

Giudici amministrativi e libertà di manifestazione del pensiero tra *diritti* (soggettivi) e *istituzioni* (di libertà)

di Corrado Caruso*

(in corso di pubblicazione in F. Cortese *et al.*, *Giudici amministrativi e diritti costituzionali*, Torino 2012)

SOMMARIO 1. *Diritti* da applicare e *interessi* da bilanciare: l'idiosincrasia del giudice amministrativo al *diritto* di libera manifestazione del pensiero 2. Il *sistema* della libertà di espressione e la difficile attuazione delle declinazioni pluraliste: i giudici amministrativi tra pluralismo "esterno" e pluralismo "interno" 3. La giurisprudenza amministrativa tra vuoti di tutela e inadempimenti costituzionali

1. *Diritti* da applicare e *interessi* da bilanciare: l'idiosincrasia del giudice amministrativo al *diritto* di libera manifestazione del pensiero

Lo studio della giurisprudenza amministrativa in tema di libertà di manifestazione del pensiero non può prescindere dalla presa di posizione, da parte dell'interprete, e dirimente rispetto ad ogni analisi giurisprudenziale, intorno al concetto *teoretico*¹ di libertà costituzionale.

In una prima accezione, ereditata dalla "rivoluzione" orlandiana², i diritti di libertà non sono altro che pretese individuali all'astensione della pubblica autorità, in ambiti materialmente delimitati (comunque attinenti alla sfera di signoria individuale). Per altro, la positivizzazione di tali pretese individuali nelle carte costituzionali dimostra come non è tanto la semplice astensione ad essere richiesta, quanto un intervento realizzato nelle *forme* e con le *garanzie* previste dalle singole disposizioni costituzionali³. In questa prospettiva, che si sviluppa lungo la dialettica vetero-liberale *individuo-autorità*, la tutela

¹ Si riprende in questa sede la distinzione, introdotta in Italia dal Gueli, tra definizione "teoretica" e ricostruzione "dogmatica" degli istituti giuridici. Mentre la prima è diretta alla generalizzazione delle caratteristiche ricorrenti del fenomeno giuridico sino a determinarne l'autonomia concettuale rispetto agli altri fenomeni sociali, la seconda dà espressione "(...) in forma logica ai concetti costituiti dalle stesse norme giuridiche", mutando in proposizioni descrittive i relativi enunciati prescrittivi (così V. Gueli *Elementi di una dottrina dello Stato e del diritto come introduzione al diritto pubblico*, Roma 1959, p. 417).

² Sulla elaborazione concettuale di una scienza del diritto pubblico cfr. V. E. Orlando, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico: contributo alla storia del diritto pubblico italiano nell'ultimo quarantennio 1885-1925*, Modena 1925 *passim*. L'opera dell'Autore risulta comunque influenzata, per quanto più interessa in questa sede, dalla speculazione concettuale tedesca intorno alla tematica del diritto pubblico soggettivo, originariamente inteso come mera liceità, residuo della autolimitazione dello Stato (cfr. C.F. v. Gerber, *Ueber öffentliche Rechte* (1852), trad. it., *Diritto pubblico*, Milano 1971, *passim*, ma spec. pp. 65-68,) e successivamente identificato in *agere posse*, ossia come "(...) pretesa all'abolizione di tutte quelle prescrizioni dello Stato lesive della libertà": cfr. G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre* (1900), trad. it. *La dottrina generale del diritto e dello Stato*, Milano 1949, p. 31). Quest'ultima formulazione teorica è, tuttavia, ancora lontana dal riconoscere una diretta azionabilità dei diritti costituzionali che, viceversa, erano ritenuti azionabili solo se specificati da una norma di legge: "poiché tutte le libertà sono riconosciute soltanto entro i confini determinati dalle leggi(...), non si può fare altro che riportare le libertà alla formula, la quale tutte le abbraccia: l'individuo non deve essere costretto dallo Stato ad alcuna prestazione contraria alla legge, ed in conseguenza di ciò ha il diritto (...) di ottenere che le autorità si astengano dall'impartirgli ordini non conformi alla norma suddetta, ed a pretendere che siffatti organi vengano, ove occorre, annullati" (*Id. Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, Milano 1912, p. 115).

³ L'equivalenza pratica tra intervento disciplinato da una norma superiore e obbligo di astensione dei pubblici poteri conduce a definire i diritti di libertà come libertà negative concettualmente distinte dai diritti sociali: mentre le prime "(...) richiedono da parte degli altri (ivi compresi gli organi pubblici) obblighi puramente negativi, di astenersi da determinati comportamenti, i secondi possono essere realizzati solo se vengono imposti ad altri (ivi compresi gli organi pubblici) un certo numero di obblighi positivi"(così N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, p. 13).

massima della libertà di espressione coincide con la previsione, nell'ambito del relativo *diritto soggettivo*, di garanzie di istituto che ne garantiscano la massima estensione nei confronti del potere pubblico⁴. Se, dunque, la Carta costituzionale offre tutela ad un diritto soggettivo perfetto (ancorché a geometria contenutistica variabile), risulta evidente come la protezione offerta dal giudice amministrativo, nell'ambito della giurisdizione di legittimità, non possa che essere solamente incidentale, limitata ai casi in cui l'atto della pubblica amministrazione risulti affetto dai vizi di incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere. In fondo, è la stessa natura di tale giurisdizione, fondata sulla distinzione, costituzionalmente rilevante ma incerta dal punto di vista teorico-generale, tra diritto soggettivo e interesse legittimo⁵, e dunque tra la piena pretesa individuale - tendenzialmente esclusa dalla cognizione diretta del giudice amministrativo - e la situazione soggettiva degradata dall'atto autoritativo, ad impedire una tutela certa del diritto di libertà.

L'assunto trova conferma nelle pronunce dei giudici amministrativi e, più in particolare, in un recente giudizio del TAR Lombardia⁶, avente ad oggetto un'ordinanza sindacale emessa ai sensi del novellato art 54.4 TUEL, successivamente dichiarato illegittimo dalla Corte costituzionale⁷. L'ordinanza in questione ribadiva l'obbligo di preavviso, gravante sugli organizzatori di riunioni con finalità religiose, da comunicare almeno trenta giorni

⁴ Sull'evoluzione teorica della garanzia di istituto, che da disciplina costituzionale di singole situazioni soggettive arriva ad essere identificata con determinati ambiti istituzionali dell'ordinamento giuridico, cfr. P. Ridola *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino 1997, pp. 10-14. L'equivalenza pratica tra intervento disciplinato da una norma superiore e obbligo di astensione dei pubblici poteri conduce a definire i diritti di libertà come libertà negative concettualmente distinte dai diritti sociali: mentre le prime "(...) richiedono da parte degli altri (ivi compresi gli organi pubblici) obblighi puramente negativi, di astenersi da determinati comportamenti, i secondi possono essere realizzati solo se vengono imposti ad altri (ivi compresi gli organi pubblici) un certo numero di obblighi positivi"(così N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, p. 13) Nella nostra Costituzione, secondo alcuni, una generale garanzia di istituto sarebbe individuabile nel richiamo, contenuto nell'art. 2 Cost., al carattere inviolabile dei diritti costituzionali. L'invulnerabilità dovrebbe intendersi, dunque, come sinonimo di immodificabilità, persino da parte del legislatore costituzionale, delle relative disposizioni. L'opinione, originariamente formulata da P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984 pp. 53-54, è ora ripresa da P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino 2005, pp. 141 e ss, A. Baldassarre *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, vol. XI, Roma 1989 pp. 29 e ss, e fortemente criticata da A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova 2003, pp. 41 e ss che sottolinea il carattere meramente "retorico" della clausola di irriducibilità.

