalersi del supporto di conoscenze di fatto, acquisite o acquisibili con metodi empirici; conoscenze da riconoscersi ovviamente capaci di contestazioni e di critiche. I filosofi della politica e del diritto, campioni del relativismo assoluto (quali un Weber, un Kelsen e una lunga schiera d'altri pensatori contemporanei) osserveranno che, a parte molti accertamenti di fatto empiricamente controllabili, le valutazioni non possono non mettere capo, da ultimo, a scelte di valori terminali non suscettibili di razionale determinazione, oggetto di preferenze soggettive arbitrarie. Chi respinga l'irrazionalismo dei relativisti radicali quanto alla natura dei valori terminali-supremi non può peraltro non avvertire che le valutazioni di cui qui si tratta, appoggiandosi largamente a conoscenze di carattere empirico, dotate da un grado di certezza mai assoluto, posseggono sempre, nel miglior dei casi, una *validità problematica*. Ne consegue che, a rigore, la teoria della libertà dell'art. 21, costruita sulla base di quelle preliminari valutazioni, mentre potrà difendere il suo carattere di elaborazione teorica fondata in ogni suo aspetto su un impianto di *natura razionale*, scientificamente aperto a controllo, dovrà apertamente proporsi, a livello di *presentazione dottrinale*, solo come *teoria problematica*: la teoria da ritenersi la migliore al confronto di altre alternative, ma ciò in funzione di valutazioni etico-politiche, preliminari alla manipolazione del dato normativo, che potrebbero venir scoperte, a migliore indagine, correggibili e migliorabili.

Se le riflessioni or ora esposte sono credibili, segue dal loro messaggio che il discorso dottrinale che accompagna la formulazione di una teoria della libertà dell'art. 21 non potrà più rivestirsi dello stile delle grandi opere scritte nelle prospettive del positivismo giuridico – stile adatto a un'epoca grande ma transeunte del costituzionalismo occidentale –. La teoria non potrà presentarsi come la unica interpretazione logicamente compatibile con il dato normativo della Costituzione. Il discorso dovrà invece esporre le prevalenti ragioni, esterne al dato, per cui la teoria prescelta è preferibile ad altre; indicando comunque le ragioni che potrebbero militare a favore di altre teorie. Il discorso dovrebbe stimolare la riflessione critica dei lettori. Questo sembra essere quanto richiede la metodologia dell'approccio

scientifico al problema della interpretazione dell'art. 21 nel quadro di una *concezione filosofica realistica del diritto*.

(Quanto detto vale per il discorso da tenersi in sede dottrinale, nel corso di una discussione a tutto campo sulla teoria da costruirsi della libertà garantita dall'art. 21. E' comprensibile che nelle pronunce di autorità pubbliche, preposte alla applicazione autoritativa del diritto, la problematicità della teoria su cui esse fondano i loro atti di imperio, non figuri, o figuri in maniera molto sfumata. Non deve sorprendere il riconoscimento, che qui si fa, della possibile convenienza di un linguaggio parzialmente diverso da tenersi in sede dottrinale-scientifica e giurisprudenziale-autoritativa. Tutte e due le elaborazioni concettuali hanno intenzionalità pratica. Ma proprio perché entrambe appartengono alla logica del mondo intellettuale dell'azione – e non a quello teorico del conoscere che punta al conoscere in sé e per sé – quella logica può suggerire – e anzi suggerisce – di adattare il discorso alle diverse esigenze delle diverse situazioni. Quando l'Autorità – una Corte, un organo amministrativo – esercita il potere di imperio che le compete, decide con effetti incisivi su situazioni giuridiche dei cittadini; può non essere appropriato in quel momento mettere in rilievo che le basi teoriche della sua decisione hanno carattere, in ultima analisi, problematico).

b) *I valori politici che dovrebbero presiedere al processo dell'interpretazione dell'art. 21*

Di capitale importanza, agli effetti della elaborazione di una organica teoria della libertà dell'art. 21, è la valutazione della complessiva convenienza o sconvenienza attuale per l'Italia di un sistema delle comunicazioni, come quella in vigore, informato a un interventismo regolatorio spinto e caratterizzato da una presenza pesante della mano pubblica nel settore dei mezzi di comunicazione di massa. Parallela e complementare a questa, e altrettanto importante, è l'altra valutazione, relativa alla opportunità di informare eventualmente il sistema ad una più larga autonomia della società civile, tenuto conto delle potenzialità e dell'efficienza delle forze operanti in essa.

Dal profilo tracciato sulle pagine precedenti traspare che l'ordinamento italiano è, tra quelli contemporanei abbracciati il modello "sociale", forse il più restrittivo (o quasi) quanto a limiti generali posti alla libertà d'espressione e il più carico di presenze pubbliche e politiche nella gestione dei mezzi di massa. S'è anche fatto un cenno alle possibili cause giustificatrici dei caratteri peculiari del nostro sistema: la malattia del non essere stato a lungo l'ordinamento italiano un edificio democratico stabile e sicuro, con i vari e complicati riflessi della cosa nell'area dei fenomeni comunicativi. D'altra parte, s'è anche sottolineato il fatto che presso tutti gli ordinamenti dell'Occidente negli ultimi decenni s'è formata una tendenza – non priva peraltro di opposizioni e di riflussi – verso un certo rilassamento della stretta dei limiti e verso la concessione ai privati di larghi spazi e larghe partecipazioni nel gioco dei servizi della grande comunicazione. Davanti a tutti, nel muoversi decisamente in questa direzione, come si sa, l'ordinamento americano. Ma la tendenza s'è affermata, sia pur con minore intensità, anche altrove, ed anche proprio, in certa misura, in Italia.

