

Il servizio pubblico in Europa e in Italia

di Stefano Merlini

Versione provvisoria

1. Il servizio pubblico audiovisivo: l'Italia e l'Europa fra convergenze e divaricazioni.

Parlare del servizio pubblico nel sistema delle trasmissioni audiovisive in Europa ed in Italia, significa riferirsi a quel lento, ma progressivo, processo che sta portando, anche se non senza contrasti, i paesi europei verso una sostanziale unificazione dei loro fondamentali principi costituzionali.

L'attività di trasmissione radio e televisiva, comunque svolta, è, infatti, anzitutto, dal lato di chi la svolge, manifestazione della libertà di pensiero e di comunicazione, mentre si manifesta, dalla parte dei destinatari di quell'attività, come diritto di essere correttamente informati. Questi caratteri di fondo delle trasmissioni radiotelevisive assimilano quella libertà alla libertà di stampa: dalla quale, però, essa si differenzia a causa dei mezzi utilizzati per la comunicazione (le "bande di frequenza", il cavo, la piattaforma digitale, il satellite) che pongono, ognuno in un modo diverso, problemi peculiari inerenti proprio al rapporto fra la libertà di informare ed il diritto ad essere informati in maniera piena e corretta. Inoltre, fino dalla nascita delle trasmissioni radiofoniche, i legislatori europei hanno sempre attribuito a questa attività un'importanza del tutto particolare a causa dell'immediatezza del messaggio che è associata alle trasmissioni radiofoniche; importanza che si è enormemente accresciuta da quando, attraverso la televisione, al messaggio si è accompagnata anche l'immagine (impact theory).

Queste caratteristiche particolari dell'attività di trasmissione radiotelevisiva, insieme alla inevitabile tendenza del potere pubblico a controllare i processi di formazione della pubblica opinione, spiegano il perché della riserva allo stato delle trasmissioni radiofoniche in Europa fino dagli Anni 20 e la sostanziale attrazione di quelle trasmissioni nell'ambito dei servizi pubblici attraverso una legislazione particolare a loro rivolta, che era quasi sempre accompagnata da altri atti pubblici, come le concessioni, nelle quali erano poste altre, ed in genere molto invadenti, regole che condizionavano l'attività dei gestori delle trasmissioni.

Questa vicenda storica incontra, però, un momento di svolta fondamentale nel secondo dopoguerra, quando le nuove costituzioni democratiche dell'Europa continentale si dimostrano ben altrimenti sensibili al tema della libertà di manifestazione del pensiero, non solo rispetto alle esperienze degli stati totalitari, ma anche rispetto alla precedente tradizione liberale.

Dal richiamo alla dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 contenuto nella costituzione francese del 1946 ai ben più specifici principi enunciati, ad esempio, nell'art.21 della costituzione italiana o nell'art. 5 della legge fondamentale tedesca, le costituzioni europee aprono un processo di costituzionalizzazione dei diritti fondamentali all'interno del quale la libertà di manifestazione del pensiero e quella di informazione trovano una collocazione centrale: come sarà, successivamente, dimostrato dall'attenzione con la quale questi diritti saranno garantiti anche dalle nuove costituzioni degli Anni 70 che completeranno il processo di democratizzazione dell'Europa: e ciò anche se rimarranno, in questa materia, sensibilità diverse, come è dimostrato, ad esempio, dalla diversa impostazione dell'art. 15 della costituzione greca e dell'art. 20 di quella spagnola.

Tuttavia, il rilievo ben maggiore assunto dalla libertà di manifestazione del pensiero e di quella di informazione a causa della loro costituzionalizzazione si accompagna ad una seconda caratteristica di quei diritti che sarà destinata, in un vicino futuro, a far loro assumere un'importanza ancora maggiore.

Dall'art. 5 della legge fondamentale tedesca all'art. 20 di quella spagnola, dall'art. 1, sez.II, di quella svedese, all'art. 39 di quella portoghese, la maggior parte delle costituzioni europee

definiscono, infatti, la libertà di manifestazione del pensiero e quella di informazione non soltanto come libertà garantite dalla costituzione, ma anche come diritti fondamentali.

E' vero che sia le costituzioni degli Anni 40 che quelle degli Anni 70 non attribuiscono, se letteralmente interpretate, nessuna particolare valenza ai diritti qualificati come fondamentali, così come è anche vero che il diritto alla libera manifestazione del pensiero e quello di essere informati non sempre risultano essere esplicitamente indicati come libertà fondamentali.

E' questo il caso, ad esempio, della costituzione italiana, nella quale l'art. 21 sembra garantire come, e fra, gli altri diritti costituzionali anche la libertà di manifestazione del pensiero, che è tutelata, poi, in maniera differenziata rispetto alla stampa ed agli spettacoli, senza che emerga dal testo nemmeno una specifica tutela per il diritto all'informazione.

Tuttavia, mentre il diritto all'informazione è stato ritenuto dalla prevalente dottrina (e sia sufficiente il rinvio a Paolo Barile) come implicitamente ma chiaramente tutelato dallo stesso art. 21 Cost., la giurisprudenza della corte costituzionale ha progressivamente valorizzato, a partire dalla sentenza n. 98 del 1965, la categoria dei diritti e dei principi fondamentali della costituzione, attribuendo, esplicitamente o implicitamente, alle norme costituzionali qualificate come fondamentali una particolare efficacia giuridica: così da qualificarle come fonti del diritto del tutto particolari che si pongono in una posizione di preminenza rispetto alle altre norme della costituzione.

Così, e per quanto ci riguarda rispetto ai diritti collegati alla materia dell'informazione, una delle conseguenze dell'inserimento dei diritti di cui all'art. 21 Cost. nell'ambito dei diritti fondamentali è rappresentato dalla possibilità per gli interpreti, e soprattutto per il giudice costituzionale, di far derivare da essi " regole costituzionali implicite", che non risultano dalle espresse disposizioni normative del testo della costituzione (Onida). In conseguenza, non risulterebbero modificabili né dalla legge ordinaria, né da un'eventuale legge di revisione costituzionale non soltanto i principi letteralmente contenuti in questa materia dalle singole norme della costituzione, ma anche l'interpretazione estensiva ad esse attribuita dalla corte costituzionale. Infine, un'altra conseguenza importante che può derivare dalla assunzione di questi diritti fra i principi fondamentali è quella di attribuire alla corte costituzionale la competenza di garantire il loro rispetto anche da parte della normativa comunitaria (sentenza n. 183 del 1973).

Come dirò fra poco, esaminando la giurisprudenza della corte costituzionale in questa materia sotto altri profili, l'inserimento della libertà di informare e di essere informati fra i principi fondamentali della costituzione da parte della corte non è avvenuta attraverso un riferimento univoco all'art. 21 della costituzione. La corte costituzionale ha, anzi, operato una lettura assai più vasta di quei diritti ritenendo che essi siano parte di quegli specifici principi fondamentali che sono enunciati nella prima parte della costituzione ed, in modo particolare, del principio pluralista e di quello democratico.

Per quanto riguarda il principio pluralista, la giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto l'esistenza di un nesso inscindibile fra i diritti dell'informazione e tale principio principalmente in riferimento ai diritti inviolabili dell'uomo (art. 2 Cost.), ed alla doverosa promozione della cultura, intesa come pieno sviluppo della personalità umana (art. 9 Cost.). Per quanto riguarda il principio democratico, la corte costituzionale ha, invece, ritenuto che questo principio debba ritenersi connesso alla materia dell'informazione in base all'art. 3 della costituzione, che collega la doverosa promozione pubblica dello sviluppo culturale e sociale dei cittadini alla loro partecipazione alla organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

In altri termini, il diritto ad informare e ad essere informati si presentano, dunque, nell'esperienza più recente come diritti costituzionalizzati ma anche come diritti soggetti ad una interpretazione giurisprudenziale particolarmente estensiva, della quale il legislatore non potrà non tener conto, grazie, ed a causa, della loro qualificazione come diritti fondamentali.

Questa vicenda si presenta del massimo interesse in quanto non risulta essere limitata al caso italiano. Da un lato, infatti, anche le corti costituzionali di altri paesi europei hanno compiuto lo stesso percorso della corte italiana dichiarando le libertà attinenti a quella di manifestazione del pensiero garanzie essenziali per il rispetto degli altri diritti e delle altre libertà costituzionali in

misura tale da richiedere l'intervento attivo del potere pubblico al fine di garantire l'effettività di quei fondamentali diritti (cfr., in questo senso, il Conseil Constitutionnel francese nella decisione 10 |11 | 1984). Su un altro versante, un percorso analogo è stato compiuto dalla corte di giustizia dell'Unione Europea attraverso lo sviluppo della sua dottrina dei "principi costituzionali comuni " degli Stati membri. Dottrina che si sostanzia in una elaborazione giurisprudenziale dei principi fondamentali delle vigenti costituzioni europee in attesa dell'entrata in vigore di quella "costituzione europea" che è stata approvata, infine, con il recente trattato di Roma e che attende di essere ratificata dai parlamenti o dal corpo elettorale dei Paesi dell'Unione.