⁵ Cfr. sul punto A. Barbera, *L'ordinamento della giustizia amministrativa, tra Corte costituzionale e Parlamento*, in *Quad. Cost.* 2004 p. 721 che rileva come la Costituzione, nel recepire la distinzione tra diritti soggettivi e interessi soggettivi e la conseguente, duplice, organizzazione giurisdizionale tipica del sistema crispieno, abbia "(...) tramandato all'ordinamento repubblicano gli esercizi di enigmistica giuridica (di tradizione tutta italiana) richiesti per la distinzione fra diritti e interessi legittimi lasciando in tal modo dimezzate le possibilità di tutela dei cittadini". Sulla debolezza teorico-generale della dicotomia argomenta R. Guastini, "Un soggetto, un diritto, un giudice". *I fondamenti teorici di una giustizia non-amministrativa*, *Dir. pubbl.* 2008, pp. 45-46, che sottolinea come l'interesse legittimo risulti estraneo alle categorizzazioni teorico generali (pretesa, libertà, potere, immunità) delle situazioni soggettive.

⁶ Cfr. TAR Lombardia, sede di Brescia, sent. n. 19/2010 con nota di R. Bin, *Un plauso al TAR Brescia (e un'invocazione ai prefetti)*, sul *Forum di Quaderni costituzionali* (forumcostituzionale.it).

⁷ Come noto, il novellato art. 54 TUEL autorizzava i sindaci, quali ufficiali di governo, ad adottare, "con atto motivato, provvedimenti, anche contingibili e urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana". La Corte costituzionale (sent. n. 115/2011 su cui vedi le note a commento di M. Carrer *Le ordinanze dei sindaci e la scorciatoia della Corte. Osservazioni, a prima lettura, alla sentenza della Corte costituzionale 7 aprile 2011, n. 115*, nonché, criticamente, S. Parisi, *Dimenticare l'obiezione di Zagrebelsky? Brevi note su legalità sostanziale e riserva relativa nella sent. n. 115/2011*, entrambe pubblicate sul *Forum di Quaderni costituzionali* - www.forumcostituzionale.it -) ha dichiarato incostituzionale la disposizione ((limitatamente alla congiunzione "anche") per violazione del principio di legalità sostanziale, della riserva di legge relativa prevista dall'art. 23 Cost e del principio di eguaglianza"), perché attributivo di un potere formalmente amministrativo ma sostanzialmente normativo perché libero nel fine e slegato dai presupposti di necessità ed urgenza. Sull'innovazione legislativa e sui relativi profili di incostituzionalità cfr. in particolare T. F. Giupponi, *Sicurezza urbana e ordinamento costituzionale*, in *Le Regioni 2010*, pp. 73 e ss, nonché, se si vuole, C. Caruso, *Da Nottingham a La Mancha: l'odissea dei sindaci nell'arcipelago dei diritti costituzionali*, *ibidem*, pp. 23-29.

prima la data del relativo svolgimento, e richiedeva altresì di tenere le stesse in lingua italiana.

Nonostante l'evidente violazione del diritto di riunione e del dettato dell'art. 17 Cost da un lato, e l'indiretta lesione della libertà di manifestare il proprio pensiero dall'altro⁸, il giudice amministrativo rilevava un difetto di giurisdizione relativamente alla cognizione dei diritti costituzionali: questi ultimi sarebbero infatti "diritti soggettivi fondamentali e perfetti (...)", la cui violazione dovrebbe essere accertata esclusivamente dal giudice ordinario. Piuttosto, i profili di censura dovevano concentrarsi sul "(...) cattivo esercizio della funzione amministrativa sotto il rispettivo profilo dell'incompetenza ad assumere il provvedimento che ne è esplicazione (...)". In tal senso, "la posizione fatta valere in giudizio dai ricorrenti è quella di chi rivendica il corretto esercizio dell'azione amministrativa, cioè propriamente di interesse legittimo"⁹. Poste tali premesse, l'ordinanza doveva essere ritenuta illegittima, non per la violazione, chiara e manifesta, del dettato costituzionale, quanto per la lesione dell'ordine di competenze stabilita dalla direttiva 26 gennaio 2009 del Ministro dell'Interno che, in qualità di superiore gerarchico del sindaco, individua nel Prefetto l'unico soggetto legittimato a disciplinare la libertà di riunione nei luoghi pubblici¹⁰.

L'impossibilità di conoscere del contenuto dei diritti soggettivi si ripercuote anche sulle tecniche argomentative e sulle modalità applicative della Costituzione da parte del giudice amministrativo, che tende ad evitare una applicazione logico-deduttiva delle disposizioni costituzionali a favore di una ponderazione tra interesse pubblico e interesse privato eventualmente compresso¹¹. In questo, senso, dunque, vi è una sostanziale differenza tra l'incedere argomentativo del giudice amministrativo e il percorso seguito dai giudici ordinari. In particolare, la differenza è evidente in relazione all'applicazione mediata, da parte del giudice penale, della libertà di espressione attraverso la scriminante dell'esercizio del diritto previsto dall'art. 51 c.p.: mentre il giudice amministrativo tende a degradare la fattispecie costituzionale prevista dal I comma dell'art. 21 Cost. a mero interesse legittimo, suscettibile per ciò stesso di essere postergato all'interesse pubblico nell'ambito di un bilanciamento condotto caso per caso, il secondo, invece, sulla scorta di un consolidato orientamento della Corte di Cassazione¹², realizza una specificazione categoriale del diritto di libertà. Dal quest'ultimo sono così tratte singole categorie di situazioni soggettive (diritto di cronaca, diritto di critica politica, diritto di satira, etc) che, al

⁸ Il rapporto di strumentalità – per altro evidenziato anche nel le argomentazioni dei ricorrenti - che lega la libertà di riunione alla libertà di espressione non emerge solo dal testo di alcune Costituzioni contemporanee (si pensi al Primo Emendamento della Costituzione americana e alla tendenziale assimilazione della seconda alla prima - in relazione al livello di scrutinio e al conseguente *quantum* di tutela – operata dalla giurisprudenza della Corte Suprema), ma anche dal fine di partecipazione politica che entrambe tendono a realizzare (cfr. sul punto A. Barbera, *Principi costituzionali e libertà di corteo*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Vol. IV, Padova 1974, p. 2724-2729)

⁹ Cfr. punto B.1 sent. n. 19/2010 TAR Lombardia.