Non v'è da stupirsi per il farsi strada di questa tendenza, perché essa è il prodotto quasi naturale di sviluppi di vario genere intervenuti in tutte le nostre società nonché di esigenze presenti in esse. E' naturale che, dappertutto, mano a mano che la massa dei cittadini acquisisce autonomia culturale, essendo la quasi totalità dei giovani passata per la scuola non solo primaria ma secondaria, e un numero d'essi grande e crescente anche per gli istituti dell'istruzione superiore, perda di credibilità il metodo di vietare, a fini di educazione collettiva, la circolazione di espressioni ritenute, magari a ragione, condannabili, e quello dell'imporre ad adulti capaci di scegliere o rifiutare liberamente l'ascolto, trasmissioni manufatte con l'intenzione di orientarli a migliorare la loro capacità critica, e preclusioni di ascolto nei confronti di messaggi stimati pericolosi. Qual che sia la fondatezza (opinabile) delle teorie sociologiche affermantì la estrema malleabilità delle menti della massa, e il bisogno di non lasciarle esposte a interessate e fuorvianti predicazioni, sta di fatto che la logica della democrazia, la quale attribuisce ad ogni uomo un voto, e così lo pensa idoneo a concorrere con esso alla formazione di decisioni collettive fondamentali, parla invece a favore di una massima liberalizzazione possibile dei fenomeni espressivi, partendo dal presupposto, per lei irrinunciabile, di una sufficiente maturità e capacità di giudicare, sotto ogni rispetto, dei soggetti che sono elettori. In tale prospettiva, i divieti da un lato e la fornitura pianificata di comunicazioni educative dall'altro tendono a diventare soluzioni a cui ricorrere solo in via d'eccezione e quando proprio la loro necessità o utilità sia incontestabile. Al tempo stesso, quando le conquiste della tecnologia lo permettono, diviene naturale aprire il campo dei mezzi di comunicazione di massa anche alla massima libera partecipazione delle forze autonome della società civile che vi si vogliono impegnare; mentre cresce il sospetto (quasi sempre ragionevole e fondato) che la presenza massiccia della mano pubblica nel settore dei mezzi di comunicazione di massa serva anche – al di là dei fini allegati di interesse generale – alla tutela di interessi particolari della classe politica – coalizzandosi spesso le varie fazioni in cui essa è divisa nella difesa di comuni esigenze corporative –.

Se può venire considerata positivamente, a livello mondiale, questa tendenza, forte e protratta benché non senza contrasti, alla liberalizzazione – una tendenza che in visione ottimistica si deve sperare non si interrompa, ma anzi meglio si affermi col progresso della cultura, dell'economia, della democrazia –, tanto più è giusto ritenere che la sua logica debba applicarsi, con vigore e fino in fondo, anche all'Italia.

La storia del sistema della libertà d'espressione e delle comunicazioni in Italia è una storia che – salvo nel momento puntuale del voto alla Costituente sull'art. 21 – non è riuscita a scrollarsi di dosso adeguatamente l'impronta pesante dello spirito fascista e delle sue chiusure autoritarie.

La perpetuazione di quelle chiusure era forse giustificata nei primi decenni della Repubblica, ma il loro superamento è stato in seguito troppo lento ed incompleto. L'Italia è oggi maturata in quanto solida democrazia, ed è maturata ormai anche come compagine sociale la quale non teme (fuorché nelle fantasie surriscaldate di alcune forze culturali e politiche) di finire asservita al dominio incontrollato di centri

di potere mediatico e informatico, capaci di ipnotizzare irresistibilmente la massa delle persone o di ricattarle in massa con l'uso dei loro dati personali.

Una fredda, equilibrata analisi della situazione italiana conduce all'individuazione di alcuni essenziali *valori* da attuarsi in due distinti, principali settori della problematica del sistema delle comunicazioni.

I classici limiti generali, da porsi come divieti ai fatti d'espressione realizzati con qualunque mezzo, dovrebbero prevedersi solo a tutela di beni di importanza grande e universalmente riconosciuta, e contenersi comunque fortemente in numero e incisività. Di massima, i limiti dovrebbero porsi solo quando la minaccia della lesione per il bene da tutelarsi diviene immediata e non esistono altri mezzi che il divieto per prevenire la lesione.

Nel campo della stampa e della televisione una caratteristica gravemente negativa del sistema italiano è a tutt'oggi l'influenza penetrante della classe politica, attraverso l'uso scoperto o coperto dei poteri istituzionali di cui dispone, sugli atteggiamenti e le vicende di quei due mezzi di comunicazione. I due mezzi andrebbero riconsegnati alla piena autonomia della società civile e delle iniziative delle forze private in essa presenti. Rimanendo nel quadro di un modello "sociale", l'interventismo dello stato dovrebbe perciò ridursi a fatto relativamente marginale, con esclusione in ogni caso di gestione di strutture pubbliche di comunicazione, troppo facile veicolo da noi di interessate infiltrazioni dei partiti politici.