2. La determinazione dell'assetto del servizio pubblico in Italia fra la corte costituzionale ed il parlamento: la prevalenza dell'interpretazione giurisprudenziale.

La definizione della materia che riguarda le trasmissioni radio e televisive come una materia nella quale l'interpretazione giurisprudenziale della costituzione è destinata ad assumere un peso prevalente, è confermata dalla vicenda italiana fino dalla prima sentenza della corte costituzionale riguardante la legittimità costituzionale della riserva assoluta allo stato delle trasmissioni in questo settore.

E' noto che fino alla sentenza n. 59 del 1960 della corte costituzionale, il sistema radiotelevisivo italiano si basava, da un lato, sulla normativa, vetusta ed autoritaria, del codice postale del 1936 e, da un altro, su una soluzione più moderna individuata, a partire dal 1927, per la concessionaria del servizio che era costituita nella forma della società di capitale e che fu ricondotta, dopo il 1933, nell'ambito delle partecipazioni statali di proprietà dell'IRI.

La legge ed i contenuti dell'atto di concessione (l'ultima, quella del '52) sembravano, dunque, ancora a più di dieci anni dall'entrata in vigore della costituzione, essere le fonti necessarie e sufficienti all'intera regolamentazione del settore. In questa situazione, la sentenza n. 59 irruppe portando, invece, al cuore del sistema la costituzione ed i suoi principi. Se è vero, infatti, che la corte dichiarò costituzionalmente legittimo il monopolio pubblico del servizio radiotelevisivo, ritenendo che esistessero, in questa materia, dei limiti naturali al pluralismo a causa della limitatezza delle "bande di frequenza", la legittimazione ex art. 43 Cost. del monopolio radiotelevisivo venne accompagnata dalla posizione, in questo settore, di due principi fondamentali della costituzione che saranno destinati ad esercitare un ruolo determinante nel futuro.

I due principi fondamentali erano quelli, già richiamati, del pluralismo e della partecipazione democratica, in quanto la corte collegò, già in quella lontana sentenza, il servizio pubblico all'esercizio di una funzione costituzionalmente prescritta: quella di riflettere e di accrescere il pluralismo politico, culturale e sociale esistente nel paese e di svolgere il dovere di informazione della opinione pubblica con criteri obbiettivi e partecipativi. In altri termini, dunque, è importante osservare, a proposito della concezione del servizio pubblico nel settore radiotelevisivo, che la corte costituzionale collegò, fin dall'inizio, i caratteri e la necessità del servizio pubblico non soltanto alla questione del monopolio o del pluralismo che appaiono possibili in questo settore ma alla necessità di attuare attraverso quel servizio i due principi fondamentali del pluralismo e della partecipazione democratica.

Fu proprio questo punto essenziale che riguarda l'interdipendenza fra servizio pubblico, democrazia e pluralismo, il puntello che consentì alla corte costituzionale non solo di riaffermare ma anche di sviluppare i principi riguardanti la RAI ed il servizio pubblico quando, nel 1970, una più approfondita riflessione tecnica impedì alla corte costituzionale di continuare a fondare l'assolutezza del monopolio pubblico nel settore sul presupposto della limitatezza delle bande di frequenza e la condusse ad aprire non solo alla ritrasmissione privata delle emittenti estere ma anche alle emittenti private via cavo a livello locale.

Le due sentenze del 1974 (n. 225 e n. 226) consentirono, infatti, alla giurisprudenza della corte costituzionale uno sviluppo decisivo, in quanto, da un lato, la dialettica fra monopolio pubblico e la presenza dei privati non venne più collegata ad un'arcaica, ed infondata, carenza di risorse naturali (le bande di frequenza) , ma ad una più moderna considerazione della concreta possibilità di esistenza in questo settore di un vero pluralismo (il "pluralismo esterno") in base ai costi ed alle risorse del mercato radiotelevisivo. Sul fronte, invece, del servizio pubblico, la giurisprudenza della corte rafforzò quella convinzione della sua peculiarità, e, quindi, della sua necessità che era stata già delineata nella sentenza del 1960.

La legittimità costituzionale della riserva allo Stato delle trasmissioni via etere a livello nazionale venne, infatti, salvata dalla corte solo attraverso l'enunciazione di una serie di condizioni per il legislatore futuro, che si posero, e si pongono anche oggi, come vere e proprie norme costituzionali additive. Alcune di queste norme, o condizioni, che verranno chiamate come i "sette comandamenti" della corte, risultano essere così stringenti da delineare un vero e proprio "status" del servizio pubblico che differenzia nettamente gli obblighi di questo da quelli che possono gravare su tutti gli altri operatori del settore che, pure, attraverso l'autorizzazione, sono chiamati a gestire un servizio che è comunque qualificato da un "preminente interesse generale".

Non mi riferisco, qui, tanto o soltanto alle condizioni di ordine politico che vengono poste, in base al principio democratico, a fondamento dei rapporti fra la concessionaria e lo Stato (la sottrazione dei suoi vertici dall'influenza predominante dell'esecutivo, la presenza necessaria del parlamento nella formulazione delle direttive generali), ma anche a quei principi sul "pluralismo interno" che fanno assomigliare gli obblighi della RAI quasi all'esercizio di una funzione pubblica, delineata dalla garanzia necessaria della imparzialità e della completezza dell'informazione, dal necessario rispetto di tutte le tendenze culturali e politiche, e dalla conseguente, obbligatoria, tutela dell'autonomia professionale dei giornalisti e degli altri operatori dell'informazione all'interno della società concessionaria.

Di fronte a questo "corpo" di disposizioni, occorre rilevare, anzitutto, che a differenza della normale giurisprudenza della corte costituzionale, che è destinata a privare di efficacia ex post le norme dichiarate incostituzionali, esso attendeva di essere attuato dal legislatore, in base agli inderogabili indirizzi chiaramente contenuti nella sentenza n. 225 e n. 226 che costituivano la massima espressione di quella categoria nuova di sentenze che la dottrina qualificò come "sentenze monito".

In effetti il parlamento degli anni del centro sinistra si dimostrò rispettoso, per un verso, delle indicazioni della corte sia in relazione agli ambiti più ristretti nei quali la legge n. 103 del 1975 restrinse il monopolio pubblico della "radiodiffusione circolare", sia in relazione al "deciso riequilibrio nei rapporti fra governo e parlamento in ordine all'esercizio dei poteri di indirizzo e controllo sul servizio radiotelevisivo, per la gestione del quale si riconfermava la concessione in esclusiva ad una società a totale partecipazione pubblica (P. Caretti) ,sia per quanto riguardava gli altri punti fondamentali del sistema quali il diritto di accesso, il ruolo delle regioni, i principi di finanziamento della concessionaria, che vennero basati sul canone e sulla pubblicità commerciale i cui limiti erano regolamentati dalla stessa legge.

Tuttavia, e per un altro verso, il parlamento non seppe, o, meglio, non volle cogliere il messaggio più importante che risultava dai "moniti" della corte costituzionale.

I partiti che erano rappresentati in parlamento, e, fra questi, principalmente quelli di governo, erano, infatti, interessati quasi essenzialmente ad una riaffermazione quanto più ampia possibile del monopolio pubblico nel sistema radiotelevisivo in base alla convinzione di poter esercitare, così, un'influenza determinante sulla concessionaria e, attraverso di essa, sull'opinione pubblica. In realtà, ed invece, la questione del monopolio pubblico costituiva solo uno dei fondamenti della complessiva impostazione del modello costituzionale del sistema radiotelevisivo costruita dalla corte. Se è vero, infatti, che la corte costituzionale aveva giustificato il monopolio pubblico in questo settore in base all'inesistenza, ed all'impossibilità, nelle condizioni date, di una vera libera concorrenza, è anche vero che essa si era lasciata, e proprio in base a questo ragionamento, una via di uscita qualora si fossero realizzate condizioni di mercato diverse da quelle esistenti nel 1974.

Nella ricostruzione dei principi costituzionali effettuata dalla corte nulla autorizzava, però, a pensare che qualora un libero mercato si fosse realizzato sarebbero venute meno le ragioni dell'esistenza di un servizio pubblico costituito in base agli obblighi così minuziosamente elencati nella sentenza n. 226. Il parlamento del 1975, invece, costruì un modello di servizio pubblico e di società concessionaria chiaramente orientati in senso monopolistico, come è dimostrato dalla mancata distinzione della natura e della funzione delle risorse finanziarie, canone ed entrate pubblicitarie, tutte destinate a finanziare un servizio di diffusione radiotelevisiva di tipo "universale" proprio perché unico: cosicché sembrava privo di senso pensare, in quel quadro, ad un servizio pubblico "generalista" o distinto fra diverse missioni.

E' vero, come ha rilevato Paolo Caretti, che fra il 1976 ed il 1985, la corte costituzionale sembrò orientare la sua giurisprudenza in questa materia più a mettere a fuoco le condizioni costituzionalmente rilevanti per l'esistenza di una libera concorrenza e di un mercato nel settore radiotelevisivo che non a portare avanti le sue precedenti riflessioni sulle caratteristiche del servizio pubblico.