¹⁰ Nonostante si sia dubitato in dottrina della legittimità della direttiva per il divieto generale e preventivo di porre in essere adunanze presso luoghi "simbolici" in giorni e orari predeterminati (cfr. sul punto R. Bin, *Balilla al potere?*, S. Troilo *La libertà di riunione al tempo della direttiva Maroni* entrambi reperibili sul *Forum di Quaderni costituzionali* - www.forumcostituzionale.it - nonché C. Camposilvan, *La recente disciplina ministeriale delle manifestazioni pubbliche nelle aree sensibili dei centri urbani*, in T.F. Giupponi, *Politiche della sicurezza e autonomie locali*, Bologna 2010 pp. 105 e ss.) l'eccezionalità dell'atto amministrativo sprigiona effetti garantisti: "stante il carattere eccezionale di queste disposizioni, esse non possono che essere interpretate restrittivamente, così dovendosi concludere per l'esclusiva competenza del Prefetto (pur nella necessaria intesa con i Sindaci) ad assumere provvedimenti di regolamentazione delle manifestazioni in luogo pubblico" (punto C.1).

¹¹ Dal punto di vista applicativo, dunque, tra interessi e diritti vi è lo stesso rapporto che intercorre tra principi e regole, su cui v. per tutti R. Alexy *Theorie der Grundrecht* (1986) trad. ing. *A theory of constitutional rights*, Oxford, 2002, pp. 49 e ss, *Id.*, *On balancing and subsumption. A Structural Comparison* in *Ratio Iuris*, 2003 pp. 433 e ss.

¹² Cass. Sez. I civ. n. 5259/1984 in *Giur. cost.* 1985, pp. 2623 e ss, che enuncia le condizioni di legittimità dell'esercizio del diritto di cronaca (utilità sociale, veridicità e continenza formale) poi riprese dalla Suprema Corte anche in sede penale.

ricorrere di condizioni predeterminate, producono l'effetto, attraverso un'applicazione deduttiva dell'art. 21.1 Cost., di scriminare condotte penalmente rilevanti¹³.

Non mancano conferme giurisprudenziali del bilanciamento *case by case* compiuto dal giudice amministrativo: così, ad esempio, l'illegittimità del provvedimento di espulsione dal territorio statale per motivi di ordine pubblico, emanato dal Ministro dell'Interno ai sensi dell'art. 13.1 d.lgs. 286/98, è fondato, in punto di fatto, sulle dichiarazioni del destinatario della misura, non veniva argomentata sulla base della evidente violazione dell'art. 21.1 Cost. Secondo il giudice amministrativo, "(...) la necessità di tutelare il bene fondamentale rappresentato dalla conservazione delle basi del sistema che garantisce l'ordinato svolgersi dell'intera vita sociale (...) può legittimamente comportare la compressione di (altri) valori di rango costituzionale"¹⁴. Piuttosto, l'illegittimità della misura discendeva dalla debolezza dei presupposti per la materiale inoffensività, per la sicurezza dello Stato, delle dichiarazioni pubbliche rese dall'espulso. In altri termini, dopo aver ammesso la possibilità di bilanciare il diritto di libertà con altri beni costituzionalmente rilevanti, il giudice riteneva prevalente, nel caso concreto, l'interesse del soggetto privato ad esprimere il proprio pensiero rispetto all'interesse alla protezione dell'ordine pubblico¹⁵.

2. Il sistema della libertà di espressione e la difficile attuazione delle *declinazione pluraliste*: i giudici amministrativi tra pluralismo "esterno" e pluralismo "interno"

Se, come sembra, il giudice amministrativo conosce solo indirettamente del contenuto del diritto di libera manifestazione del pensiero, attraverso la valutazione sulla correttezza formale dell'azione amministrativa, una diversa valutazione del suo operato può essere compiuta qualora l'interprete prescelga un diverso approccio, non più concentrato sulla distinzione – statica e formale - tra diritto soggettivo e interesse soggettivo, bensì proteso alla contestualizzazione dei diritti costituzionali nella dinamica dell'ordinamento. Ogni diritto di libertà previsto in Costituzione, infatti, può essere concepito non solo secondo la classica formulazione del diritto soggettivo, ma anche quale vero e proprio *sistema di libertà* capace di sprigionare i propri riflessi assiologici sui diversi rami dell'ordinamento, imponendo ai diversi attori istituzionali un'opera di attuazione e implementazione nell'ambito delle rispettive attribuzioni costituzionali¹⁶. Questa prospettiva, che deriva da una lettura progressiva del testo costituzionale non limitata alla sua semplice esegesi,

¹³ Cfr. in tal senso gli spunti offerti da A. Tesaro, *La diffamazione come reato debole e incerto*, Torino 2005, *passim*. I giudici ordinari (e in particolare, il giudice penale), attraverso l'enunciazione dei requisiti di veridicità, interesse sociale e continenza compiono veri e propri bilanciamenti definitivi sulla disposizione costituzionale da cui trarre singole categorie espressive privilegiate rispetto ad interessi concorrenti. In altri termini, "(...) verità, pertinenza, continenza sono (...) suscettibili di subire trasformazioni qualitative o ricomposizioni quantitative (...)” attraverso "(...) autonomi sottobilanciamenti definitivi, che si concludono con la formulazione di specifiche leggi di collisione differenziate per campo di materia ricavate per astrazione dalle caratteristiche universalizzabili esibite dal caso concreto” (A. Tesaro, *ibidem*, p. 46).

¹⁴ Così TAR Lazio, sez. I *ter*; sent. n. 15336/2004 su cui v. la nota di C. Vetrano, *Tutela della libertà di espressione, multiculturalismo e laicità dello Stato*, in *Giur. cost.* 2004 pp. 4742 e ss, che ha annullato il provvedimento di espulsione dell'*Imam* di Carmagnola da parte dell'allora Ministro Pisanu.

¹⁵ Cfr. sent. n. 15336/2004 che in relazione alle forme espressive utilizzate dall'*Imam*, così si pronuncia: "(...) si tratta, pur sempre, di facoltà tutelate direttamente dalla Costituzione (...): e che (...) possono esser comprese "amministrativamente" soltanto ove il loro esercizio si sia rivelato (...) idoneo - ad esempio, per il "carisma" del soggetto agente; o comunque, per l'impatto che le "parole d'ordine" lanciate da questi abbiano avuto, o stiano avendo, su di una pluralità di soggetti facilmente suggestionabili - a porre concretamente in pericolo l'ordine costituito (...)". In questo modo, i giudici amministrativi rifiutano una nozione di ordine pubblico quale pretesa astratta e assoluta all'integrità di un dato sistema normativo (ordine pubblico in senso ideale), per accogliere un'accezione concreta ed empiricamente verificabile di sicurezza. Sull'evoluzione del concetto di ordine pubblico quale limiti ai diritti costituzionali e sulla (spesso oscillante) giurisprudenza costituzionale v. ora T. F. Giupponi, *Le dimensioni costituzionali della sicurezza*, Bologna 2010, pp. 83 e ss.

bensi orientata alla comprensione olistica dell'ordinamento costituzionale¹⁷, vede, almeno parzialmente, perdere di rilevanza la distinzione qualitativa tra diritti e interessi¹⁸ a favore di una valutazione dell'operato del giudice amministrativo quale *istituzione* capace di attuare, in concorso con gli altri attori istituzionali, determinati *principi* di libertà.