Agli effetti di una teoria organica della libertà d'espressione l'accoglimento dei valori or ora enunciati non risolve di per sé la questione relativa al livello al quale conviene assicurarne la realizzazione: il livello della consacrazione costituzional-formale attraverso pronunce della Corte costituzionale, ovvero il livello della mera legislazione ordinaria, lasciandosi spazi più o meno larghi al Parlamento affinché provveda discrezionalmente ad attuare lui, in misura più o meno piena, quei valori. Il consolidamento dei valori al livello superiore può apparire la soluzione più semplice, rassicurante e giusta; ma questa soluzione, attuata con radicale consequenzialità, irrigidirebbe oltre misura il sistema normativo e toglierebbe il necessario respiro alla necessità del sistema di effettuare opportuni adattamenti a seconda delle circostanze (adattamenti per i quali è meglio attrezzato il Parlamento). La scelta tra i due livelli è pertanto opportuno avvenga in maniera che tenga conto della peculiarità degli aspetti della problematica della libertà d'espressione che di volta in volta vengono in considerazione.

(Si noterà che nel prospettare l'impostazione politica da darsi alla costruzione della teoria della libertà costituzionale d'espressione non ci si è avvalsi qui dell'argomento "originalista": ritornare nell'interpretazione dell'art. 21 al suo significato genuino originario, tradito in tanti modi dagli sviluppi successivi del sistema. Non ci si è avvalsi dell'argomento, perché la proposta dei valori politici da mettere a capo dell'elaborazione della teoria non conduce a risultati tutti coincidenti con le implicazioni del presumibile significato originario dell'articolo – ne divergono in alcuni punti –, ma soprattutto non ci si è avvalsi di quell'argomento perché esso avrebbe avuto valenza quasi solo "retorica", mentre i valori politici da

perseguire sono quelli che dobbiamo accertare corrispondenti alle esigenze *presenti* del paese: l'unico criterio decisivo nel procedere nell'interpretazione).

c) *Due esempi di possibile applicazione dei criteri metodologici testé esposti*

Chi scrive non ha mai tentato di produrre una teoria organica della libertà costituzionale d'espressione, elaborata sulla base delle premesse metodologiche indicate nelle pagine precedenti e articolata in tutti i molteplici aspetti in cui essa – in quanto organica – deve articolarsi. Né egli si sente pronto a tentar l'impresa ora. Ma in passato egli ha preso posizione su due aspetti particolari e importanti della problematica di quella libertà, e l'ha fatto muovendo consapevolmente dalle premesse di metodo sopra segnalate. Gli pare perciò giusto rievocare qui brevemente quelle manipolazioni ragionate delle disposizioni dell'art. 21, per illustrare con qualche dettaglio pratico i risultati cui può condurre la consapevole applicazione dei modi qui consigliati di fare interpretazione. Si tratta in verità di operazioni interpretative compiute in anni andati (una risalente a molti anni fa) e da inquadrarsi in contesti storici diversi dall'attuale. Ma forse, oltre che per l'illustrazione dei modi in cui il metodo funziona, i due esempi presentano qualche interesse perché contengono anche possibili suggerimenti applicabili alla situazione presente.

1. Negli anni Sessanta e Settanta si pose in giurisprudenza e dottrina il problema della costituzionalità degli articoli del Codice penale incriminanti manifestazioni di opinioni e sentimenti considerate lesive dell'ordine pubblico e della saldezza e del prestigio delle istituzioni (apologie di delitto; istigazione a delinquere; propaganda per la sovversione violenta delle istituzioni; vilipendi; istigazione all'odio tra le classi sociali; ecc.). La dottrina e la giurisprudenza – in conformità alla sicura intenzione originaria degli autori del Codice – considerava quelle figure reati di “pura condotta” o di “pericolo presunto”. La cosa comportava complicazioni di un certo rilievo, poiché l'applicazione rigorosa di quelle norme, così configurate, coinvolgeva taluni aspetti della tradizionale propaganda politica dei partiti della sinistra marxista. Difensori interessati di quella propaganda invocarono il carattere incostituzionale di quei reati, ma anche giuristi meno schierati pensarono che occorresse quanto meno ridurre, a livello costituzionale, la portata incriminatrice di quelle norme.

Fermo nella persuasione che il valore della libertà d'espressione sia di grande rilievo in generale, e che lo fosse anche in particolare nel contesto della situazione italiana d'allora, non avevo per mia parte dubbi che non convenisse alla democrazia italiana di intervenire con misure repressive nei confronti di quelle manifestazioni variamente contestatrici. Ma al tempo stesso l'inserimento (per via di interpretazione) del noto principio americano del *clear and present danger* tra le condizioni costituzionali per la punibilità di quei reati, come ipotizzato da alcuni, mi parve disarmare troppo lo stato italiano, togliendo i mezzi di reazione a difesa dei suoi aspetti democratici che avrebbero in certe occasioni potuto apparire necessari. La soluzione più congrua mi sembrò stare nel riconoscimento in via di principio del diritto costituzionale dello stato di porre quei tipi di condotta come reati di “pericolo presunto”; ma