E', però, anche vero che questa giurisprudenza "liberalizzatrice" della corte fu in parte dovuta ad evidenti ed oggettive condizioni del mercato locale anche per le diffusioni via etere (sentenza n. 202 del 1976), in parte (sentenza n. 148 del 1981) apparve dedicata a rendere più stringenti i moniti rivolti al legislatore perché si potesse giungere alla costruzione di un mercato radiotelevisivo "tale da eliminare ogni rischio del formarsi di situazioni di monopolio od oligopolio privato", anche a causa di una non equa distribuzione delle risorse disponibili.

Come è noto, il parlamento sarebbe arrivato, invece, nel 1985, ad approvare un sistema radiotelevisivo modellato proprio sull'oligopolio, anche se si trattava di un oligopolio misto fra il pubblico ed il privato. Anche in questo caso, come a trovare un falso equilibrio fra il servizio radiotelevisivo in mano pubblica e l'apertura ai privati (meglio al privato) nella diffusione radiotelevisiva anche nazionale, l'art. 1, 3° c., della legge n. 10 del 1985 avrebbe ribadito quella nozione di servizio pubblico che era stata fatta propria dalla legge del 1975 senza preoccuparsi della coerenza di una dimensione "universale" del servizio e del conseguente assetto della società concessionaria in un contesto che risultava, ormai, radicalmente cambiato rispetto agli Anni 70.

Nel rapporto conflittuale, più che dialettico, che si instaura fra il 1985 e l'approvazione della legge n. 223 del 1990 fra la corte ed il parlamento è difficile dire chi finisca per prevalere nella costruzione del nuovo sistema radiotelevisivo.

Apparentemente, infatti, i nuovi moniti che sono contenuti nella sentenza n. 826 del 1988 vengono recepiti dal legislatore che accetta di costruire i limiti antitrust come limiti che valgono non per il solo mercato radiotelevisivo ma per tutto il settore della grande comunicazione ed accetta, per questa parte, la ineccepibile ricostruzione operata dalla corte costituzionale della libertà di manifestazione del pensiero e di quella di informazione come diritti da attuare in una dimensione unitaria. Tuttavia, è proprio nel settore più sensibile, quello televisivo, che il parlamento non ottempera ai moniti della corte, che aveva già indicato nel 1986 l'incostituzionalità di soluzioni legislative che consentissero l'instaurarsi, in queste materie, di "posizioni dominanti". Questo punto è destinato a rimanere come il cuore del contrasto che opporrà il parlamento alla corte dal 1990 al 2002 e porterà a due sentenze non più di monito ma di dichiarazione di incostituzionalità (anche se temporaneamente "condizionate") nel 1994, sentenza n. 420, e nel 2002, sentenza n. 420, che colpiranno non solo la legge n. 223 ma anche la nuova normativa antitrust del 1997 (legge n. 249).

Rispetto a questo scontro che ha un termine, crediamo provvisorio, nel 2002, sembra meno rilevante un'altra differenziazione fra il parlamento e la corte che può invece assumere in un prossimo futuro, come dirò in fine, grande rilievo.

Si tratta del tema che riguarda il servizio pubblico nel settore radiotelevisivo e, in questo quadro, della natura e delle caratteristiche della società concessionaria.

Ho già ricordato, a questo proposito, la differenziazione introdotta dalla corte nelle due sentenze del 1976 fra il complesso dell'informazione radiotelevisiva, considerata come servizio di interesse generale e fonte, perciò, di obblighi che gravano su tutti i soggetti che operano nel sistema, e la funzione informativa che la corte attribuisce, invece, in maniera specifica al servizio pubblico.

Dopo l'entrata in vigore della legge n. 223 del 1990, la corte costituzionale non si è pronunciata sulle scelte operate dal parlamento in tema di struttura della società concessionaria e dei suoi organi di governo, sugli obblighi specifici posti dalla legge a carico della concessionaria (ivi compresi quelli quantitativi e di contenuto dei programmi), mentre ha implicitamente aderito (sentenza n. 284 del 2002) a quel modello di progressiva specificazione dei compiti del servizio pubblico radiotelevisivo (legge, concessione, contratto di servizio) compiuto dalla legge del 1990 e confermato oggi dalla legge Gasparri.

La corte non ha nemmeno avuto modo di pronunciarsi sui più generali criteri di strutturazione della società concessionaria che sono rimasti inalterati dalla legge n. 103 del 1975 fino alla legge Gasparri: su quel modello, cioè, di servizio pubblico "generalista" che risulta confermato anche dalla legge oggi in vigore, in base alla (obbligatoria) diversa imputazione delle entrate della concessionaria ai compiti di servizio pubblico o al più generale servizio radiotelevisivo, del tutto assimilato ed assimilabile a quello svolto dai soggetti privati.

Può essere che il mancato intervento della corte su questi problemi sia derivato dalla oggettiva impossibilità di affrontarli a causa della mancanza di richieste adeguate contenute nelle ordinanze di rimessione da parte dei giudici a quo. Può anche darsi che la disparità che esiste nella giurisprudenza della corte fra il suo ammirevole attivismo in tema di pluralismo e di mercato ed i problemi che riguardano, invece, il servizio pubblico sia dovuta ad un tipico self restraint della corte costituzionale, che è stata finora disponibile ad accettare l'impostazione data dal legislatore alla struttura ed agli obblighi della concessionaria (ivi compreso il modello generalista) in considerazione del non realizzato pluralismo nel sistema radiotelevisivo italiano. In altri termini, è comprensibile che di fronte alla perdurante esistenza di posizioni dominanti, la corte costituzionale abbia preferito non entrare troppo nel merito della struttura e dei compiti della concessionaria per non indebolire troppo il "polo" pubblico rispetto a quello privato.

In questo quadro, la corte costituzionale ha avuto, però, modo di enunciare anche alcuni principi fondamentali che riguardano la struttura ed i compiti della concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo quando è stata chiamata a pronunciarsi sia sulla ammissibilità del referendum abrogativo delle norme che stabilivano la totale partecipazione pubblica al capitale della concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo (referendum abrogativo del 1995) che sulla legittimità costituzionale del canone di abbonamento radiotelevisivo.

Per quanto riguarda il referendum, la corte pur dichiarandolo costituzionalmente ammissibile, evitò di prendere una posizione precisa sulle conseguenze dell'eventuale abrogazione degli articoli n. 2, 2 della legge n. 223 e dell'art. 1 del D.L. n. 408 del 1992. E' molto probabile che su questa decisione (sentenza n. 7 del 1995) abbia influito in maniera determinante la formulazione "non manipolativa" di quel referendum, i cui esiti positivi non potevano che portare, così come poi effettivamente accadde, solo alla eliminazione del vincolo riguardante l'obbligo della totalitaria appartenenza del capitale della concessionaria (ergo, della Rai) allo Stato o ad altri soggetti pubblici: rimanendo, però, del tutto possibile il possesso da parte della mano pubblica della maggioranza di quel capitale.

Molto più illuminante sulla necessità dell'esistenza di un servizio pubblico e sulla conseguente struttura del concessionario appare, invece, la sentenza riguardante il canone radiotelevisivo.

In base alla sentenza n. 284 del 2002, il passaggio dal monopolio pubblico ad un, pur limitato, pluralismo televisivo non ha parificato, infatti, gli obblighi che gravano sui soggetti che operano nel sistema radiotelevisivo, in quanto chi esercita il servizio pubblico deve svolgere necessariamente "...una funzione specifica per il miglior soddisfacimento del diritto dei cittadini all'informazione e per la diffusione della cultura", con la positiva finalità "...di ampliare la partecipazione dei cittadini e di concorrere allo sviluppo sociale e culturale del paese...". Per questi motivi, secondo la corte, il servizio pubblico radiotelevisivo non può essere esercitato che "...da un apposito concessionario rientrante, per struttura e modo di formazione degli organi di indirizzo e di gestione, nella sfera pubblica".

3. Il servizio pubblico radiotelevisivo nell'ordinamento comunitario e nella legislazione dei principali paesi europei: il raffronto con la situazione italiana.

In base a quanto ho detto finora, si può dunque ritenere che il lungo confronto fra il parlamento e la corte costituzionale ha finito per far assumere al sistema radiotelevisivo italiano un carattere notevolmente contraddittorio: contrassegnato, anzitutto, da un limitatissimo pluralismo della emittenza nazionale sia nelle trasmissioni via etere che in quelle via satellite o cavo. A causa del non realizzato pluralismo, che tende a diventare, ormai, un dato di sistema, il legislatore ha dovuto, anche per la pressione della corte, approvare una serie di regole di comportamento anche molto stringenti (si vedano, ad esempio, quelle in materia di par condicio nella propaganda elettorale,) che obbligano talvolta tutti i soggetti che operano nel sistema, più spesso la sola concessionaria pubblica. Dato che questi caratteri dell'ordinamento delle telecomunicazioni sono stati confermati dalla recente legge del 2004, è possibile operare da subito un breve confronto fra la situazione italiana e le regole che risultano essere vigenti nell'ordinamento europeo e nei principali "mercati" radiotelevisivi dei paesi europei.

Per quanto riguarda la normativa comunitaria, occorre tenere presente che il suo sviluppo non poteva che partire da quella norma di base che autorizza, ed impone, l'attivazione dei poteri comunitari quando essi si trovano di fronte all'esercizio di attività che abbiano un contenuto economico: la tutela della libertà di concorrenza, stabilita dall'art. 86 del Trattato CE.

