

L'art. 21 della Costituzione settanta anni dopo*

Filippo Donati

Abstract

È opinione diffusa che, per effetto dell'evoluzione tecnologica e di mercato che ha investito il settore delle comunicazioni, il diritto dell'informazione deve ormai essere studiato sotto una prospettiva radicalmente differente rispetto a quella adottata dai costituenti. Quali sono allora le nuove dimensioni che caratterizzano oggi la libertà di informazione? Quali le nuove sfide che si pongono al giurista in questo campo? Per rispondere a questi interrogativi occorre fare un passo indietro nel tempo e ripercorrere le linee di fondo che hanno caratterizzato l'evoluzione del sistema delle comunicazioni dall'entrata in vigore della Costituzione ad oggi.

It is commonly accepted that to understand the important changes that have affected the media as result of the technological and market evolution, a perspective other than that of the Fathers of the Italian Constitution should be adopted. To explore the most significant legal challenges from a constitutional standpoint, the essay proposes to take a step back and provides an overview of the driving forces behind the evolution of media from the entry into force of the Constitution to the rise of the Internet and digital technologies.

Sommario

1. Premessa. - 2. L'attuazione del modello costituzionale. - 3. La difficile attuazione del pluralismo informativo. - 4. La liberalizzazione delle telecomunicazioni. - 5. L'era di Internet. - 6. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

È opinione ormai largamente condivisa che, per effetto dell'evoluzione tecnologica e di mercato che ha investito il settore delle comunicazioni, il diritto dell'informazione deve ormai essere studiato sotto una prospettiva radicalmente differente rispetto a quella adottata dai costituenti nella redazione degli artt. 15 e 21 della Costituzione.

Quali sono allora le nuove dimensioni che caratterizzano oggi la libertà di informazione? Quali le nuove sfide che si pongono al giurista in questo campo?

Per rispondere a questi interrogativi occorre fare un passo indietro nel tempo e ripercorrere, seppure brevemente, le linee di fondo che hanno caratterizzato l'evoluzione del sistema delle comunicazioni dall'entrata in vigore della Costituzione ad oggi.

A tal fine, pur con la consapevolezza del margine di approssimazione e di soggettività che inevitabilmente inerisce a operazioni del genere, proverò a individuare quattro grandi fasi: la prima, che dura fino alla metà degli anni '70, volta principalmente a garantire l'innesto della nuova disciplina costituzionale nel nostro ordinamento; la seconda fase, che nasce con la comparsa delle televisioni commerciali private, in cui emerge l'esigenza di garantire nel nuovo contesto il principio del pluralismo informativo; la terza fase, che ha inizio alla fine degli anni '80 in concomitanza con la liberalizzazione delle telecomunicazioni, è caratterizzata dall'innesto di principi del diritto dell'Unione europea nel nostro ordinamento; la quarta fase, a partire dall'entrata in vigore nel 2002 della nuova disciplina europea sulle comunicazioni elettroniche, vede l'emergere di nuove problematiche correlate all'avvento e alla diffusione di Internet.

2. L'attuazione del modello costituzionale

All'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione, era necessario garantire l'innesto dei nuovi principi costituzionali all'interno del sistema normativo ereditato dal periodo fascista.

A tal fine occorreva innanzi tutto definire l'ambito della tutela offerta dall'art. 21 della Costituzione. A ciò ha provveduto la giurisprudenza, sollecitata da un acceso e stimolante dibattito dottrinale.

Non è un caso che la prima questione decisa dalla Corte costituzionale riguardava proprio la libertà di manifestazione del pensiero. Con la sua prima sentenza (C. Cost., 14 giugno 1956, n. 1) la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 113 r.d. 773/1931, che sottoponeva a licenza dell'autorità locale di pubblica sicurezza la circolazione di scritti, disegni e stampati, la propaganda acustica e luminosa e le pubbliche

* Relazione tenuta al seminario "Diritto dei media: tra tradizione e innovazione" svoltosi il 14 dicembre 2017 presso la sede dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni in Roma. Contributo inviato su richiesta della direzione e, pertanto, non sottoposto a referaggio.

affissioni di scritti e giornali murali.