accompagnandolo con la raccomandazione ai giudici ordinari di interpretare in senso molto restrittivo quelle norme, e cioè di esigere per la punibilità l'esistenza di un serio "pericolo concreto", quando le norme non fossero il prodotto recentissimo di una deliberazione del Parlamento in risposta a una sfida o a una minaccia imminente. La soluzione lasciava al Parlamento, di massima, la facoltà di optare anche per politiche rigidamente repressive, ma chiamava il Giudiziario a temperarne via via le scelte, mano a mano che si allontanava il tempo e si attenuavano le circostanze che avevano originato il duro intervento legislativo. (Questo era in sostanza il succo conclusivo di vari articoli che scrissi in quell'epoca: *Apologia di delitto e principi costituzionali di libertà d'espressione*, in "Riv. It. Diritto e Pr. Penale", 1960, p. 183 ss.; *Vilipendio di governo e principi costituzionali di libertà d'espressione*, in "Riv. It. Diritto e Pr. Penale", 1960, p. 949 ss.; *Apologia di delitto punibile ai sensi della Costituzione e interpretazione della norma dell'art. 414 C.P., ultimo comma*, in "Riv. It. Diritto e Pr. Penale", 1971, p. 18 ss.; *Il pericolo nell'istigazione all'odio di classe e nei reati contro l'ordine pubblico*, in "Giur. Cost.", 1974, p. 33 ss.).

La soluzione – che nella situazione permetteva di tener indenni le manifestazioni contestatrici – utilizzava una strategia elastica, coinvolgente nei rispettivi ruoli Legislativo e Giudiziario, per tutelare al meglio, senza eccessive rigidità, la libertà costituzionale d'espressione.

Ci si può domandare se questa stessa strategia interpretativa, o una strategia analoga, non sarebbe utile anche oggi, per neutralizzare, a tutela della libertà, le norme che negli ultimi tempi hanno preso a colpire come reati di pura condotta, un po' in tutto il mondo, manifestazioni di opinioni contrarie a certi valori dell'ideologia democratica. Quando non sia possibile – o non sia comunque opportuno, in rapporto alle nuove tensioni che pervadono il mondo internazionale – giungere a una dichiarazione di incostituzionalità, piena o almeno parziale, di tutte quelle norme.

2. A metà degli anni Novanta apparve molto vicina, anche per l'Italia, con l'avvento dei nuovi strumenti della tecnologia, una situazione, riguardo alla televisione, di superata scarsità dei canali di trasmissione. Nelle prospettive di questa prossima situazione, scrissi un'agile opera (*Costituzione, televisione, legge antitrust*, Giuffrè, Milano, 1996) in cui delineavo le forme del sistema televisivo che mi apparivano le più in armonia coi valori di libertà proclamati dall'articolo 21 della Costituzione, quando fosse possibile ai cittadini di dar vita a un'impresa editoriale televisiva pressappoco con la stessa facilità teorica (e difficoltà pratica) con cui si può dar vita a un'impresa per la stampa di un grande quotidiano.

Mi sembrò che, in tali condizioni, non si giustificasse più, nemmeno a livello nazionale (se mai fosse stato giustificato e non lo era), il monopolio legale statale delle trasmissioni. Si sarebbe dovuto strutturare l'intero sistema sulla base delle iniziative di soggetti privati (come negli Stati Uniti), pur lasciando alla legge (a differenza di ciò che accade nel sistema americano) la possibilità di organizzare un servizio pubblico, finanziato col canone, con esclusivi, limitati compiti di

informazione e di promozione culturale. La Rai, in quanto televisione generalista, avrebbe dovuto venderci a privati. Si sarebbe dovuto distinguere l'organizzazione dei servizi di rete (da gestirsi pur essi, seppur non necessariamente, da privati) dalle attività di preparazione e trasmissione di programmi. Ottenere un canale per la trasmissione – via etere con tecnologia digitale, via cavo, via satellite – sarebbe stato allora un vero diritto per il cittadino, diritto soggetto soltanto all'accertamento di qualche oggettiva condizione, stante la pratica illimitatezza dei canali a disposizione. La legge non avrebbe dovuto imporre regole sul contenuto e la conduzione dei programmi (salvo il rispetto di quelle eventualmente stabilite dal diritto comunitario). L'intero sistema sarebbe stato soggetto alle norme del modello classico dell'*antitrust*, col divieto di patti tra privati e fusioni di imprese comportanti restrizioni della concorrenza, e col divieto di abusi di eventuali posizioni dominanti. Il regime dell'*antitrust* non avrebbe però dovuto impostarsi e gestirsi sulla base di una irrealistica aspettativa di moltiplicazione di imprese trasmettrici a livello nazionale: a quel livello sarebbe stata inevitabile e naturale la presenza soltanto di pochissime emittenti, dotate delle dimensioni necessarie per realizzare servizi adeguati (come accade negli Stati Uniti). Escluso, in questo quadro, l'imposizione di divieti legali fissi all'espandersi oltre un certo punto ("tetti") della posizione di una emittente sul mercato, se l'espansione avvenisse nel rispetto di tutte le regole *antitrust*.