In questo quadro, l'Unione Europea ha dovuto, però, introdurre una distinzione fra l'assolutezza della tutela dei principi della concorrenza fra le imprese che sono caratterizzate dall'esercizio di un'attività avente rilievo solo sul terreno economico ed i principi più particolari che non potevano non valere per quei soggetti che esercitano in forma imprenditoriale "servizi di interesse economico generale": il che ha portato ad interpretare l'art. 86, 2° c., del Trattato nel senso che "...le eccezioni alla comune sottoposizione delle imprese alle regole del mercato concorrenziale (dovevano essere) correlate e proporzionate alla loro effettiva necessità per l'adempimento...del compito ricevuto dai pubblici poteri..." (D. Sorace, D.P., 2000).

Il fatto è che la nozione di servizi di interesse economico generale, così come quella di servizio pubblico o di servizio universale, appaiono essere collegate, come ha ricordato ancora Domenico Sorace, ad un potere che è quello pubblico-nazionale, che si ritiene competente a valutare sia dell'esistenza di un interesse socialmente rilevante in quel settore, sia del contenuto delle norme atte a regolarlo. In conseguenza, gli attriti fra gli stati membri ed i poteri comunitari in tema di interpretazione dell'ampiezza della competenza comunitaria sui servizi pubblici nazionali, hanno portato, infine, alla riformulazione, attraverso il Trattato di Amsterdam del 1997, dell'art. 16 del Trattato CE che riconosce, ora, che "...al fine di consentire la promozione della coesione sociale e territoriale è attribuita un'importanza particolare ai servizi di interesse generale, rispetto ai quali la Comunità e gli Stati Membri provvedono secondo le rispettive competenze e nell'ambito del Trattato perché tali servizi funzionino in modo adeguato al raggiungimento dei loro fini. ". Proprio per chiarire che la nuova formulazione dell'art. 16 consisteva, in realtà, in un riconoscimento delle prevalenti competenze degli Stati membri proprio in relazione al punto più sensibile fra i servizi di interesse generale, cioè il sistema di diffusione radiotelevisiva, il protocollo annesso al Trattato di Amsterdam, ha convenuto che quel sistema si collega alle esigenze democratiche, sociali e culturali proprie di ogni Stato membro ed alla necessità di preservare, all'interno di ognuno di essi, il pluralismo dei mezzi di comunicazione. In conseguenza, il protocollo ha riconosciuto la competenza degli Stati membri a provvedere al finanziamento pubblico del servizio di diffusione radiotelevisiva nella misura che è necessaria ai fini della missione di servizio pubblico che risulta conferita ai singoli soggetti, salvo il rispetto della libertà degli scambi e della concorrenza nella Comunità.

Come si può constatare, i principi della normativa comunitaria non sembrano essere molto diversi dai principi di fondo che si sono instaurati nel sistema italiano, da quando l'art. 1 della legge n. 223

del 1975 stabilì che tutta la diffusione di programmi radiotelevisivi costituiva, in base all'art. 43 Cost., un servizio pubblico essenziale in quanto volta ad ampliare la partecipazione dei cittadini, mentre il servizio pubblico radiotelevisivo si caratterizzava per il fine aggiuntivo di garantire "l'indipendenza, l'obiettività e l'apertura alle diverse tendenze politiche, sociali e culturali, nel rispetto delle libertà garantite dalla costituzione".

Sembra, dunque che, anche se non è possibile tracciare una nozione uniforme di servizio pubblico europeo, si possa, però, ritenere che in realtà "... i contenuti che le legislazioni dei diversi paesi europei tendono a garantire attraverso la definizione concreta della missione di diritto pubblico, fanno frequente riferimento proprio a questi profili." (R. Zaccaria, 2003).

Non a caso, infatti, nella più recente legislazione italiana, a partire dalla legge n. 223 del 1990 per finire all'art. 17 della Legge Gasparri, il parlamento ha cercato di valorizzare sempre di più, per usare le parole del Protocollo, la "missione di servizio pubblico" infittendo, da un lato, direttamente nella legge gli obblighi della concessionaria del pubblico servizio e prevedendo, per di più, che obblighi più particolari dovessero essere stabiliti, in parte attraverso la concessione e per mezzo di un contratto nazionale di servizio (da stipularsi fra la SPA concessionaria ed il ministero delle comunicazioni) e in parte attraverso contratti regionali: da stipularsi alla scadenza di ogni triennio e da verificarsi, in quanto all'adempimento dei compiti, da parte dell' Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (cfr. artt. 17, 19, L. Gasparri).

Più di recente, tuttavia, i poteri comunitari hanno voluto rientrare in campo nella materia della diffusione radiotelevisiva non sul tema della definizione della missione di servizio pubblico, ma sul problema del finanziamento pubblico dei soggetti concessionari del servizio stesso.

La questione è stata, infatti, affrontata direttamente dalla Commissione nella Direttiva 2000/ 52 CE del 26 luglio 2000 in risposta ad alcuni ricorsi di emittenti private che lamentavano la violazione del principio di concorrenza a causa dei finanziamenti statali alle emittenti pubbliche.

Nella Direttiva, la Commissione, pur rifiutandosi di dichiararsi competente nel valutare la compatibilità delle scelte dei paesi membri e la proporzionalità fra il finanziamento pubblico ed i contenuti specifici della "missione di servizio pubblico", ha, tuttavia, introdotto, in questa materia, un obbligo di contabilità separata fra le attività di mercato, che le emittenti pubbliche sono legittimate a compiere, ma in condizione di parità con le emittenti private, e quelle attività di pubblica missione alle quali soltanto debbono essere imputati i finanziamenti pubblici. In realtà, e come è stato notato (A. Parigi, 2003), la Direttiva ha introdotto anche una ulteriore prescrizione, che ha chiarito il senso della separata contabilità: quella di rendere meglio distinguibile il duplice ruolo, commerciale e "di missione", delle emittenti pubbliche, attraverso lo svolgimento delle due distinte attività per mezzo di separate articolazioni societarie o aziendali.

Questo punto di approdo del diritto comunitario, che entrerebbe in contrasto con la struttura di tipo "generalista" di alcune concessionarie europee, e fra queste la nostra, sembra però in netta contraddizione con una Risoluzione del Consiglio dell'Unione Europea appena precedente (25, 1, 99) nella quale il Consiglio ha ritenuto che la missione di servizio possa essere riferita all'intera programmazione delle emittenti pubbliche che sono tenute ad "offrire un'ampia gamma di programmi...alla società nel suo insieme..." (A. Parigi, cit.).

In realtà, se si tiene presente il panorama europeo delle emittenti pubbliche, ci si rende conto che pur in un quadro comune di generali principi, che riguardano il riconoscimento del carattere di servizio pubblico generale a tutta l'attività di diffusione radiotelevisiva, la posizione di obblighi generali attraverso la legge, il riconoscimento della necessaria esistenza, all'interno del sistema, di un servizio pubblico, destinatario di regole ed obblighi speciali e la necessità di forme di controllo indipendenti attraverso sistemi di Authorities, gli Stati europei si riconoscono, in realtà, un'ampia competenza in ordine alla regolamentazione di questa materia.

E' vero, ad esempio, che il riconoscimento della necessaria esistenza di un servizio pubblico, destinatario, come ho appena detto, di obblighi speciali di rispetto e tutela del pluralismo politico, culturale e sociale, porta tutti i principali pesi europei ad attribuire alla mano pubblica lo svolgimento di questo servizio. E' anche vero, però, che si rilevano forme assai differenziate di natura giuridica e di struttura fra i soggetti concessionari del servizio pubblico.

Su questo punto, le soluzioni variano anche in rapporto alle caratteristiche di fondo degli ordinamenti nazionali. In Germania, ad esempio, l'esistenza di un sistema federale, ha configurato il servizio pubblico attraverso una rete di enti pubblici, costituiti dai Lander in forma di Anstalten, e per mezzo di due canali federali, aventi anch'essi natura sostanzialmente pubblica, anche se in forme diverse: in quanto il primo, l'ARD, è una "comunità lavorativa" costituita dagli enti di diritto pubblico radiotelevisivo, mentre lo ZDF è stato istituito direttamente dai Lander attraverso un accordo interregionale. La natura pubblica anche soggettiva del servizio pubblico tedesco si accompagna, come si vede, ad un vasto pluralismo anche se contrassegnato da un carattere fortemente territoriale.