Per quanto attiene, in particolare, al sistema della libertà di espressione è noto come, a partire dal 1974, la Corte costituzionale sia intervenuta a più riprese sull'assetto radiotelevisivo italiano, dichiarando, in un primo momento, l'illegittimità del monopolio statale delle trasmissioni là ove non veniva garantita una *governance* capace di rispecchiare il pluralismo e la molteplicità delle opinioni presenti all'interno della società¹⁹ e, successivamente, l'illegittimità della riserva statale in ambito locale, sia in relazione alla tecnica di diffusione via cavo²⁰, sia in relazione alla diffusione via etere²¹. Solo dopo tali pronunce, a fronte di un inadeguato intervento legislativo d'attuazione²², la Corte costituzionale si è spinta sino ad enunciare espressamente il principio del cd. *pluralismo esterno*, da intendersi quale necessaria presenza di una "pluralità di voci concorrenti" nel mercato radiotelevisivo²³. Tale principio ha integrato le premesse normative che hanno successivamente consentito al giudice delle leggi di dichiarare incostituzionale il limite *antitrust* previsto dalla legge n. 223/1990 (cd. legge "Mammi")²⁴ e di stabilire d'imperio il *dies ad quem* di validità del regime transitorio nel frattempo prorogato dalla legge n. 249/1997²⁵.

In tale contesto normativo e giurisprudenziale va collocata l'opera dei giudici amministrativi che, stretti tra le enunciazioni di principio della Corte e le parziali attuazioni legislative, sono stati chiamati a pronunciarsi su una vicenda particolarmente complessa, determinatasi proprio a causa della incompleta realizzazione del principio pluralista da parte del potere politico. La legge n. 249/1997, per un verso, riformulava i limiti *antitrust* della telediffusione in via analogica, vietando ad uno stesso soggetto di essere titolare di concessioni per una quota superiore al 20% delle reti individuate dal Piano nazionale delle frequenze e, per un altro, autorizzava *ex lege*, in via transitoria, la continuazione delle trasmissioni delle reti eccedenti in attesa della fissazione, da parte dell'AGCom del termine perentorio per il passaggio delle stesse sul satellite.

¹⁶ La compiuta teorizzazione dei diritti costituzionali quali istituzioni di libertà si deve ad A. Barbera, *Articolo 2*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Artt.1-12. Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975, in particolare pp. 65-80, ma teorizzazioni simili sono presenti anche in G. Amato, *Libertà (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, 1974, pp. 277-278.

¹⁷ Cfr. A. Barbera, *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, in *Quad. Cost.* 2010, spec. pp. 327-332 che, collocandosi nel solco delle teorie materiali della Costituzione, tenta di "(...) mettere insieme sia le basi materiali sia i precepi formali delle stesse, sia glie elementi strutturali dell'organizzazione costituzionale, sia quelli direttamente prescrittivi" (*ibidem*, p. 331).

¹⁸ Come rileva anche chi, come R. Bin, *Diritti e fraintendimenti. Il nodo della rappresentanza*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli 2005, pp. 353-358, pur partendo da una teoria "realista" dei diritti costituzionali costruita a partire dalla giurisprudenza costituzionale, ne descrive la duplice natura: da un alto, diritti costituzionali come diritti soggettivi ("enti") o; dall'altro diritti costituzionali quali interessi dalla tutela graduabile (e, dunque "bilanciabile").

¹⁹ Cfr. C. Cost. sent. n. 225/1974

²⁰ Cfr. C. Cost. sent. n. 226/1974

²¹ Cfr. C. Cost. sent. n. 202/1976

²² Cfr. la l. 10/1985 di conversione del d. l. n. 807/1984, che di fatto legalizzava la situazione oligopolistica venutasi a creare, su scala nazionale, a seguito della c.d. interconnessione e dell'acquisizione da parte del gruppo Fininvest dei Networks Italia 1 e Rete 4. Per una ricostruzione di queste vicende cfr. S. Calzolaio, *Il sistema dell'informazione tra Unione europea e legislazione interna*, sul *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), pp 6-7 nt 11-14.

²³ Cfr. C. Cost. sent. n. 826/1988.

²⁴ Cfr. C. Cost. sent. n. 420/1994, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 15, comma 4 l. n. 223/1990, nella parte in cui consentiva ad uno stesso soggetto di esser titolare di tre delle nove concessioni per reti televisive su scala nazionali assentibili ai privati.

²⁵ Cfr. C. Cost. sent. n. 466/2002.

A seguito di tali prescrizioni legislative, l'AGCom adottava il regolamento contenente i requisiti per assegnare le concessioni a seguito della gara da indire presso il Ministero delle Comunicazioni²⁶. Il D.M. 29 luglio 1999, sulla base della graduatoria approvata dalla commissione di gara, attribuiva al Centro Europa 7 la concessione nazionale a trasmettere in via analogica senza tuttavia assegnare concretamente le relative frequenze, rimandando l'attribuzione ad un momento successivo alla definizione del programma di adeguamento degli impianti realizzato dal Ministro delle comunicazioni di concerto con l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni²⁷.

Il provvedimento ministeriale, favorevole ad Europa 7 ma materialmente incompleto²⁸, comportava la richiesta dell'emittente di integrazione dell'atto concessorio, necessaria all'inizio alle trasmissioni televisive. A fronte della formale diffida il Ministero delle Comunicazioni ribadiva la volontà di soddisfare la legittima pretesa dell'emittente, a seguito dell'adozione del relativo programma tecnico di adeguamento delle frequenze.

La comunicazione ministeriale segna l'inizio di una vicenda processuale che si concluderà solo a circa dieci anni di distanza a seguito di quattro distinti ricorsi presentati, dal Centro Europa 7, in momenti diversi²⁹. Il TAR Lazio, accogliendo la domanda di annullamento della nota ministeriale, affermava come, di fronte alla diffida avanzata dal destinatario del provvedimento, l'amministrazione non potesse avere che la duplice alternativa di adottare i comportamenti necessari a consentire la produzione degli effetti tipici del provvedimento o, diversamente, di revocare la concessione negando così l'assegnazione delle frequenze³⁰. A seguito del ricorso in appello della controinteressata al provvedimento ministeriale (R.T.I. s.p.a.), il Consiglio di Stato non solo confermava il dispositivo della sentenza di primo grado ma riformulava le motivazioni addotte dal TAR volte a escludere qualsiasi discrezionalità della amministrazione: poiché la concessione *de qua* realizzava un "atto a formazione progressiva", implicava necessariamente un obbligo, gravante sulla p.a., di compiere tutte le ulteriori attività necessarie a soddisfare la pretesa di Europa 7³¹. In tal senso, la ridefinizione della natura del provvedimento diviene strumentale alla realizzazione dell'interesse in questione, che a sua volta costituisce una situazione riflessa rispetto al principio del pluralismo esterno a suo tempo enunciato dalla Corte costituzionale³².

²⁶ Cfr. AGCom Reg. n. 78/98

²⁷ Cfr. D. M. 28 luglio 1999 Art. 1 comma 2.

²⁸ Cfr. sul punto S. Calzolaio, *Il sistema dell'informazione* cit., p. 41, che definisce icasticamente il provvedimento ministeriale quale "concessione che non concede".