La Corte costituzionale, nella sua opera, ha fin dall'inizio evidenziato la piena disponibilità a tenere conto delle nuove esigenze derivanti dall'evoluzione della società nel suo complesso. In questa prospettiva, ad esempio, dopo avere ritenuto che il divieto di pubblicizzare i mezzi anticoncezionali fosse giustificato dalla necessità di tutelare il buon costume (C. Cost., 19 febbraio 1965, n. 9) ha successivamente mutato il proprio orientamento, sul rilievo che l'incitamento alle pratiche anticoncezionali, per l'evoluzione della coscienza sociale, non poteva più offendere il buon costume (C. Cost., 16 marzo 1971, n. 49).

In numerose decisioni la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sui “beni costituzionalmente rilevanti”, non espressamente enunciati nell'art. 21, la cui tutela può giustificare l'apposizione di limiti alla libertà di manifestazione del pensiero: l'onore e la reputazione, la riservatezza, i segreti, l'ordine pubblico. In questo contesto non è sfuggita l'importanza della cronaca giornalistica in ogni società democratica. Per tale motivo la giurisprudenza ha riconosciuto a questa particolare modalità di comunicazione uno statuto peculiare, individuando tre condizioni che operano come scriminanti nei confronti di informazioni dal contenuto potenzialmente ingiurioso o diffamatorio: la rilevanza sociale dell'informazione; la verità dei fatti esposti; la forma civile dell'esposizione (C. Cost., 14 luglio 1971, n.175; C. Cost., 5 luglio 1973, n. 103; C. Cost., 27 marzo 1974, n. 86; Cass. pen., sez. VI, 9 gennaio 1978, n. 5052; Cass. pen., sez. VI, 24 aprile 1978, n. 11842, in *Foro it.*, 2, 1979, 111 ss.).

La Corte costituzionale, fin dalle sue prime decisioni, ha sempre sottolineato il carattere fondamentale dell'art. 21 in quanto «pietra angolare dell'ordine democratico» (C. Cost., 17 aprile 1969, n. 84). Muovendo da questo presupposto, la Corte conclude che l'art. 21 tutela non solo il “diritto di informare”, cioè il profilo attivo della libertà di comunicazione, ma anche il “diritto all'informazione” dei cittadini, quale presupposto per la corretta formazione dell'opinione pubblica su cui si fonda la democrazia. Il riconoscimento di un “profilo passivo” della libertà di informazione ed il suo collegamento al principio di democrazia, implica che tutti i mezzi di comunicazione di massa sono chiamati a soddisfare l'“interesse generale” all'informazione e che tale interesse richiede il pluralismo delle fonti di informazione.

Tutta la ricca giurisprudenza in materia radiotelevisiva muove da questo presupposto. La Corte costituzionale rigettò la questione di legittimità della riserva allo Stato del servizio radiotelevisivo con la sentenza n. 59/1960, enunciando due principi che saranno poi tenuti fermi da tutta la giurisprudenza successiva: il riconoscimento dell'attività radiotelevisiva come servizio pubblico essenziale avente carattere di preminente interesse generale e la necessità di assicurare il rispetto del principio costituzionale del pluralismo informativo. Secondo la Corte costituzionale, la naturale limitatezza delle frequenze utilmente sfruttabili per le trasmissioni radiotelevisive e la necessità di rilevanti investimenti economici per l'installazione e la gestione degli impianti di trasmissione avrebbero verosimilmente determinato, una volta aperto il mercato agli operatori privati, la formazione di posizioni di monopolio od oligopolio privato, con conseguente riduzione delle possibilità d'accesso al mezzo radiotelevisivo da parte delle diverse istanze politiche, sociali, religiose, presenti nella società. Solo il monopolio

pubblico dell'etere, in quanto finalizzato al perseguimento di interessi generali, era ritenuto dalla Corte in grado di assicurare al mezzo radiotelevisivo quel tasso di apertura alle istanze di cui sopra senza il quale non avrebbe potuto dirsi garantita la libertà di manifestazione del pensiero.