La vocazione storicamente centralistica dell'ordinamento francese ha portato, invece, ad una configurazione del servizio pubblico direttamente gestita dallo Stato, al quale appartiene (in base alla legge n. 719 del 2000) la diretta proprietà del capitale di una Holding, France Television, che risulta, a sua volta, proprietaria delle azioni di tre imprese di emissione: France 2, France 3, La Cinquième, mentre appartiene direttamente allo Stato anche il capitale di Radio France. La legge n. 719 ha però, anche se indirettamente, portato, nello spirito della Direttiva n. 2000/52, ad un'accentuazione delle diverse missioni delle emittenti pubbliche francesi, fra le quali una sola, France 2, svolge, oggi, un ruolo generalista, mentre è attribuita a France 3 una missione regionale e locale ed a La Cinquième un ruolo essenzialmente culturale ed educativo. Meno articolato risulta essere, invece, da questo punto di vista, il servizio pubblico radiotelevisivo spagnolo, caratterizzato dalla attribuzione del servizio stesso ad un ente pubblico l'RTVE, che controlla due società che hanno competenza, l'una nel settore radiofonico (Radio Nazionale di Spagna), l'altra in quello televisivo (Televisione Spagnola). "Generalista", infine, per tradizione risulta essere, in base al Television Act del 1954, alla Royal Charter ed agli Agreements anche il servizio pubblico esercitato dalla forse più illustre emittente pubblica europea: la British Broadcasting Corporation, che ha natura essenzialmente pubblica.

In queste diverse situazioni, problemi particolari possono porsi in quei sistemi nei quali la concessionaria pubblica ha la natura di una società di capitali. In questi casi, la legge potrebbe autorizzare una concessionaria costituita in forma di SPA a mettere sul mercato parte del capitale o anche la sua totalità. Come dirò fra poco, in riferimento alla recente esperienza italiana, una "privatizzazione" totale o prevalente delle concessionarie del servizio pubblico sembra porre non pochi problemi in riferimento non soltanto ai principi fondamentali della costituzione del nostro Paese, ma anche in relazione a quei principi generali europei che ho sopra richiamato. Questa considerazione spiega perché una vera privatizzazione delle emittenti pubbliche appare essere del tutto eccentrica nel panorama europeo. A parte il caso italiano, nell'Unione Europea la sola Danimarca sembra sul punto di cedere ai privati il capitale di TV 2: ma c'è da osservare (C. Rognoni) che si tratta, in questo caso, di un canale pubblico con "missione" commerciale, in un sistema che appare contrassegnato da una sufficiente libertà di concorrenza.

Non sembra, invece, in contrasto con nessun principio generale la vendita, da parte delle concessionarie pubbliche, dei loro impianti di sola trasmissione dell'emittenza. Come è stato recentemente ricordato (Rognoni) questo è, infatti, già accaduto in Gran Bretagna ed in Finlandia e stava per accadere, nella scorsa legislatura, in Italia: sul giusto presupposto che l'ingresso dei privati nella rete degli impianti di trasmissione non sembra ledere in nessun modo il pluralismo o risultare limitativo di quegli obblighi specifici di metodo e di contenuto che gravano sulle programmazioni di competenza delle emittenti pubbliche.

4. La Legge Gasparri e la privatizzazione della RAI.

Il tema della “dismissione della partecipazione dello Stato nella RAI Radiotelevisione italiana SPA”, come si esprime il titolo dell’art. 21 della Legge Gasparri, rinvia ad alcuni problemi già accennati nel testo di questa relazione, ma pone anche alcune questioni specifiche di notevole complessità.

E’ evidente, anzitutto, che la norma che prevedeva l’avvio del procedimento per l’alienazione della partecipazione dello Stato nella RAI entro il 31 gennaio 2004, mediante offerta pubblica di vendita, e ne prescrive la “...completa alienazione “ (articoli 21, 3 e 20, 3 della legge in vigore) deve essere esaminata tenendo conto, anzitutto, della sua coerenza con la natura giuridica della società concessionaria.

Da questo punto di vista, e senza poter scendere nel dettaglio del problema, sembra che si possa affermare con sufficiente sicurezza che la RAI sembra avere certamente, anche in base all’atto sul quale si fonda la sua costituzione, natura privata. Questo, anche se la sua qualificazione come società per azioni di interesse nazionale in base all’ art. 2461 c.c. e la diretta regolamentazione della sua struttura e della sua attività non solo da parte della legge, ma più complessivamente anche da parte della “ filiera” rappresentata dalla concessione e dai contratti di servizio, inducono a ritenere che la natura privata della RAI non esclude un suo rilievo pubblicistico. In altre parole, di fronte ad un “ ente privato di interesse pubblico “ (per richiamare una definizione di M.S. Giannini) come è la RAI, sembra non solo che si debba sempre tener presente che la disciplina propria delle SPA può essere applicata alla RAI solo per quegli aspetti che non sono regolati dalla normativa speciale (Borgioli, 1986), ma ricordare anche tale “ normativa speciale” è rappresentata anche da quei principi fondamentali che sono stati elaborati da quarantacinque anni di giurisprudenza della corte costituzionale e che appaiono destinati a giocare, anche in futuro, un ruolo decisivo in ordine alla struttura ed alla “ missione” della concessionaria.

D’altra parte, questa sembra essere anche la convinzione espressa dalla stessa corte costituzionale nella già citata sentenza n. 7 del 1995 che dichiarò l’ammissibilità del referendum per l’abrogazione della totale proprietà da parte dello Stato del capitale della RAI: sentenza che dichiarò il referendum ammissibile proprio in riferimento alla “ specialità del complessivo regime giuridico del servizio pubblico esercitato tramite la concessionaria: specialità connessa al raggiungimento di quei fini di interesse generale cui, in ogni caso, non può non ispirarsi lo svolgimento di tale servizio” .

Non ci sono dubbi sul fatto che nella “ specialità “ del complessivo regime giuridico del servizio pubblico, un ruolo centrale sia assunto dalla riserva esclusiva alla RAI del servizio pubblico radiotelevisivo (A. Pace, 1995, A. Parigi, cit.), riserva che appare oggi confermata dalla nuova legge di sistema (art. 20, 1), anche se limitatamente a dodici anni dall’entrata in vigore della legge.

La limitazione della riserva della concessione esclusiva alla RAI per soli dodici anni deve essere collegata, come è chiaro, alle già citate norme che prevedono un processo di progressiva alienazione del capitale dello Stato nella RAI; sicché è evidente che il legislatore ha previsto che entro tale termine si debba compiere la vendita almeno della maggioranza delle azioni che sono oggi in mano pubblica, in modo da trasformare la RAI da impresa oggettivamente pubblica in impresa soggettivamente privata. A quel punto, è chiaro che lo stato potrebbe porsi (previa riforma dell’art. 198 del codice postale), l’obiettivo di affidare la concessione per lo svolgimento del servizio pubblico alla RAI o ad un’altra società privata in una condizione di parità di concorrenza: come sarebbe imposto, a quel punto, non solo dalla logica ma anche dalle normativa europea che consente (art. 86 del Trattato) solo alle imprese pubbliche di essere titolari di diritti speciali ed esclusivi (A. Parigi, cit.).

Di fronte a questa impostazione nascono, come è evidente, alcune domande che riguardano, in sintesi, anzitutto la compatibilità di questa impostazione con quei principi sul pluralismo radiotelevisivo che sono stati sopra richiamati, in secondo luogo, la legittimità di affidare lo svolgimento della funzione di servizio pubblico radiotelevisivo ad una emittente avente una struttura effettivamente privata. Altre domande nascono, infine, relativamente alla coerenza interna, considerata sotto il profilo della ragionevolezza, delle norme sulla concessionaria che sono state poste dall’ultimo legislatore.

Per quanto riguarda il pluralismo, è superfluo richiamare qui l'impostazione della fondamentale sentenza della corte del 1988, la n. 826, se non per richiamare il fondamento dei suoi "moniti" sulla necessità di una legislazione antitrust in grado di evitare fenomeni oligopolistici dovuti a processi di concentrazione delle risorse a favore dei maggiori operatori del sistema dell'informazione. Da questo punto di vista, l'individuazione del "sistema integrato delle comunicazioni" ad opera della nuova legge non risolve il problema della concentrazione a causa, come è stato osservato da molti, del limite troppo alto della quota del 20 % del totale dei proventi che sono computati nel sistema, a causa dell'irragionevole ampiezza ed eterogeneità delle attività qualificate come inerenti alla "comunicazione". Da questo punto di vista, risulta anche discutibile la tutela del pluralismo che riguarda il principale mezzo di diffusione dei programmi radiotelevisivi, quelli irradiabili su frequenze terrestri, perché il limite (in sé ragionevole) del 20 % della programmazione riferibile ad un singolo soggetto emittente è rinviato alla attuazione del piano nazionale di assegnazione delle frequenze radiotelevisive in tecnica digitale. Su questo punto, non sembra, infatti, rilevare soltanto la certezza di una sufficiente diffusione nazionale della tecnica digitale, quanto il fatto che la legge non sembra prevedere efficienti limiti di concentrazione antitrust all'interno del nuovo settore digitale: cosicché i probabili fenomeni di concentrazione nelle trasmissioni digitali ad opera degli operatori che già detengono una posizione di predominio nelle frequenze terrestri potrebbero rendere del tutto inefficace il limite del 20 % previsto per le trasmissioni radiotelevisive su frequenze terrestri in ambito nazionale.

La mancanza di un sufficiente pluralismo nel sistema radiotelevisivo di oggi e, presumibilmente, in quello di domani, non è senza conseguenze per quanto riguarda la presenza necessaria di un servizio pubblico in questo settore e la configurazione della concessionaria del pubblico servizio.