La concorrenza tra le emittenti, essendo il loro finanziamento basato sulla pubblicità, si poteva presumere avrebbe assicurato nel complesso una sufficiente rappresentazione delle maggiori tendenze culturali-politiche presenti nel paese, dato che questo era ideologicamente diviso al suo interno e l'interesse avrebbe spinto qualche emittente a soddisfare le attese di spettatori le cui simpatie di tendenza fossero restate per caso trascurate.

Non soggette le emittenti a generali regole di *fairness*, potevano venir imposte loro soltanto *minime* regole relative al trattamento paritario dei partiti politici in periodi elettorali. La libertà di prese di posizioni politiche delle emittenti, in un contesto di libera concorrenza, non doveva ritenersi offensiva di principi democratici, così come non veniva e non era mai stata ritenuta tale la stessa libertà esercitata dai quotidiani a stampa. Bastava altresì solo un po' di coraggio per non soggiacere alle tesi di certa sociologia circa la pretesa capacità dei telespettatori di sottrarsi alle stregonerie del video e star ben fermi sul punto che è un diritto costituzionale del cittadino il prestar ascolto a qualunque tipo di propaganda elettorale anche alla vigilia delle elezioni (tenendo conto che egli è sempre comunque in grado, se lo vuole, di negar facilmente, con un tocco sul telecomando, il suo ascolto). Onde l'invalidità, tra l'altro, dei divieti della propaganda "rapida". Mentre la complicata e soffocante gamma delle norme rivolte a garantire una severa *par condicio* televisiva alle forze politiche nelle elezioni era in realtà uno strumento diretto ad avvantaggiare illegittimamente quelle forze che avessero un radicamento speciale di fatto in altri subsistemi di comunicazione.

Nel libro ponevo ben in chiaro che lo schema di sistema proposto come costituzionalmente dovuto, doveva diventare operativo per intero solo a situazione raggiunta di effettiva disponibilità illimitata di canali di trasmissione. Nel periodo di passaggio a tale situazione, l'ordinamento avrebbe dovuto marciare in tale direzione, ma con passi successivi e compromessi.

Nell'introduzione del libro dichiaravo altresì apertamente che l'interpretazione costituzionale proposta, accogliente un modello del sistema televisivo con profilo solo tenuemente "sociale", o "neoliberale", dipendeva tutto da una valutazione "a monte", la quale stimava di principio essenziale in una società contemporanea il ruolo preminente della iniziativa privata nelle aree di tutti i mezzi di comunicazione e da combattere una presenza cospicua in esse della mano pubblica. Dipendeva anche da una seconda, più specifica valutazione, la quale riteneva utile per l'Italia, vissuta fin lì in un regime televisivo di scarsa libertà, il passaggio finalmente a un regime stimolante di massima libertà, che rappresentasse per essa un salutare *shock*. La interpretazione costituzionale proposta, insomma, si inseriva in una più generale, dominante *concezione storico-politica dei problemi della libertà d'espressione, peraltro rapportata anche alle condizioni particolari dell'Italia*.

L'avvento di una larghissima disponibilità di canali di trasmissione si è fatto attendere in Italia molto più di quanto si pensasse. Ad oggi, la piena realizzazione di quella situazione ideale non c'è. Il periodo intermedio è ancora aperto. Sono stati compiuti passi nella direzione suggerita dal saggio del 1996, come può constatarsi in varie disposizioni del Testo unico del 2005. Ma, per non dir d'altro, la liberazione delle televisioni dai vincoli posti a tutela della classe politica è ancora lontanissima; e buona parte delle disposizioni in vigore risente soprattutto della furibonda lotta scatenatasi attorno al personaggio politico che è insieme il capo della destra in Parlamento e il monopolista nel settore privato delle televisioni; mentre del resto nessuna forza politica italiana intende seriamente privatizzare la Rai.

Eppure, ci si può chiedere se, quando il traguardo di quella situazione ideale fosse raggiunto, il modello di sistema qui rievocato non potrebbe rappresentare davvero, comunque, la migliore soluzione per una attuazione adeguata dei principi di libertà dell'art. 21.

3. L'esposizione dell'interpretazione effettuata dell'art. 21 in relazione a due aspetti particolari della problematica della libertà d'espressione dovrebbe aver recato qualche chiarimento sulla maniera in cui potrebbero venir impiegati i criteri interpretativi suggeriti anche nella trattazione di tutti i molteplici altri aspetti di quella problematica.

d) *Un ultimo sguardo all'opus di Pace e della Minetti*

Possiamo tornare brevemente al libro da cui queste note hanno preso le mosse.

A causa dei criteri metodologici positivistici ai quali l'opera si ispira non traspaiono dai suoi discorsi i valori politici, scelti "a monte", da cui le soluzioni interpretative costituzionali-giuridiche alla fine da essa abbracciate dipendono. Noi possiamo supporre che quelle scelte "a monte" furono effettivamente fatte, quanto meno in

maniera inconscia, e furono determinanti. Siccome però questa ipotesi non è suscettibile di alcuna seria, concreta verifica, tentare di elaborarla nei dettagli è inutile, oltretutto pretenzioso. La cosa potrebbe anche apparire una mancanza di rispetto nei confronti della adesione fatta dagli autori in tutta serietà ai metodi di studio che hanno guidato la loro opera.