La Corte ha poi indicato, con la sentenza n. 225 del 1976, le condizioni che il legislatore avrebbe dovuto soddisfare per rendere il regime di monopolio compatibile con i principi costituzionali: a) sottrazione degli organi di vertice della concessionaria del servizio pubblico all'influenza del potere esecutivo; b) imparzialità e completezza dell'informazione; c) sottoposizione della concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo al controllo del Parlamento; d) tutela dell'autonomia dei giornalisti preposti ai servizi di informazione; e) limiti quantitativi alla pubblicità per evitare il pericolo che la radiotelevisione, inaridendo una tradizionale fonte di finanziamento della libera stampa, rechi grave pregiudizio a una libertà che la Costituzione fa oggetto di energica tutela; f) disciplina dell'accesso alla radiotelevisione; g) garanzia del diritto di rettifica. La l. 103/1975 recepì questi principi dettando quindi una profonda riorganizzazione della concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo.

Il monopolio pubblico continuava quindi a resistere, salvo che per l'attività di ritrasmissione di programmi di emittenti estere (per effetto della sentenza n. 225 del 1974) e dei servizi radiotelevisivi via cavo (per effetto della sentenza n. 226 del 1974): in entrambi i casi la Corte aveva infatti ritenuto insussistente il pericolo di formazione di monopoli o oligopoli privati. Analoghe considerazioni condussero la Corte, con la sentenza n. 202 del 1976, a dichiarare l'illegittimità costituzionale della riserva allo Stato dell'attività radiotelevisiva a livello locale.

Nel settore delle telecomunicazioni il monopolio dello Stato non era neppure messo in discussione. In questo campo le maggiori problematiche riguardarono l'istituto del fermo postale, per lungo tempo esercitabile senza il controllo dell'autorità giudiziaria (C. Cost., 22 aprile 1986, n. 100), e le intercettazioni (telefoniche, informatiche o telematiche), i cui limiti vennero precisati dalla Corte costituzionale prima (C. Cost., 6 aprile 1973, n. 34; C. Cost., 21 maggio 1975, n.120) e del legislatore poi (l. 98/1974).

3. La difficile attuazione del pluralismo informativo

A partire dagli anni settanta, con l'evoluzione tecnologica, si cominciano ad affermare sul mercato le nuove televisioni commerciali.

L'inerzia del legislatore nell'introdurre un regime autorizzatorio per l'utilizzazione delle frequenze locali (liberalizzate per effetto della sentenza n. 202 del 1976), consentì un sostanziale "accaparramento" delle frequenze disponibili da parte di alcune emittenti private. In poco tempo si giunse inoltre alla creazione di *networks* nazionali composti da più emittenti regionali che, trasmettendo in contemporanea il medesimo programma preregistrato, eludevano la riserva allo Stato delle trasmissioni televisive su scala nazionali.

In questa fase storica si pose concretamente l'esigenza di garantire l'attuazione del

principio del pluralismo informativo, che la Corte costituzionale ha ricavato dall'art. 21 della Costituzione e che costituisce il *leit motiv* delle più significative pronunce adottate in materia.

In particolare, nella sentenza n. 826 del 1988, la Corte ha distinto tra il "pluralismo interno" (la cui realizzazione è principalmente affidata al servizio pubblico radiotelevisivo, chiamato a dar voce al maggior numero possibile di opinioni) e il "pluralismo esterno" (la cui realizzazione è affidata al concorso tra la concessionaria pubblica e una pluralità di emittenti private). Il pluralismo, precisa la Corte, consiste nella «possibilità di ingresso, nell'ambito della emittenza pubblica e di quella privata, di quante più voci consentano i mezzi tecnici, con la concreta possibilità [...] che i soggetti portatori di opinioni diverse possano esprimersi senza pericolo di essere emarginati a causa di processi di concentrazione delle risorse tecniche ed economiche nelle mani di uno o di pochi». Ciò permette la «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». Di conseguenza, nella visione della Corte, il pluralismo non può dirsi realizzato quando su scala nazionale concorrano un polo pubblico e un polo privato «che sia rappresentato da un soggetto unico o che comunque detenga una posizione dominante nel settore privato».