La giurisprudenza della corte costituzionale è stata, infatti, sempre attenta a richiamare il nesso che non può non esistere fra la specialità del regime giuridico della RAI, intesa come concessionaria, e la tutela della libertà di informazione. Da questo punto di vista, quanto più si restringe la presenza di una vera concorrenza nell'informazione radiotelevisiva (pluralismo esterno), tanto più si rafforza l'esigenza di norme speciali che regolino la struttura ed il modus operandi della società concessionaria (pluralismo interno). Sono questi gli orientamenti che risultano non solo dal complesso della giurisprudenza della corte costituzionale in tema di servizio pubblico, ma in modo particolare da una recente, e già ricordata, sentenza (n. 284 del 2002) che ha ribadito come il concessionario del servizio pubblico debba rientrare nella sfera pubblica e per la struttura e per il modo di formazione dei suoi organi.

Starà alla corte di giudicare in futuro se il "pluralismo" previsto dalla legge Gasparri sia tale da assicurare l'esistenza di "...una sorta di servizio universale radiotelevisivo" (P. Caretti, cit.) nel quale la libertà di informazione sia automaticamente assicurata dalla concorrenza fra gli operatori del settore e dalla definizione, da parte della legge (si vedano, a questo proposito, principalmente l'art. 6, lett. a - e della legge vigente), di obblighi generali che gravano su di essi.

Che questa possa essere una soluzione a regime, valida sul piano costituzionale, c'è da dubitarne, e di questo è testimonianza anche una macroscopica contraddizione concettuale che è contenuta nella nuova legge di sistema.

E' noto, infatti, che la legge, e meritoriamente da questo punto di vista, rafforza, in base alle prescrizioni dell'art. 6, 4. 5. e dell'art. 17, gli obblighi della società concessionaria che vengono collegati non soltanto alla completezza ed all'obiettività dell'informazione (dovere, questo che risulta essere comune a tutti gli operatori del sistema), ma anche ad una dettagliata indicazione di finalità (dall'educazione alla promozione culturale e musicale attraverso un "numero adeguato" di ore di trasmissione "alle trasmissioni dedicate ai minori, dalla produzione di opere europee alla diffusione di trasmissione nelle lingue delle minoranze alloglotte, dall'accesso alle programmazioni all'articolazione in sedi territoriali). Di più, prendendo, forse, atto dell'insufficienza del pluralismo esterno realizzato nel nostro paese, l'art. 2. h della legge Gasparri ha riferito gli obblighi di pubblico servizio della concessionaria alla "complessiva programmazione anche non informativa della società concessionaria", con una formula che richiama a quella Risoluzione del Consiglio dell'Unione Europea che ho ricordato nel paragrafo precedente.

Da questo punto di vista, la legge vigente ha ben applicato la costituzione, anche per come questa è stata interpretata dalla corte, in quanto ha collegato lo svolgimento del servizio pubblico radiotelevisivo allo svolgimento di una funzione servente dello stesso principio democratico.

E', però, evidente che obblighi di questo tipo non potrebbero essere imposti in futuro a soggetti privati per la palese inconciliabilità fra la libertà di impresa, che è tutelata dall'art. 41 della costituzione, e la profondità e la complessità dei vincoli che gravano sul servizio pubblico e che sono così ben elencati dalla legge vigente. Oltretutto, come è stato ben osservato da Andrea Parigi, appare anche dubbio che la elencazione degli obblighi di pubblico servizio contenuta nella legge, nella concessione e nei contratti di servizio possa essere considerata esaustiva dei doveri del concessionario. La connessione sottolineata dalla corte fra servizio pubblico e principio democratico pone, infatti, il concessionario in rapporto diretto con le esigenze e le trasformazioni della nostra società imponendogli non soltanto doveri specifici ma anche l'adempimento di un " metodo democratico " nell'adempimento di questi. Metodo che può essere soltanto proprio di un concessionario dotato di una soggettività pubblica in senso sostanziale.

Queste conclusioni sembrano, dunque, rendere molto stringente il monito della corte costituzionale riguardante la necessaria appartenenza del concessionario alla sfera pubblica per la struttura e per il modo di formazione dei suoi organi.

Da questo punto di vista, la già ricordata dismissione totale della partecipazione dello Stato nella RAI, non sembra coerente con i principi costituzionali.

E' vero che l'art. 21 della legge di sistema cerca di prefigurare una SPA nella quale il capitale azionario dovrebbe essere estremamente " diffuso " in base al limite massimo del possesso dell'un per cento delle azioni della nuova SPA e del limite dei patti di sindacati di voto o di blocco a chi possieda meno del 2 % del capitale azionario. E' vero che l'art. 21 della legge regola l'elezione (a regime) degli amministratori mediante un voto di lista di tipo estremamente proporzionale, in base alla logica politica del " sistema di Hondt ". E' vero che i requisiti per la nomina nel consiglio di amministrazione ricordano quelli che riguardano le nomine dei giudici costituzionali. E' vero che la nomina del presidente del consiglio di amministrazione è condizionata al placet dei due terzi dei membri della commissione parlamentare di indirizzo e vigilanza.

Queste norme non sembrano, però, configurare una " specialità " del regime giuridico della RAI tale da ottemperare alle prescrizioni della corte costituzionale.

La estrema diffusione del capitale azionario non costituisce, anzitutto, di per sé sufficiente garanzia per evitare fenomeni di concentrazione o di conflitto di interessi. In secondo luogo, proprio l'estrema diffusione del capitale azionario metterebbe i consiglieri di amministrazione nelle mani dei loro elettori, facendo di essi dei meri portatori di interessi, più o meno diffusi, che la legge si astiene dal qualificare, salvo che per l'irrelevante, e del tutto simbolica, riserva a favore degli abbonati in regola con il pagamento del canone. In terzo luogo, la polverizzazione del capitale azionario impedirebbe il formarsi, nel consiglio di amministrazione, di volontà ed indirizzi dotati di sufficiente certezza. Tutto questo, pare in palese contrasto con i fini fondamentali propri della " specialità " del regime giuridico della RAI che si è fondata, fino ad ieri, da un lato, sulla sua soggettività privata per consentirle di competere da pari a pari con gli operatori privati del sistema radiotelevisivo, ma, dall'altro, anche sulla prevalente proprietà pubblica individuata, in Italia come in molti altri paesi europei, come un ancoraggio che pare in grado di creare un sistema di responsabilità, diretta o diffusa, dei membri degli organi della RAI nei confronti del sistema politico. Nel che si sostanzia un altro aspetto del rispetto del principio democratico.

In questa vicenda della privatizzazione della RAI un'altra strade avrebbero potuto essere seguite.

Una di queste avrebbe potuto essere la individuazione di un modello di fondazione, sul tipo di quelle bancarie, dotata di soggettività di diritto privato, ma con una regolamentazione e controllo ispirata da principi pubblicistici. Fondazione, al capitale della quale avrebbero potuto partecipare, nello spirito dell'art. 9 Cost., quei soggetti pubblici e privati che sono portatori di interessi specificamente culturali.

Una seconda, diversa, strada sarebbe stata anche percorribile: anche se questa sembra non essere immediatamente praticabile all'interno sistema italiano quale esso è oggi.

La legge Gasparri, infatti, privatizza la RAI nel rispetto di quella impostazione “ generalista “ delle sue reti e delle sue funzioni che hanno portato gli articoli 6 e 18 della legge a prevedere l’obbligo di una difficile contabilità separata fra le entrate di tipo commerciale ed i ricavi provenienti dal canone che debbono coprire soltanto gli oneri che derivano dalla fornitura del servizio pubblico.

E’ del tutto evidente che una RAI scorporata fra una rete finanziata dal solo canone ed altre reti a vocazione commerciale sarebbe stata ben più facilmente “ privatizzabile “: almeno in quelle reti nelle quali il servizio pubblico non viene svolto. In Italia, tuttavia, una soluzione di questo tipo risulta impossibile, proprio a causa del pluralismo non realizzato ed al conseguente, necessario, bilanciamento fra l’oligopolio pubblico e quello privato.

Anche questa contraddizione è lo specchio di una riforma che non funziona: perché fondata su presupposti di liberalizzazione del mercato che riguardano solo la RAI e non il complesso del sistema della diffusione radiotelevisiva.

Stefano Merlini

Le Autorità indipendenti. Costituzione Europea: il raccordo con le garanzie tutelate dalle costituzioni nazionali.

Apparentemente, la costituzione europea si occupa in maniera solo marginale del tema delle autorità indipendenti.

Per quanto riguarda, infatti, la materia della “ vita democratica dell’Unione “ e dei diritti fondamentali dei cittadini europei, solo l’art. I-50, che riguarda la protezione dei dati di carattere personale, prevede esplicitamente l’obbligo degli Stati membri di istituire autorità indipendenti, dalle quali dovrà essere garantito il rispetto della normativa europea (legge o legge quadro) in materia della “ protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale “.

Per quanto attiene, invece, alle politiche ed al funzionamento dell’Unione, ed in particolare la politica economica e quella monetaria, la costituzione europea istituisce, con gli articoli III- 77 e seguenti un’ autorità indipendente nella materia monetaria, la banca centrale europea, che si pone al centro di un sistema di altre autorità indipendenti, il sistema europeo di banche centrali e le banche centrali degli Stati membri, che agiscono, con diverse competenze, nella politica monetaria, in quella di cambio e di vigilanza sugli enti creditizi e sul complessivo sistema finanziario.