²⁹ Mentre con il primo (ric. n. 4230/2000) e con il terzo ricorso (ric. 12583/2003) Europa 7 mirava, rispettivamente, ad annullare la nota di natura dilatoria adottata dal Ministro delle comunicazioni, e ad ottenere in via coattiva l'assegnazione delle frequenze con un congruo risarcimento danno, con il secondo ricorso ad essere impugnato è il D.M. del 28 luglio 1999, là ove, pur negando la concessione a Rete 4 (a sua volta controllata da R.T.I. s.p.a.), ne decretava la temporanea abilitazione a trasmettere in attesa del passaggio definitivo delle relative trasmissioni sul satellite (conformemente a quanto previsto dall'art. 3 comma VI l. n. 249/1997) proprio sulle frequenze che, ad avviso della ricorrente, sarebbero spettate ad Europa 7. Il TAR Lazio prima (cfr. TAR Lazio Sez. II, sent. n. 9319/2004) e il Consiglio di Stato poi (Cons. St. Sez. VI, sent. n. 2623/2008) respinge la richiesta per tardività del ricorso, presentato oltre il sessantesimo giorno dalla conoscenza del decreto di abilitazione. Con il quarto ricorso (ric. n. 8616/2009), invece, Europa 7 adiva il Consiglio di Stato per ottenere, in ottemperanza, l'esecuzione del giudicato di annullamento della nota ministeriale (ma sul punto v. *infra*).

³⁰ Cfr. TAR Lazio, sez. II, sent. n. 9325/2004.

³¹ Cfr. Cons. St. sez. VI sent. n. 9424/2008.

³² Il Cons di Stato, nell'individuare incidentalmente un obbligo di integrazione del provvedimento concessorio a carico della p.a., sembra seguire la direzione tracciata dalla giurisprudenza costituzionale che configura la concessione all'utilizzo del bene pubblico "etere" (attraverso la trasmissione in via analogica) quale *tertium genus* rispetto alla concessione (provvedimento costitutivo di natura discrezionale) e all'autorizzazione (provvedimento che rimuove un ostacolo all'esercizio di un diritto soggettivo). Tale provvedimento, per sua natura complesso, consta di un elemento autoritativo che realizza il presupposto per "(...) l'esercizio da parte dei privati della libertà di manifestazione del pensiero con il mezzo radiotelevisivo" e un elemento abilitativo che consente di esercitare un'attività costituzionalmente rilevante e, in quanto tale, preesistente in capo al privato (cfr. C. Cost. sent. n. 112/1993, che sembra

La dichiarazione di annullamento della nota ministeriale è conseguente ad un *iter* argomentativo concentrato sulla natura del provvedimento ministeriale, e segna l'accoglimento definitivo del primo dei ricorsi presentati dall'impresa televisiva. La seconda domanda giudiziale, infatti, veniva presentata nelle more del giudizio di primo grado relativo all'annullamento della nota, e mirava ad ottenere coattivamente l'assegnazione delle frequenze e, contestualmente, il risarcimento del danno per equivalente nel frattempo maturato a causa dell'inerzia dell'amministrazione³³. Il ricorso, che nella strategia difensiva di Europa 7 doveva fungere da rimedio processuale agli espedienti dilatori della pubblica amministrazione veniva comunque rigettato dai giudici: secondo questi ultimi, la concreta individuazione delle frequenze era da ritenersi "elemento essenziale" ai fini della completa formazione del provvedimento concessorio. L'assenza di una concessione "perfetta", comportava la degradazione della situazione soggettiva della ricorrente a mero "interesse qualificato" di natura pretensiva, discrezionalmente comprimibile dalla amministrazione³⁴ in presenza di "circostanze fattuali e diritto" che avrebbero eventualmente comportato l'adozione di "determinazioni negative" dirette ad escludere Europa 7 dalla nuova ripartizione delle frequenze. Le nuove "circostanze di diritto", che consentivano alla p.a di frustrare la pretesa dell'emittente, venivano individuate dal d. l. n. 352/2003 (conv. in l. n. 43/2004) che, nel prorogare il termine per la cessazione delle trasmissioni via etere in tecnica analogica delle reti eccedenti³⁵, rilegittimava la trasmissione delle reti eccedenti e poneva le basi, almeno secondo l'implicito assunto del TAR, ad un eventuale provvedimento di revoca della concessione riconosciuta ad Europa 7.

Proprio su tale normativa, poi confluita nella legge di sistema n. 112/2004 (cd. legge "Gasparri", colonna portante del T.U. sulla Radiotelevisione - d.lgs. n. 177/2005 -)³⁶ concentrava la propria attenzione il Consiglio di Stato nel giudizio di appello promosso dall'emittente televisiva contro la sentenza di primo grado: con l'ord. n. 3846/2005, la VI sezione rimetteva alla Corte di Giustizia dell'Unione europea questione di interpretazione pregiudiziale affinché fosse verificata la compatibilità comunitaria della normativa interna con l'allora art. 49 TCE e soprattutto con il "quadro normativo comune per i servizi di comunicazione elettronica e per le risorse e i servizi correlati" (cd. NQNC)³⁷. Rispetto alle

estendere le considerazioni a suo tempo compiute in relazione alla tecnica di diffusione su scala locale nelle sentt. nn. 226/1974 n. 202/1976). Lo stesso legislatore, con il progressivo ampliarsi, dovuto all'evoluzione tecnologica, delle quote di mercato disponibili, ha definitivamente trasformato il potere concessorio in un potere sostanzialmente autorizzatorio (cfr. artt. 15 e 16 d.lgs. n. 177/2005 – T.U. della radiotelevisione) che prevede una semplice autorizzazione sia per gli operatori di rete che per i fornitori di contenuto che trasmettano su frequenze terrestri in tecnica digitale).

³³ In sostanza, data la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo a conoscere delle controversie in materia di servizi di telecomunicazione (art. 7 l. n. 205/2000, ora ripreso dall'art. 133.1 lett c) c.p.a.) il ricorrente richiede la il risarcimento del danno sia in forma specifica, attraverso l'assegnazione delle frequenze dovute, che per equivalente.

³⁴ Così TAR Lazio, Sez. II, 9315/2004.

³⁵ Il termine "finale assolutamente certo e ineludibile" fissato dalla Corte costituzionale (sent. n. 466/2002) al 31 dicembre 2003, veniva così posticipato al 30 aprile 2004.

³⁶ La legge n. 122/2004 provvedeva a riformulare il limite generale anti-trust su due livelli: un livello generale, determinato sui ricavi del S.I.C (Sistema integrato delle telecomunicazioni), e pari al 20% del paniere così definito (cfr. ora T.U. n. 177/2005, art. 43.9), ed un livello specifico, calcolato sul singolo settore editoriale. Per quanto attiene specificamente al settore radiotelevisivo, l'art. 23 l. 112/2004 stabiliva una generale autorizzazione ("generale assentimento") che consentiva alle reti eccedenti di continuare a trasmettere e, inoltre, un limite anti-trust calcolato su un insieme "promiscuo" composto non solo dalle reti operanti in tecnica analogica (come disponeva la legge n. 249/1997) ma anche dei programmi diffusi in tecnica digitale (cfr. ora art. 43.8 T.U. n. 177/2005), purché trasmessi simultaneamente in entrambe le tecniche (cd. *simulcast*).