In questa lunga fase il sistema dell'informazione presenta ancora pochissime aperture al diritto internazionale e sovranazionale, è caratterizzato da discipline settoriali per i diversi mezzi di comunicazione (radiotelevisione, telecomunicazioni, editoria, cinema e teatro), è contraddistinto dal ruolo attivo e creativo della giurisprudenza tanto che, secondo un'opinione largamente diffusa, può dirsi che tutti i passaggi fondamentali della storia del nostro sistema radiotelevisivo sono stati determinati da pronunce della Corte costituzionale.

4. La liberalizzazione delle telecomunicazioni

Una terza fase si apre con la liberalizzazione delle telecomunicazioni.

Le linee dell'intervento comunitario di liberalizzazione del settore delle telecomunicazioni vennero individuate dalla Commissione in maniera specifica e articolata nel Libro verde del 1987 sullo sviluppo del mercato comune per i servizi e il materiale di telecomunicazioni. La Commissione segnalò in tale sede la necessità di aprire alle regole del mercato e della concorrenza un settore che, in ragione degli sviluppi tecnologici e della crescente domanda di servizi di telecomunicazioni, aveva ormai acquisito un'importanza primaria sia sotto il profilo economico sia sotto quello sociale. Ciò avrebbe prodotto riflessi positivi per gli operatori del settore e per gli utenti (che avrebbero tratto beneficio dallo sviluppo di un mercato concorrenziale dei servizi di telecomunicazioni), ma anche per l'economia europea nel suo complesso.

A partire dagli anni '90, grazie a una serie di direttive e di regolamenti tutti gli Stati

membri sono stati costretti a smantellare i vecchi monopoli e ad adottare misure volte a consentire l'effettiva realizzazione di un mercato concorrenziale. Sono stati così aboliti i diritti speciali o esclusivi concernenti i servizi e le reti di telecomunicazioni; è stato cancellato il regime concessorio; le funzioni di regolazione del mercato sono state affidate a un'autorità indipendente dal potere politico e dagli operatori del settore; la tradizionale nozione di "servizio pubblico", con tutto quello che ne derivava in termini di regolamentazione, è stata sostituita dal cosiddetto servizio universale; sono state introdotte misure "asimmetriche", volte a compensare la posizione di sostanziale vantaggio che gli ex monopolisti vantavano rispetto ai nuovi entranti in un mercato appena liberalizzato.

Nel campo della radiotelevisione, invece, il problema cruciale era ancora quello di realizzare il pluralismo informativo. Il legislatore, spinto anche dai "moniti" della Corte costituzionale, adottò nel 1990 una legge di riforma del sistema radiotelevisivo (la l. 223/1990, c.d. legge «Mammì»), che sancì finalmente il venir meno della riserva allo Stato dell'attività radiotelevisiva e l'introduzione di un sistema «misto», pubblico e privato. La legge conteneva importanti novità, tra cui l'introduzione di un regime concessorio sulla base della pianificazione delle frequenze e una apposita regolamentazione della pubblicità televisiva. L'apertura della televisione su scala nazionale fu accompagnata, secondo le indicazioni fornite dalla Corte costituzionale, dalla introduzione di una disciplina antitrust volta a evitare il formarsi di posizioni dominanti nel settore privato. In concreto, tuttavia, questa legge consentiva a un medesimo soggetto di essere titolare al massimo di tre concessioni sul piano nazionale, così "fotografando" quella situazione di fatto caratterizzata da un duopolio tra due soggetti titolari, ciascuno, di tre reti su scala nazionale. Ciò in aperto contrasto con le indicazioni offerte dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 826 del 1988. La disciplina antitrust contenuta nella legge Mammì fu pertanto dichiarata incostituzionale dalla Corte con la sentenza n. 420 del 1994.

La disciplina della legge Mammì fu in parte modificata e integrata dalla l. 249/1997 (la c.d. legge Meccanico), che istituì l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e introdusse nuovi limiti antitrust, dichiarati in parte incostituzionali con la sentenza n. 466 del 2002. La riforma del sistema televisivo italiano varata con la l. 112/2004 ("legge Gasparri") e perfezionata con il successivo Testo unico sulla radiotelevisione approvato con d.lgs. 177/2005 (oggi Testo unico sui servizi media audiovisivi e radiofonici) rappresenta l'ultimo intervento del legislatore ordinario nella disciplina di un settore che ha visto il continuo alternarsi di pronunce giurisprudenziali e interventi legislativi e regolamentari.