E’ importante cercare di capire in che senso, secondo la nuova costituzione europea, questi organi possono essere definiti “ indipendenti “.

Anzitutto, la qualifica di indipendenti che spetta a questo sistema di autorità deriva dalla constatazione che gli articoli I-29 e III-77 della costituzione attribuiscono direttamente al Sistema Europeo delle Banche Centrali la competenza, definita giustamente come “obbiettivo”, di mantenere la stabilità dei prezzi all’interno dell’intera Unione. La stabilità dei prezzi è, dunque, una finalità stabilita direttamente ex Constitutio, un obiettivo che la carta ha voluto sottrarre a quel potere di indirizzo politico che è proprio degli organi rappresentativi dell’ Unione (Consiglio,

parlamento europeo, Commissione) ed ha affidato, invece, ad organi politicamente non rappresentativi, che appaiono qualificati dalla una derivazione e da una competenza di tipo tecnico funzionale. E' vero che il Sistema europeo di banche centrali deve bilanciare il raggiungimento di questo obiettivo con il doveroso sostegno alle politiche economiche generali deliberate dall' Unione, ma tenendo conto che il sostegno a tali politiche è possibile soltanto " facendo salvo " il mantenimento della stabilità dei prezzi ". Come si vede, dunque, l'indipendenza del Sebc e della Bce sono qualificati, dalla costituzione europea anzitutto come un'indipendenza di tipo funzionale, volta a porre al riparo da interferenze politiche la scelta dei mezzi attraverso i quali il Sistema europeo delle banche centrali e la Banca centrale europea possono decidere di raggiungere quell'obiettivo di stabilità finanziaria che, come ho già detto, risulta essere stato direttamente costituzionalizzato dagli articoli I-29 e III-77 della carta europea.

D'altra parte, l'indipendenza dei soggetti che compongono il Sistema europeo di banche centrali, è qualificata, nella costituzione europea, non soltanto dalla pura e semplice attribuzione al Sebc ed alla Bce di una così rilevante funzione nel campo della politica monetaria, ma anche dalla previsione di alcune garanzie di indipendenza di tipo funzionale volte a rendere effettivamente possibile l'esercizio indipendente delle funzioni attribuite ai soggetti del Sistema europeo di banche centrali.

A questo proposito, infatti, la carta europea non si limita a dichiarare che la Banca centrale europea è " indipendente nell'esercizio dei suoi poteri " (art. I-29), ma garantisce quella indipendenza anche attraverso il diretto richiamo agli statuti del sistema europeo di banche centrali ed a quello della Banca centrale europea. Con il richiamo agli statuti, operato dall'art. II-81, la carta europea intende stabilire il principio dell'esistenza necessaria di un sistema di norme, gli statuti appunto, che sono autonomamente competenti a stabilire in maniera specifica i tratti caratterizzanti dell'indipendenza e dell'autonomia di questi soggetti.

Di più, l'art. III-81 della costituzione europea stabilisce l'obbligo della " compatibilità " con questi statuti anche degli statuti delle banche centrali degli Stati membri. E' del tutto evidente che con il termine " compatibilità " la carta europea si riferisce all'obbligo di rendere omogenei gli statuti delle banche centrali con quelli del Sebc e della Bce, soprattutto per ciò che riguarda le garanzie di indipendenza degli organi di vertice delle banche centrali nazionali dal potere politico: così da rendere loro possibile un esercizio effettivamente autonomo delle funzioni loro attribuite e dalla costituzione europea e dalle costituzioni e dal sistema normativo proprio degli Stati membri.

Come si vede, con questa norma il principale sistema europeo delle autorità indipendenti, quello collegato alla politica monetaria, stabilisce l'esistenza di un principio di supremazia dell'ordinamento europeo (ordinamento costituito, in questo caso, dalla costituzione europea e dagli statuti europei sopra ricordati) o, meglio, dei suoi principi fondamentali, nei confronti degli ordinamenti nazionali.

In realtà, e per quanto riguarda l'Italia, le nuove norme europee sembrano importanti per chiarire definitivamente la " querelle " che ha riguardato l'interpretazione dell'art. 47 della nostra costituzione, fino dal 1948.

Infatti, se quasi nessuno ha mai messo in dubbio che nella tutela e nell'incoraggiamento del risparmio ad opera della " Repubblica " dovesse essere compresa la Banca d'Italia, forti contrasti sono, invece, sorti sulla misura delle competenze della Banca in questa materia e sulla rigidità del principio costituzionale della tutela del risparmio; principio che era inteso da molti (si veda, ad es. Fabio Merusi) come tutela del valore della moneta : con un significato, quindi, molto vicino a quel mantenimento della stabilità dei prezzi che è fatto proprio, oggi, dall'art. III-77 della costituzione europea.

Oggi, dopo il " divorzio " fra Tesoro e Banca d'Italia e, soprattutto, dopo l'assunzione a livello europeo delle decisioni sui cambi e dei maggiori strumenti di finanziamento della spesa pubblica (emissione di moneta, acquisto di titoli del debito pubblico da parte delle autorità monetarie, scoperti di conto corrente di tesoreria pubblica, ecc.) questa parte dell'autonomia della Banca d'Italia sembra essere recessiva.

Rimane importante, invece, il tema generale dell'autonomia e delle funzioni della Banca come autorità indipendente del sistema creditizio ; così come rimane importante il problema della riforma dello statuto della Banca d'Italia.

Non è, ovviamente, possibile in questa sede occuparci del rilevante problema delle competenze della Banca d'Italia e, in particolare, della controversa appartenenza alla Banca della funzione antitrust nel settore bancario, problema che è oggetto di vivaci dibattiti, proprio in questi giorni, in sede di approvazione parlamentare del disegno di legge sulla tutela del risparmio.

Una riflessione a parte dovrebbe, invece, iniziare sulla riforma dello statuto della Banca d'Italia, perché, se è vero che alcune delle possibili riforme di quello statuto sembrano riguardare una problematica che è attinente al solo sistema bancario italiano (si veda, ad es. il tema di una più significativa partecipazione alla Banca d'Italia delle Fondazioni bancarie), altri problemi di riforma appaiono essere, invece, rilevanti in relazione all'ordinamento europeo ed al protocollo annesso allo statuto del Sebce: protocollo che prevede l'impegno degli Stati membri ad inserire negli statuti delle loro Banche Centrali alcune norme volte a rafforzare le garanzie di indipendenza degli organi delle stesse banche, sia per quanto attiene al sistema delle nomine ed alla loro durata, sia per quanto riguarda la delimitazione delle cause e delle procedure che possono portare alla eventuale rimozione dei governatori, sia per quanto riguarda la previsione di un ricorso degli interessati alla corte di giustizia dell'Unione Europea.

2.

Il “ sistema “ delle autorità indipendenti direttamente previsto dalla costituzione europea si limita, dunque, come ho detto, ad una, forse, frettolosa previsione di autorità indipendenti nazionali nella materia del trattamento dei dati sensibili e ad una, ben più ampia, previsione di un sistema europeo di autorità indipendenti nella materia della politica monetaria.

Sarebbe, però, fuorviante ritenere che gli effetti della costituzione europea in tema di autorità indipendenti siano limitati alle indicazioni poste dalla carta europea espressamente su questo tema.

Come è stato rilevato subito da Predieri, e ripetuto, poi, da molti altri, la posizione da parte del Trattato della Comunità Europea degli articoli 81 e seguenti in materia di concorrenza , di aiuti alle imprese da parte degli Stati membri e di pubblici servizi, ha condotto, in parallelo con la progressiva accettazione della primazia del diritto comunitario, in parte ad una reinterpretazione, in parte ad una vera e propria disapplicazione delle nostre norme costituzionali in materia di iniziativa economica, Stato imprenditore, monopoli pubblici, ausili alle imprese e nella stessa materia della proprietà privata e pubblica.

Se, prima del dispiegarsi di tutte le potenzialità del diritto comunitario, lo Stato imprenditore si affiancava all'imprenditoria privata in funzione correttiva o di impulso della produzione e del mercato e se l'attività economica pubblica di produzione di merci o di fornitura di servizi poteva fondarsi su di un diritto pubblico dell'economia basato su principi diversi da quelli che valevano, invece, per i privati, l'affermarsi del principio della parità di concorrenza come principio fondamentale del diritto europeo dell'economia ha portato alla progressiva crisi del paradigma dello Stato imprenditore ed all'affermazione di un ruolo dello Stato nell'economia che si fonda quasi unicamente sul suo potere di porre le regole del gioco. Oggi, ed anche in base alla puntuale riproposizione da parte della costituzione europea delle regole sulla concorrenza già poste dal Trattato comunitario (si vedano, in particolare, gli artt. III-50 e seguenti), il ruolo degli Stati sembra essere quello di regolare l'attività economica con norme quanto più possibile imparziali al fine di sviluppare mercati quanto più possibile concorrenziali.