³⁷ In particolare, la normativa fa riferimento alla Direttiva 2002/21/CE, istitutiva di un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (cd. direttiva "quadro"), alla Direttiva n. 2002/20/CE, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva "autorizzazioni"), alla Direttiva n. 2002/77/CE, concernente la concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica (direttiva "concorrenza").

questioni sollevate dai giudici italiani, la Corte di giustizia riteneva di pronunciarsi solo sui quesiti diretti a verificare se le disposizioni comunitarie ostassero “(...) in materia di trasmissione televisiva, ad una normativa nazionale la cui applicazione conduca a che un operatore titolare di una concessione si trovi, in mancanza di assegnazione delle frequenze di trasmissione, nell'impossibilità di trasmettere”³⁸. In tal senso, nell'ambito di una disciplina comunitaria orientata al rispetto dei criteri di obiettività, trasparenza e proporzionalità³⁹, l'autorizzazione *ex lege* a favore di alcune imprese prive di un titolo concessorio rilasciato a seguito di una adeguata procedura di gara, non poteva non ritenersi in contrasto con la normativa sovranazionale: in effetti, la l. n. 112/2004 “non si limita ad attribuire agli operatori esistenti un diritto un diritto prioritario ad ottenere le frequenze, ma riserva loro tale diritto in esclusiva, senza limiti di tempo alla *situazione di privilegio* così creata [corsivo aggiunto] e senza prevedere un obbligo di restituzione delle frequenze eccedenti dopo la transizione alla trasmissione televisiva in tecnica digitale”⁴⁰.

La pronuncia della Corte di Giustizia consentiva al giudice di rinvio di pronunciarsi con un duplice provvedimento, sia sotto il profilo della richiesta di assegnare in via coattiva delle frequenze che dovevano spettare alla ricorrente⁴¹, sia per quanto concerneva il risarcimento del danno per equivalente⁴². Così, in relazione alla reintegrazione in forma specifica rivendicata da Europa 7, il Consiglio di Stato negava che l'istituto, previsto dall'art. 35 comma 1 del d.lgs. n. 80/1998 e ora ripreso dall'art. 32.2. c.p.a., potesse essere assimilato ad una azione di adempimento diretta ad ottenere la condanna del debitore o, soprattutto una forma di esecuzione in forma specifica capace di imporre all'amministrazione un obbligo di consegnare all'avente diritto il relativo bene.

D'altro canto, la natura di interesse meramente pretensivo legittimava la semplice richiesta della ricorrente, con eventuale diffida dell'amministrazione, all'adozione degli atti necessari a far conseguire il bene per poi agire, in un momento successivo, “(...) contro l'eventuale inerzia o il provvedimento negativo adottato”.⁴³

In relazione alla richiesta di risarcimento danni per equivalente, il Consiglio di Stato riconosceva alla ricorrente una somma di denaro a titolo sia di danno emergente che di lucro cessante. Eppure, l'ammontare subiva un radicale ridimensionamento a causa della condotta colposa dell'emittente che realizzava un vero e proprio concorso nella realizzazione dell'evento dannoso: “(...) Europa 7 non poteva ignorare (...) i caratteri specifici della situazione di fatto nella quale maturò il bando, le condizioni cui fu sottoposta la concessione e le vicende successive che a vario titolo impedirono l'assegnazione delle frequenze. Tale conoscenza (...) consigliava prudenza nell'avviare investimenti prima del concretizzarsi dell'assegnazione delle frequenze”⁴⁴.

³⁸ Cfr. CGCE, sent. 31 gennaio 2008, procedimento C-380/05.

³⁹ In particolare, integrano le premesse maggiori della decisione della Corte l'art. 9, n. 1 della direttiva “quadro”, là ove richiede agli Stati membri una gestione efficiente delle radiofrequenze per i servizi di comunicazione elettronica; l'art. 5 n. 1 della direttiva “autorizzazioni” che, particolarmente conferente al caso di specie, vieta agli Stati membri di subordinare l'uso delle frequenze radio alla concessione di diritti d'uso individuali, che devono invece essere previsti sin dall'inizio nell'autorizzazione generale all'utilizzo delle frequenze, a loro volta assegnate sulla base di criteri “obiettivi, proporzionati, trasparenti e non discriminatori” (dir. “concorrenza”, art. 4 n.1). In via generale poi, coerentemente con tale previsione, l'art. 4 n.1 della dir. “concorrenza” vieta agli Stati membri di concedere diritti esclusivi o speciali di uso delle frequenze. Queste regole generali sono poi integrate dalle norme speciali che disciplinano i casi eccezionali che rendono necessaria la concessione di limitati diritti individuali d'uso delle frequenze: in tali casi (art. 7 n. 3 dir. “autorizzazioni”) gli Stati membri ne effettuano l'assegnazione sulla base di criteri di selezione obiettivi, trasparenti, proporzionati e non discriminatori”.

⁴⁰ CGCE, punto n. 115.

⁴¹ Cfr. Cons. St., sez. VI sent. n. 2622/2008.

⁴² Cfr. Cons. St. sez. VI, sent. n. 242/2009.

⁴³ Cfr. Cons. St. sez. VI sent. n. 2622/2008, pp. 15-16.

⁴⁴ Cfr. Cons. Stato, sent. n. 242/2009, pp. 41-42. Rispetto al danno quantificato dalla ricorrente di oltre due miliardi di euro, i giudici riconoscono un danno di poco superiore al milione di euro. L'evidente ridimensionamento è argomentato non solo in relazione al preteso atteggiamento colposo della ricorrente, ma anche in relazione all'errato criterio di

Per altro, il *dictum* della Corte di giustizia non solo consentiva al giudice del rinvio di inquadrare tipo e *quantum* risarcitorio, ma permetteva anche di definire, successivamente, i confini dell'obbligo conformativo gravante sull'amministrazione a seguito della sentenza definitiva di annullamento della nota ministeriale. In effetti, mentre il TAR (sent. n. 9325/2004) aveva comunque lasciato all'amministrazione la scelta tra la concreta assegnazione delle frequenze e il definitivo provvedimento di diniego, il Consiglio di Stato escludeva la seconda possibilità, richiedendo all'amministrazione un comportamento che, nel soddisfare la concessionaria priva di frequenze, adeguasse la normativa nazionale ai criteri di trasparenza, non discriminazione e proporzionalità richiesti dal diritto comunitario⁴⁵.

In esecuzione della pronuncia e del disposto sovranazionale, e a seguito della pronta diffida di Europa 7, il Ministero per lo Sviluppo avviava il procedimento istruttorio strumentale all'individuazione delle frequenze da assegnare all'impresa televisiva. Il successivo decorso del termine di novanta giorni, stabilito dall'amministrazione stessa, spingeva Europa 7 ad adire nuovamente i giudici amministrativi, con un quarto ricorso, per richiedere l'esecuzione del giudicato in sede di ottemperanza. Nonostante il direttore generale per i servizi di comunicazione elettronica e radiodiffusione avesse individuato, a favore della ricorrente, alcune frequenze da ottenersi attraverso la ricanalizzazione (e dunque l'allargamento) della banda di frequenze, l'ulteriore procrastinarsi della data ultima per l'inizio delle trasmissioni, nonché la scarsa potenza del segnale, capace di coprire solo il 50% del territorio nazionale, rafforzava i motivi indicati nella domanda giudiziale, che tuttavia veniva rigettata dal Consiglio di Stato, frustrando definitivamente la pretesa dell'emittente di trasmettere su scala nazionale⁴⁶.