Ciò che può qui farsi, legittimamente e senza gettar ombre di alcun genere sul lavoro altrui, è confrontare invece i risultati cui pervengono gli autori interpretando l'art. 21 con i valori politici che nelle pagine precedenti si sono detti quelli che meglio guiderebbero, dall'alto, la costruzione di una buona teoria generale della libertà costituzionale di espressione. Si tratta di segnalare, per sommi capi, quale delle tesi del libro potrebbero, oggettivamente e di per sé, soddisfare di massima le esigenze e le richieste di quei valori.

Se chiamiamo *neoliberale* la costellazione dei valori che si è sopra delineata, allora la teoria sistematica della libertà costituzionale d'espressione elaborata da Pace e dalla Minetti risulta, al confronto, contenere in molti punti soluzioni conciliabili nel complesso con le esigenze di quella costellazione, e dunque *soluzioni tendenzialmente neoliberali*, attente a non scivolare su posizioni di tipo troppo nettamente "sociale". Per altri importanti punti, però, la tendenza neoliberale viene dal libro abbandonata. Faremo solo poche rilevazioni di carattere generale.

1. Pace pone che dal primo comma dell'art. 21 discende l'affermazione di un diritto di libertà della persona, a valenza non solo "verticale" (nei confronti dello stato) ma anche "orizzontale" (nei confronti dei terzi privati), diritto "inviolabile" e "indisponibile", che spiega per intero la sua forza nel campo dei mezzi di comunicazione *ordinari* (parola, scritto, ecc.). Nel campo dei mezzi di comunicazione di massa (stampa, televisione, ecc.), il primo comma del 21 contiene invece l'enunciazione di un "valore", il quale impone allo stato l'organizzazione del mezzo in base al principio del "pluralismo" (il che comporta la attiva promozione della presenza nel sistema di una pluralità di tendenze culturali e il trattamento paritario delle forze politiche operanti nel paese, anche con compressione, occorrendo, della libertà di espressione dei soggetti che intraprendono a comunicare con quei mezzi).

La scelta del principio del "pluralismo" come dovere di promozione positiva da parte dello stato non è, nelle varie applicazioni che Pace finisce per farne, conciliabile con i valori del neoliberalismo. Di ciò un breve cenno alla fine.

La tesi per cui le libertà costituzionalmente garantite (tra le quali quella dell'art. 21), hanno anche valenza "orizzontale", tesi abbracciata da Pace, con ogni probabilità era del tutto estranea al pensiero dei costituenti, i quali ritenevano la garanzia diretta solo a difendere le libertà da leggi che risultassero inammissibilmente compressive di esse.

La tesi per cui i limiti alla libertà d'espressione sono ammissibili solo se previsti dalla Costituzione a tutela di diritti o beni da essa contemplati (tesi del tutto oggi dominante in giurisprudenza e fatta propria da Pace) era anch'essa estranea al pensiero dei costituenti, per i quali per la giusta difesa della libertà probabilmente sarebbe bastato accertare (all'americana) se una legge, qual che

sia il bene che essa protegge, ecceda la misura della compressione di per sé ammissibile della libertà stessa in funzione del bene in contrapposizione.

L'una e l'altra di queste due tesi contiene, su un piano realistico-pratico, il rischio che l'interprete (autoritativo o dottrinale) "scopra" nella Costituzione limiti dovuti alla libertà d'espressione che il legislatore ha omessi; trasformandosi così l'interprete in un possibile compressore, anziché difensore, della libertà che l'art. 21 gli ha affidato di proteggere, e, più in generale, in un agente che tende a dettare (con soluzioni a valenza addirittura costituzionale) l'intera disciplina della materia delle comunicazioni, riducendo al minimo lo spazio per interventi discrezionali del legislatore.

Pace sfugge in vari casi a questo rischio, il quale mal si concilia con le esigenze di valori neoliberali. Ma in alcuni altri casi non si sottrae ad esso.

Il libro, trattando della libertà d'espressione in generale, aderisce enfaticamente alla concezione cosiddetta "individualistica" d'essa e respinge di principio quelle variamente "funzionaliste", le quali collegano la tutela di quella libertà alla sua idoneità a realizzare determinati valori: la piena democraticità dell'ordinamento; il diritto ad essere informati, e correttamente informati, dei cittadini; il servizio che sotto vari rispetti (culturali, politici, di intrattenimento, ecc.) la libertà di espressione deve fornire alla collettività; e via dicendo. Le teorie "funzionaliste" impongono all'interprete di leggere nella Costituzione limiti alla libertà nella misura in cui questa non adempie alla "funzione" alla quale è destinata (ovvero almeno predispongono fortemente l'interprete a riconoscere la costituzionalità di leggi che incidano a fondo sulla libertà, per renderla più aderente ai compiti della sua presunta "funzione").

Il rigetto di principio delle teorie funzionaliste – scelta molto netta nel libro – costituisce senza dubbio un merito agli occhi di una concezione neoliberale.