Per effetto della liberalizzazione delle telecomunicazioni, un settore cruciale del mondo dell'informazione si è aperto al diritto dell'Unione Europea. Si è realizzata per la prima volta una osmosi tra diritto nazionale e diritto dell'Unione Europea e un dialogo sempre più intenso tra corti nazionali e corti transnazionali, che ha cambiato completamente lo scenario di riferimento.

Questa apertura ha però interessato solo parzialmente il settore radiotelevisivo. La direttiva "televisione senza frontiere" rappresenta il primo passo della politica audio-

visiva dell'Unione europea e ruota attorno a due principi: la libera circolazione dei programmi televisivi europei nell'ambito del mercato interno e l'obbligo, per le reti televisive, di riservare, una quota del tempo di trasmissione a opere europee. La nuova direttiva introduce regole di grande importanza, in particolare con riferimento ai tetti pubblicitari. Tuttavia gli aspetti centrali della disciplina dei media rimangono ancora sotto il controllo dello Stato, ben consapevole della rilevanza che tali mezzi rivestono per la formazione dell'opinione pubblica.

5. L'era di Internet

Nel frattempo l'evoluzione tecnologica e di mercato ha comportato una ulteriore trasformazione del settore delle comunicazioni.

Le tecniche di "digitalizzazione" e di compressione delle informazioni, il potenziamento dei mezzi trasmissivi (grazie soprattutto all'impiego della fibra ottica e dei satelliti) e lo sviluppo dei sistemi informatici hanno favorito un processo di "convergenza" che ha reso possibile utilizzare la stessa rete e il medesimo terminale per trasmettere e ricevere messaggi diversi (voce, immagini o dati). Questo ha reso sempre più incerta la linea di confine tra il diritto delle telecomunicazioni e quello della radiodiffusione e ha comportato la necessità di un complessivo ripensamento di una disciplina di settore per lungo tempo incentrata sulla corrispondenza tra mezzo trasmissivo e contenuto. Internet rappresenta l'esempio più evidente di questa convergenza.

L'Unione europea ha preso atto di questa evoluzione e, nel 2002, ha dettato un nuovo quadro normativo, che ha ridisegnato completamente il sistema delle comunicazioni, recepito l'anno successivo dal legislatore italiano con il codice delle comunicazioni elettroniche (d.lgs. 259/2003).

Il legislatore europeo ha superato la distinzione telecomunicazioni-editoria-televisioni e ha introdotto una disciplina uniforme per tutte le reti di comunicazione elettronica. In tal modo è stata consacrata l'esistenza di quello che è stato efficacemente definito il nuovo "diritto della convergenza", ovvero un insieme di regole comuni «dove i comparti tradizionali che hanno sinora guidato il mondo delle telecomunicazioni, quello della radio-televisione e quello dell'informatica tendono a confluire in una piattaforma di principi nuovi ed unitari»¹.

L'affermazione di questo "diritto della convergenza" incide sull'inquadramento costituzionale delle attività di comunicazione. Tradizionalmente il diritto delle telecomunicazioni è stato fondato sulla libertà di comunicazione di cui all'art. 15 della Costituzione (che disciplina le comunicazioni rivolte a un destinatario determinato e infungibile), mentre il diritto della radiodiffusione ha avuto come parametro costituzionale di riferimento la libertà di informazione di cui all'art. 21 (che riguarda le comunicazioni verso un numero indeterminato o fungibile di destinatari). La multimedialità impedisce invece oggi di inquadrare le reti di comunicazione elettronica e i messaggi ivi trasmessi

¹ E. Cheli, *Conclusioni*, in G. Morbidelli – F. Donati (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, Torino, 183.

soltanto nell'ambito dell'art. 15 della Costituzione, così come impedisce di considerare le reti digitali (via cavo, satellite o etere terrestre) utilizzate per programmi radiotelevisivi come strumentali all'esercizio della sola libertà di cui all'art. 21. L'applicabilità o meno al messaggio delle garanzie e dei limiti previsti rispettivamente dagli artt. 15 e 21, in sostanza, non discende più dal mezzo di trasmissione utilizzato.