La vicenda evidenzia le difficoltà di attuazione, da parte dei giudici amministrativi, del *dictum* pluralista della Corte costituzionale. In effetti, stretti tra le inadempienze legislative e gli argomenti di natura cogente della Corte costituzionale essi si dimostrano l'anello debole della catena istituzionale cui spetta l'inveramento dell'ordinamento costituzionale e dei suoi principi. Tale debolezza ha trovato indirettamente conferma anche là ove il legislatore sembra essersi dimostrato più sensibile alle esigenze di *governance* pluralista del mezzo radiotelevisivo. In effetti, tra i principi-mezzo volti ad attuare il principio-fine dell'interesse ad essere informati⁴⁷ non figura solo la necessità che nel mercato radiotelevisivo si trovi ad operare una pluralità di operatori (pluralismo esterno), ma deve essere anche garantito, secondo una consolidata giurisprudenza costituzionale, l'accesso al mezzo radiotelevisivo delle molteplici correnti di pensiero presenti in società⁴⁸. Questa

calcolo del mancato profitto, che il Consiglio di Stato ha ritenuto basato su eventi improbabili e difficilmente pronosticabili; la liquidazione del danno non è avvenuta sulla base di una perizia disposta d'ufficio ma in via equitativa sulla base di valutazioni assolutamente discrezionali del collegio giudicante. Per una critica alla quantificazione del danno operata dai giudici cfr. G. Mastrantonio, *Tanto tuonò che piovve all'insù. Il sistema radiotelevisivo italiano e il caso Europa 7*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2010, pp. 570 e ss.

⁴⁵Cfr. Cons. St. sez. VI, sent. n. 2624/2008, cit. *supra*.

⁴⁶ Cfr. Cons. St., sez. VI, sent. n. 243/2009.

⁴⁷ In senso affine v. anche A. Pace, in A. Pace – M. Manetti, *Articolo 21* in G. Branca – A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili*, Bologna-Roma, 2006 p. 354, che pur partendo da un'impostazione testual-positivistica, arriva a riconoscere alla libertà della informazione (intesa nella triplice accezione di libertà di informazione, di informarsi e di essere informati) come “ ‘valore’ (o ‘esigenza’ o ‘tendenza’) deducibile (...) dal principio stesso del pluralismo (...)”.

⁴⁸ Cfr. C. Cost. sent. n. 225/1974, ripresa poi dalla sent. n. 826/1988: “il pluralismo si manifesta nella concreta possibilità di scelta, per tutti i cittadini, tra una molteplicità di fonti informative, scelta che non sarebbe effettiva se il pubblico al quale si rivolgono i mezzi di comunicazione audiovisiva non fosse in condizione di disporre, tanto nel quadro del settore pubblico che in quello privato, di programmi che garantiscono l'espressione di tendenze aventi caratteri eterogenei” (par. 11, *considerato in diritto*). Il ragionamento offerto dalla Corte in ordine alla parità di *chances* all'accesso al mezzo di diffusione del pensiero, poi consacrato definitivamente nella sent. n. 155/2002, trova origine nella sent. n. 48/1964. In quel caso il giudice delle leggi, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della l. n. 212/1956, che attribuisce al Comune la gestione degli spazi murari dedicati alla propaganda elettorale, ha avuto modo

necessità, che si traduce in generale obbligo di imparzialità e completezza dell'informazione⁴⁹, è particolarmente sentita nel periodo elettorale: la l. 28/2000 disciplina la gestione degli spazi televisivi in costanza di elezioni, affidandone il relativo controllo alla Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi per quanto riguarda la concessionaria pubblica, e all'AGCom per quanto concerne le imprese radiotelevisive private. L'impianto della legge si fonda sulla rilevante distinzione tra programmi di comunicazione politica e programmi di informazione: solo ai primi è possibile imporre i rigidi vincoli, di natura soprattutto temporale, imposti dall'art. 4 della legge stessa.

Nonostante il disposto della legge, la Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi interveniva con un proprio regolamento per assimilare, durante il periodo di campagna elettorale per le consultazioni regionali del 2010, il trattamento offerto ai programmi di informazione alla disciplina delle comunicazioni politiche trasmesse dalla concessionaria pubblica (RAI TV s.p.a). Poco tempo dopo, anche l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, estendeva, secondo quanto già previsto nel regolamento della Commissione di vigilanza, la regolamentazione prevista *ex lege* per le comunicazioni politiche ai programmi di informazione delle emittenti private⁵⁰. Di fronte alla stretta informativa, per alcuni illegittima⁵¹, il TAR Lazio accoglieva i ricorsi di alcune emittenti private sospendendo la delibera dell'AGCom (per altro successivamente modificata dall'Autorità)⁵²; viceversa, il regolamento della Commissione di vigilanza, mai impugnato, ha continuato a sprigionare i propri effetti sino alle elezioni regionali.

3. La giurisprudenza amministrativa tra vuoti di tutela e inadempimenti costituzionali.

La tormentata vicenda processuale di Europa 7, nonché l'intervento inevitabilmente parziale del TAR Lazio, conferma il rilievo che la giurisdizione, anche amministrativa, può svolgere nella realizzazione dei principi costituzionali. Eppure i giudici amministrativi non

di affermare come durante le campagne elettorali è necessario "(...) assicurare, che in uno dei momenti essenziali per lo svolgimento della vita democratica, questa non sia di fatto ostacolata da situazioni economiche di svantaggio o politiche di minoranza".

⁴⁹ Cfr. sul punto il d.lgs. 177/2005 che equipara, accogliendo di fatto una nozione sostanziale-funzionale (su cui diffusamente P. Caretti, *Comunicazione e informazione*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano 2007, p. 245), di servizio pubblico concessionarie pubbliche e private quanto agli obblighi di imparzialità e completezza dell'informazione.

⁵⁰ Cfr. rispettivamente Commissione di vigilanza, "*Regolamento recante le disposizioni di attuazione in materia di comunicazione politica, messaggi autogestiti e informazione della concessionaria pubblica nonché tribune elettorali per le elezioni regionali, comunali e provinciali fissate per i giorni 28-29 marzo 2010*", art. 6 (comma 1-2-4) che prevede anche uno specifico obbligo di vigilanza a carico dei direttori dei programmi informativi, e Agcom, Del. 25/10 CSP, in particolare art. 13.

⁵¹ La distinzione qualitativa tra comunicazione politica e programmi di informazione è prevista dall'art.2 c.2 l. 28/2000, che richiama esplicitamente una diversità di disciplina: "S'intende per comunicazione politica radiotelevisiva, ai fini della presente legge, la diffusione sui mezzi radiotelevisivi di programmi contenenti opinioni e valutazioni politiche. Alla comunicazione politica si applicano le disposizioni dei commi successivi. Esse non si applicano alla diffusione di notizie nei programmi di informazione". A sostegno dell'illegittimità del regolamento della Commissione di vigilanza e della delibera dell'AGCom cfr. G. De Minico, *Silenzio elettorale e costituzione*, in *Dir. Soc.* 2/2010, pp. 221 e ss. Per una diversa ricostruzione v. invece C. Fusaro, *Il cd. silenzio elettorale. Una polemica, a ben vedere pretestuosa*, sul *Forum di Quaderni Costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), che invece offre un'interpretazione conforme alla legge degli atti contestati. A parere dell'autore, infatti, Commissione e AGCom, nell'estendere la disciplina delle comunicazioni politiche ai programmi di informazione con l'eccezione dei notiziari, si sarebbero mosse in un ambito discrezionale riconosciuto dallo stesso art. 2.2 della l. n. 28/2000, che imporrebbe il divieto di applicabilità delle regole della *par condicio* alla nuda diffusione di notizie.