2. Questa la qualità degli approcci concettuali generali adottati dal libro. Vediamo alcune soluzioni particolari.

In materia di limiti per la tutela dell'onore e della reputazione, in pratica si accoglie come costituzionale (in sostanza come anche richiesto dalla Costituzione) il regime di illecito del fatto diffamatorio previsto dalle leggi vigenti e convalidato dalla Corte costituzionale: ove la scriminante ruota attorno alla verità del fatto divulgato, da provarsi dal divulgatore, e all'interesse pubblico della notizia (almeno se la divulgazione avvenga a mezzo stampa). Sarebbe invece contraria alla Costituzione (la quale vuole una seria tutela del diritto all'onore) una giurisprudenza più liberale del tipo di quella americana del caso *Sullivan*.

Più sensibile al valore della libertà d'espressione appare la soluzione accolta in materia di limiti a tutela della riservatezza. Pace nega che un tal diritto sia come tale previsto dalla Costituzione (e tanto meno un fantomatico "diritto alla autodeterminazione informativa" della persona). Nella Costituzione si rinvencono norme distinte che possono servire alla giustificazione di leggi restrittive della libertà di divulgare notizie relative alla vita privata delle persone, ancorché non diffamatorie e però prive di vero interesse pubblico. La

giustificazione vale peraltro entro margini e settori limitati. Tuttavia non esisterebbe un diritto costituzionalmente protetto ex art. 21 alla elaborazione informatica – a differenza di quella manuale – dei dati personali: onde il legislatore potrebbe regolare a sua discrezione quella elaborazione, pur tenendo conto che essa è divenuta ormai uno strumento indispensabile per la attività giornalistica.

In materia di limite del buon costume la Manetti accoglie la più recente e “progressista” interpretazione del dettato costituzionale e dunque una soluzione massimamente favorevole alla libertà d’espressione.

Più difficile da valutare il dotto ma per certi rispetti oscillante contributo della Manetti sui limiti complessivamente ricollegabili al tema dell’”ordine pubblico”. Nei confronti di tutte le tradizionali figure di discorsi potenzialmente offensivi di quel valore, punite dalla norma penale (istigazioni al reato, apologie di delitto, vilipendi, ecc.), essa prende una drastica posizione da “libertaria” rigorosa: incostituzionalità di varie di quelle figure in assoluto; per le rimanenti, applicazione del criterio fortemente riduttivo accolto in America da *Brandenburg v. Ohio* (solo punibile il discorso che crea un pericolo serio e immediato di azioni materiali criminoso). Non si pone il problema se, nelle condizioni dell’Italia attuale e nel contesto della situazione internazionale, non convenga articolare la difesa della libertà d’espressione con strategia più flessibile: concedere alla legge di proibire il discorso in sé e per sé, ma suggerire alle autorità applicanti (pubblici ministeri e giudici) di interpretare la norma ordinaria, senza contestarne formalmente la costituzionalità, in modo da ridurre adeguatamente la pressione. D’altra parte, la Manetti, al di là di qualche imbarazzo che pure sembra coglierla, non esprime un altrettanto duro giudizio sulle norme che colpiscono puri fatti d’opinione ispirati all’ideologia fascista e a quella razzista, secondo l’ondata repressiva scatenatasi in tempi recenti in Italia e un po’ in tutto il mondo occidentale. Nei loro confronti, e persino nei confronti degli assurdi divieti divenuti ora di moda delle negazioni di fatti storici atroci, la Manetti non esprime un giudizio aperto di incostituzionalità, né applica il criterio costituzionale riduttivo di *Brandenburg* da lei sposato con riferimento ad altri tipi di reato. Nemmeno però – da quella positivista coerente che è – pensa di poter difendere la libertà d’espressione con la strategia protettiva di una sapiente, mirata interpretazione limitatrice in concreto della portata della norma (visto che non si può, o non si vuole, per ragioni varie, colpire la norma con la sanzione della piena o parziale incostituzionalità).

3. Per la formulazione della teoria in materia di mezzi di comunicazione di massa Pace prende a guida il principio del “pluralismo”. Ma la applicazione del principio da lui compiuta produce effetti nettamente differenziati nei due distinti campi della stampa e della televisione.

Per la stampa, egli è critico della politica statale dei primi decenni dopo la guerra la quale, mischiando controllo sui prezzi dei quotidiani e mal gestiti aiuti, contribuì oltretutto a produrre concentramenti poderosi delle proprietà editoriali (la sua critica qui si affianca a quella che anche rivolge ai sussidi e agli interventi

governativi sul terreno del teatro e del cinema, ove si tratterebbe semmai, tolta di mezzo ogni censura, di favorire senza discriminazioni solo le opere presentanti veri meriti culturali). Egli sembra ben convinto che nel settore della stampa sia costituzionalmente impensabile un monopolio statale della industria editoriale operante col sistema del “pluralismo interno” (la soluzione vagheggiata da Mortati) – ma non forse la isolata proprietà pubblica di giornali –. Respinge l’idea che si possano imporre ai giornalisti regole miranti ad assicurare la completezza e correttezza dell’informazione (salvo l’obbligo, ignoto negli Stati Uniti, di rettifica). Preserva il controllo del titolare dell’impresa editoriale sulla medesima, concedendo peraltro una certa protezione dovuta alla libertà dei giornalisti collaboratori. Prende posizione a favore della legge *antitrust* applicata alla stampa, in ciò conformemente al modello ordinario “sociale” quanto al regime dei mezzi di comunicazione di massa. Ma – e qui comincia il distacco da una versione del modello recante il segno neoliberale – esprime una forte preferenza per l’impiego a priori duro delle regole contro la concentrazione e – il che è più radicale – esige la fissazione autoritaria di precisi “tetti” all’espansione in termini di vendite del giornale, benché l’espansione avvenga nel pieno rispetto dei principi della concorrenza.