In questa fase viene superata la ripartizione settoriale tra i diversi settori del mondo della comunicazione, che aveva caratterizzato le fasi precedenti. Un nuovo sistema che è ormai del tutto aperto al diritto dell'Unione europea.

L'osmosi tra diritto nazionale e diritto dell'unione europea, un tempo circoscritta al campo delle telecomunicazioni, ormai si estende anche al settore dei media. Persino il principio del pluralismo informativo trova ormai esplicito riconoscimento nel diritto dell'Unione europea (art. 11 della Carta dei diritti fondamentali). La nuova direttiva sui servizi dei media audiovisivi del 2010 mira a realizzare un mercato interno dei servizi legati alla società dell'informazione e dei servizi legati ai media. Funzionale al perseguimento di questo obiettivo è la creazione in ciascuno Stato membro di Autorità nazionali di regolazione, concepite come organismi che, come ha evidenziato Enzo Cheli, sono chiamate a funzionare come cinghia di trasmissione del diritto dell'Unione Europea in ambito nazionale.

La nuova fase è dunque caratterizzata dal superamento della distinzione tra media e telecomunicazioni, dall'apertura totale al diritto dell'Unione Europea, dalla centralità che il settore delle comunicazioni ormai riveste anche per altri rami del diritto. Le nuove tecniche di comunicazione, com'è noto, ormai condizionano materie che fino a qualche anno fa erano del tutto estranee all'interesse dello specialista del diritto dei media (si pensi ad esempio al commercio elettronico, ai nuovi strumenti partecipativi offerti dalla rete, ecc.).

6. Considerazioni conclusive

Occorre a questo punto cercare di tirare le fila del discorso svolto per offrire una risposta agli interrogativi iniziali.

L'evoluzione del sistema dell'informazione può essere ripercorsa attraverso l'individuazione di quattro grandi fasi. La prima, volta principalmente a definire l'ambito della tutela offerta dall'art. 21 Cost. La seconda, in cui è emersa l'importanza centrale che il principio del pluralismo delle fonti informative riveste per la realizzazione della democrazia. La terza fase, caratterizzata da una prima apertura del sistema dell'informazione al diritto dell'Unione europea. L'ultima fase, quella di Internet, in cui si rende necessario un adattamento degli strumenti di tutela della libertà di informazione alla nuova dimensione della rete.

Tra i molti problemi sul tappeto, particolare importanza riveste senz'altro quello relativo alla garanzia del pluralismo nel mondo di Internet. A tal fine sono necessari due tipi di intervento.

In primo luogo occorre favorire l'accesso alla rete da parte di tutti i cittadini, dal mo-

mento che Internet rappresenta ormai uno strumento essenziale per l'esercizio di un gran numero di diritti fondamentali e un mezzo per combattere la diseguaglianza e favorire lo sviluppo sociale. Sotto questo profilo sono necessari interventi pubblici volti a favorire la diffusione della banda larga anche nelle zone più disagiate del paese. In secondo luogo è indispensabile evitare un utilizzo distorto della rete, limitando ai casi strettamente necessari il ricorso a pratiche di controllo, filtraggio e blocco dei dati che possono limitare la libera diffusione delle informazioni. Non vi è dubbio infatti che, oggi, il carattere aperto e neutrale della rete costituisce un presupposto necessario per la promozione della libertà di comunicazione e la garanzia del pluralismo delle informazioni.

Il principio di *net neutrality*, che ha trovato la sua prima affermazione nell'ordinamento statunitense, è stato recepito in Europa con il regolamento 2015/2120. Tale principio è stato però recentemente rimesso in discussione da una decisione della FCC, che sotto la guida del suo nuovo presidente (Ajit Pai), voluto da Donald Trump, ha, nella sostanza, rimosso regole che garantivano una rete Internet libera e aperta.

Si tratta di una novità di grandissima importanza, destinata a riaprire un dibattito che pareva avere ormai trovato una soluzione largamente condivisa.