⁵² Cfr. TAR Lazio sez. III *ter* ord. nn. 1179/2010 e 1180/2010, pronunciate a seguito dei ricorsi promossi da Sky Italia e La 7 gruppo Telecom. A seguito delle ordinanze sospensive l'Autorità Garante ad adottare una nuova delibera (Del. 31-2010 CSP) che ha radicalmente modificato la precedente delibera sino ad eliminare espressamente l'equiparazione tra i messaggi di comunicazione politica e i programmi di informazione (cfr. art. 1 lett. c)

sono riusciti, da soli, a realizzare gli imperativi posti della Corte costituzionale. L'insuccesso non è dovuto solo alla tipica, strutturale, sottoposizione dei giudici alla *voluntas legis*, ma anche a causa di quegli istituti, di natura sostanziale e processuale, che caratterizzano l'ordinamento amministrativo come *ius speciale* rispetto al diritto pubblico generale. Si pensi, per quanto riguarda i casi in esame, alla difficoltà, in chiave teorico-generale, di inquadramento della categoria dell'interesse pretensivo; o all'inesistenza, nel processo amministrativo, di un istituto assimilabile all'esecuzione in forma specifica; o ancora alle preclusioni o ai termini di decadenza che impediscono di impugnare atti comunque lesivi di situazione soggettive. In fondo, anche tali peculiarità hanno favorito la persistenza di una situazione normativa e fattuale contrastante con la giurisprudenza costituzionale, incompatibile con il diritto comunitario, e comunque sfavorevole al legittimo titolare di un diritto soggettivo di "trasmissione"⁵³.

Analoghe considerazioni valgono in merito alla vicenda, dagli esiti contraddittori, relativa alla disciplina della *par condicio* in costanza delle elezioni regionali. E' evidente, infatti, l'asimmetria di giudizio tra gli atti dell'AGCom e le delibere dell'organismo parlamentare di controllo: queste ultime sono infatti considerate, secondo un orientamento consolidato e a partire da una nota pronuncia della Corte di Cassazione, atti insindacabili dalle magistrature ordinarie e amministrative⁵⁴. In tal senso, se per un verso le ordinanze sospensive hanno ricollocato l'azione dell'amministrazione, che agisce nelle forme e con i poteri dell'Autorità garante, nel solco indicato dalla legge e soprattutto dalla Corte costituzionale⁵⁵, il giudice amministrativo non ha potuto realizzare un analogo controllo sugli atti della Commissione di vigilanza, considerato organo di rilevanza costituzionale ed in quanto tale sottratto dal controllo della giurisdizione amministrativa⁵⁶. La gestione dello spazio di discussione pubblica, dunque, va incontro a controlli diversi che, di conseguenza, comportano un differente grado di attuazione del valore costituzionale coinvolto.

L'atteggiamento dei giudici amministrativi rispetto alla libertà di espressione e ai principi costituzionali con essa sottesi risulta quindi ambiguo, multiforme, e sembra risentire della particolare posizione istituzionale rivestita dalla giurisdizione amministrativa che non sembra poter prescindere (qui più che in altri settori dell'ordinamento) dalla mediazione legislativa. In effetti, la mancata applicazione diretta dei diritti costituzionali e la cautela mostrata nella recezione e nel consolidamento dei principi che governano (o dovrebbero

⁵³ Né può dirsi che la (scarsa) monetarizzazione del diritto a titolo di risarcimento del danno abbia prodotto effetti assimilabili alla realizzazione del diritto stesso: non è un caso che, sulla base di queste risultanze, Europa 7 abbia deciso di ricorrere alla Corte Europea dei diritti dell'uomo (ric. n. 38433/09) per violazione delle norme convenzionali relative alla libertà di espressione e al diritto al giusto processo (artt. 10 e 6 Cedu).

⁵⁴ Cfr. Cass. Sez. Un. sent. n. 7072/1983 che, pur in relazione alle delibere che regolavano l'accesso al servizio pubblico radiotelevisivo, riconobbe nella Commissione un "(...) organo costituzionale e politico" titolare di una "(...) funzione essenziale di indirizzo politico" del servizio informativo pubblico.

⁵⁵ La distinzione tra comunicazione politica e programmi di informazione ha consentito alla Corte Costituzionale (sent. n. 155/2002) di salvare la l. 28/2000, ritenendola una non illegittima compressione del libero orientamento politico e della libertà di espressione e delle imprese private. L'art. 2 c. 2, infatti, preclude che nei programmi di informazione, "(...) che (...) costituiscono (...) momento (...) tra i più caratterizzanti dell'attività radiotelevisiva" possano essere imposti vincoli derivanti "(...) da motivi connessi alla comunicazione politica. L'espressione "diffusione di notizie" va pertanto intesa (...) nella sua portata più ampia, comprensiva quindi della possibilità di trasmettere notizie in un contesto narrativo-argomentativo ovviamente risalente alla esclusiva responsabilità della testata" (*ibidem*, par. 2.2).

⁵⁶ La costante giurisprudenza della Corte costituzionale ritiene, a partire dalla ord. n. 171/1997, la Commissione di Vigilanza organo di rilevanza costituzionale, capace di dichiarare in via definitiva la volontà del Parlamento". Più recentemente cfr. C. Cost. sentt. n. 69/2009 (su cui R. Dickmann - Gabriele Malinconico, [La posizione costituzionale della Commissione di vigilanza RAI nel quadro delle competenze normative in materia di servizio pubblico radiotelevisivo](#), su www.federalismi.it, nonché se se si vuole, C. Caruso *Il caso Petroni davanti alla Corte, ovvero della metamorfosi dell'atto politico*, sul *Forum di Quaderni costituzionali* - www.forumcostituzionali.it -) e 174/2009 (su cui S. Catalano - L. Platania, [Verso le sentenze interpretative di rigetto anche nei conflitti fra poteri?](#) sul *Forum di Quaderni costituzionali* - www.forumcostituzionale.it -)

governare) il sistema della libertà di espressione sembrano confermare non solo l'inidoneità strutturale del giudice amministrativo ad assurgere al ruolo di custode dei diritti costituzionali, ma anche una speciale forma di dipendenza dal sistema legislativo, considerato parametro privilegiato di valutazione dell'azione amministrativa. Eppure, se, per un verso, tale sottoposizione sembra perfettamente coerente con la struttura formale dell'ordinamento e con la peculiare posizione della giurisdizione amministrativa, per un altro, almeno per ciò che concerne la disciplina dei mezzi di diffusione del pensiero, essa aggrava lo scollamento del sistema radiotelevisivo dai *dicta* della giurisprudenza costituzionale, con evidente pregiudizio delle potenzialità espansive della stessa Costituzione.

* Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale – Università di Bologna – corrado.caruso@unibo.it