La tendenza a imporre un regime di “pluralismo coattivo” e regole a contenuto paternalistico e dirigistico – solo marginalmente presente nel caso della stampa – diventa molto forte nel pensiero di Pace quando entra in gioco il mezzo “televisione”. Questa differenza di trattamento dei due mezzi sembra venir giustificata da lui essenzialmente in base a due sole ragioni: che l’impatto immediato e pesante della televisione sulle menti degli spettatori non si dà nel caso della stampa (e del cinema); e che comunque (motivo tecnico-giuridico valido anche quando la disponibilità di canali per la trasmissione fosse amplissima) il trasmettere per televisione rimane una “concessione” dello stato, il quale ha diritto – in forza della natura giuridica della concessione come tale – di porre “condizioni” al “cessionario” privato. Ad ogni modo, lo stato ha inoltre il diritto (dovere?) costituzionale di mantenere un servizio pubblico televisivo, con compiti speciali – ma non esclusivi – di informazione e di ordine culturale, servizio retto secondo la logica del “pluralismo interno”. A imprese editoriali “private” la facoltà di trasmettere può essere data in concessione; ma nel settore concesso ai privati non deve formarsi, non solo un monopolio, ma neanche un oligopolio. A questo fine, non solo vanno rigorosamente applicate le regole consuete dell’*antitrust*, ma devono essere posti limiti stretti al numero di canali attivabili da un soggetto imprenditore, oppure limiti alla quota di *audience* che le sue trasmissioni riescono ad attrarre. La capacità di espansione delle emittenti private dovrà ulteriormente venir limitata attraverso la fissazione di un forte “tetto” al reperimento di risorse pubblicitarie sul mercato, al fine di riservare (dirigisticamente) una consistente quota del loro totale disponibile a vantaggio della stampa. La legge – e le Autorità garanti della sua applicazione – possono stabilire regole intese ad assicurare la completezza e la correttezza dell’informazione tanto per l’emittente pubblica quanto per quelle private (regole

meno strette per le seconde, dovendosi riconoscere loro una ragionevole autonomia). La televisioni (pubblica e privata) possono venir obbligate a trasmettere, per quote consistenti di tempo, programmi di produzione nazionale e comunitaria. Va da sé che tutte le norme in vigore a tutela della cosiddetta *par condicio* tra le varie forze politiche, durante le campagne elettorali e prima, non solo sono costituzionali, ma sono nell'insieme costituzionalmente dovute. Pace è fortemente critico del Testo Unico del 2005, che avrebbe inammissibilmente indebolito gli ostacoli che la Corte costituzionale e le leggi preesistenti si sforzavano di opporre all'egemonia del soggetto le cui televisioni monopolizzano il settore privato; ma è anche un fondo critico nei confronti della insufficiente severità di quegli stessi precedenti ostacoli, o almeno del modo in cui sono stati a lungo in concreto gestiti.

4. Un sostenitore dei valori politici neoliberali, da tener fermi nel quadro di un modello "sociale" altrimenti esposto al rischio di inutili o persino dannose derive, non può non scorgere nel libro di Pace e della Manetti, oltre che qua e là tesi più o meno opinabili, prese di posizione senz'altro non condivisibili. Soprattutto quel sostenitore non può accettare l'impegno a favore di un "pluralismo" il quale postula non solo "azioni positive" statali di stimolazione e di aiuto supplementare, ma anche, nel campo dei media, limitazioni autoritarie della libertà di soggetti comunicanti ex art. 21, primo comma, impediti ad espandere le loro attività secondo le loro forze e il libero consenso del mercato e a parlare senza remore imposte a fini politicamente "parificatori". Eppure, egli avverte l'esistenza di un tono generale nel libro diverso da quello prevalente nel pensiero di tanti altri, pur grandi, costituzionalisti e giuristi della Prima Repubblica. In molti di questi ultimi il concetto di una certa "funzionalità" del diritto ad esprimersi domina, e crea possibilità di compressioni della libertà, non magari gradite, ma neanche sufficientemente paventate ed adeguatamente contrastate. E in molti c'è anche una sotterranea, quando pur non proclamata, simpatia per la presenza di una dominante mano pubblica, là dove si tratti di mezzi di grande comunicazione, congiunta a una franca antipatia, in sé e per sé, per la mano privata. Nel libro, ciò almeno non si avverte; e il consenso si può dare, con piacere, a quella tesi teorica del carattere "individualistico" del diritto garantito dall'art. 21, la quale, se svolta con coerenza e fino alle sue ultime conseguenze, potrebbe portare al superamento delle particolari posizioni del libro che provocano qui le più forti riserve. Insomma: chi aderisce a valori politici neoliberali può essere grato ad un libro che non appartiene di principio al campo avverso, e che – al di là delle divergenze metodologiche e di alcune sul terreno dei valori – può considerarsi, nel quadro di una *concordia discors* (e magari fortemente *discors*) un libro amico.