In questo quadro, tuttavia, lo Stato non agisce soltanto come promotore della concorrenza in funzione dello sviluppo del mercato, ma anche come regolatore della concorrenza e dei mercati in

funzione della protezione dei cittadini, intesi come consumatori o come utenti di servizi economici o sociali.

In conseguenza, proprio questo nuovo ruolo dello Stato, di tipo sostanzialmente arbitrario, ha portato non soltanto alla ritrazione della pubblica amministrazione dalla diretta gestione delle attività economiche, ma anche al parallelo sviluppo di nuovi soggetti destinati a sostituirsi alla pubblica amministrazione in quelle funzioni di indirizzo, di controllo, di vigilanza e di amministrazione delle attività economiche che erano prima svolte dallo Stato persona.

E' noto a tutti che questi nuovi soggetti sono le autorità amministrative indipendenti che nascono in Italia, in materie diverse da quella del credito, con la Consob, istituita attraverso la legge 7 giugno 1974, n. 216.

E' anche noto a tutti che il modello delle autorità amministrative indipendenti non è un'invenzione europea, ma risale, curiosamente, agli anni della grande crescita dell'intervento pubblico nell'economia negli Stati Uniti: gli Anni '30 della depressione e del New Deal rooseveltiano. La apparente contraddizione fra l'incremento dell'interventismo e l'invenzione delle Independent Regulatory Commissions, può essere, però, spiegato se si guarda al maggior modello di quel sistema: la Federal Reserve.

Se si analizza, infatti, il Banking Act approvato su iniziativa di Roosevelt nel 1935, ci si rende conto che l'accentramento delle competenze nel Board del Federal Reserve Banks, era accompagnato da un decisivo innalzamento delle garanzie di indipendenza dello stesso Board nei confronti del governo federale. In sintesi, l'ampliamento dei poteri della Federal Reserve era accompagnato dall'attribuzione delle nuove e maggiori competenze ad un organo, il Board, che esprimeva, a differenza di quanto accadeva in base alla legge del 1913, un potere federale: anche se esso non risultava riferibile al potere esecutivo federale. Questo schema corrisponde, del resto, a quello proprio delle altre Independent Regulatory Commissions: dalla Security Exchange Commission alla Federal Communication Commission: autorità create con legge dal Congresso, svincolate dal controllo dell'esecutivo ed alle quali lo stesso Congresso delegava poteri, definiti, poi, dalla Corte Suprema, quasi legislativi e quasi amministrativi nelle rispettive materie.

Il modello americano delle autorità indipendenti costituisce un punto di riferimento molto importante, ma occorre evitare di considerarlo un modello "bonne a tout faire" nella complessa materia delle Authorities.

Il riferimento al sistema USA delle autorità indipendenti sembra risultare, infatti, molto utile solo quando ci si trova davanti a materie, o a settori di materie, nelle quali il Trattato e la Costituzione europea hanno attribuito all'Unione sia la relativa competenza normativa che quella di attuazione della normazione: come avviene, nel senso già chiarito, nella politica monetaria, nella quale il modello della Federal Reserve rooseveltiana sembra essere stato decisivo per la costruzione del Sistema europeo delle Banche centrali e della Banca Centrale Europea.

Meno significativa sembra, invece, essere l'esperienza americana quando ci si trova davanti a materie nelle quali l'Unione Europea si dichiara, sì, competente ad emanare norme di principio ma senza che questo significhi, di norma, l'assunzione della regulation e dei poteri di amministrazione da parte di un soggetto che appartenga alla forma di governo europea.

A differenza del modello americano, infatti, in Europa il settore dell'energia, quello delle società e della borsa, quello delle radio-telecomunicazioni o della tutela della concorrenza restano, in generale, per ciò che riguarda l'attuazione normativa dei principi e l'amministrazione di competenza degli Stati membri: salvo per quanto riguarda, in quelle stesse materie, alcuni fenomeni che sono considerati particolarmente importanti per la realizzazione delle finalità poste ieri dal Trattato ed oggi dalla Costituzione europea: come avviene, ad esempio, in materia di concorrenza, per i "mergers e le "concentrations". In questi casi, la normativa europea attribuisce la competenza della "regulation" alla stessa Commissione: cosicché si finisce per porre in essere un modello alternativo rispetto a quello americano e questo solleva, a dire il vero, alcuni delicati problemi che riguardano proprio la coerenza di questo sistema con quella esigenza di netta separazione fra politica e regolazione diretta dei mercati che sembra essere nello spirito della nuova costituzione europea e nei principi che si sono affermati nel diritto comunitario.

Infatti, il concreto esercizio di queste competenze da parte della Commissione è stato spesso criticato in relazione a vere o supposte disparità di trattamento in casi di fusioni o concentrazioni che sembravano stare particolarmente a cuore ad alcuni Stati membri, il cui peso nella Commissione appare essere di particolare rilievo.

Il rilievo della Commissione sembra, tuttavia, essere notevole anche in quei settori nei quali non esiste una riserva di competenza alla regulation da parte della Commissione del tipo di quello appena descritto e la regulation viene esercitata da parte di autorità indipendenti istituite dagli Stati membri.

La istituzione di Authorities nazionali, nel quadro del diritto comunitario e per raggiungere le finalità proprie di questo, sembra essere, infatti, il modello verso il quale si sta muovendo l'Unione Europea, nella convinzione che la ritrazione dell'amministrazione diretta degli Stati nelle materie che interessano, in sostanza, alla libertà di concorrenza e l'affidamento della loro regolazione ad autorità indipendenti, ubbidisca ad un principio di maggior imparzialità ed offra maggiori garanzie sia per gli utenti che per gli operatori dei settori interessati.

E' vero, come ricordavo prima, che un principio di questo tipo non sembra direttamente previsto né dal Trattato C.E., né, oggi, dalla costituzione europea, tuttavia, il diritto comunitario ha non solo favorito, ma anzi, esplicitamente imposto, la nascita di autorità indipendenti negli ordinamenti degli Stati membri, almeno in quelle materie che l'Unione Europea ha ritenuto essere di particolare importanza per l'effettivo raggiungimento dei diritti garantiti dall'Unione stessa.

Un esempio assai rilevante di questa tendenza sono, ad esempio, le nuove direttive comunitarie del 2002 che hanno non solo innovato profondamente nella disciplina delle telecomunicazioni, ma hanno anche unificato la disciplina fra telecomunicazioni e radiotelevisione, introducendo nel settore il principio della "Soft Law": principio che conduce a considerare praticamente obbligatoria la presenza di Authorities nazionali destinate ad operare la "Regulation" ex post di tutto il mercato in questione.

La esistenza necessaria, secondo il diritto comunitario, di queste Autorità è sottolineata dal fatto che la direttiva quadro del 2002 indica anche i caratteri necessari di questi soggetti e sotto il profilo della loro indipendenza (tecnicità, indipendenza dal potere politico) e sotto quello della loro attività (imparzialità, trasparenza delle loro procedure).

Tuttavia, ancora più importante, ai fini del nostro discorso, sembra essere quella parte della direttiva quadro che istituisce un rapporto diretto fra la Commissione Europea ed il sistema delle Authorities nazionali. Tale rapporto si qualifica sotto due rilevanti aspetti. Per il primo, la direttiva prevede l'esistenza di una serie di obblighi di informazione della Commissione da parte delle Autorità nazionali. Per il secondo, la Commissione si riserva di adottare specifiche raccomandazioni alle Autorità nazionali in materia di mercati rilevanti.

E' evidente che viene ad essere, in questo modo, direttamente "normata" una prassi di rapporti diretti fra la Commissione e le Autorità nazionali che esisteva anche precedentemente ma solo di fatto ed in base alla possibilità che la mancanza di comunicazioni fra le Authorities e la Commissione potesse dar luogo all'apertura di procedure di infrazione nei confronti dello Stato membro (Cheli).

Dunque, ed in conclusione, il diritto comunitario sembra avere scelto un modello generale di Independent Regulatory Commissions che si differenzia da quello statunitense per il fatto che l'unificazione dell'attività di regulation, che è assicurata, negli Stati Uniti, dall'unicità federale della relativa Authority, viene assunta, in Europa dalla Commissione Europea. Il problema non pare, però, in tal modo adeguatamente risolto: perché se la Commissione, in quanto organo appartenente alla sfera politica, sembra legittimata ad un'attività normativa, se di principio, nei settori nei quali operano le Authorities, sembra, invece, inadeguata, proprio in quanto organo politico, ad influenzare direttamente l'attività amministrativa e di regulation svolta dalle Autorità indipendenti degli Stati membri.

3.

E' anche vero, però, che gli stessi stati membri sono sembrati, in generale, disponibili ad adeguare spontaneamente la loro legislazione in materia di autorità indipendenti ai principi del diritto comunitario anche al di là delle dirette sollecitazioni degli organi dell'Unione Europea.

Nel Regno Unito, ad esempio, se si confrontano i principi del Fair Trading Act del 1973 con quelli del più recente Competition Act del novembre 1998, si potrà osservare che "...i primi due capitoli del testo legislativo sono dedicati ad individuare le regole per la concorrenza in termini del tutto analoghi a quelli degli articoli 85 e 86 del Trattato C.E., dei quali vengono ripetuti quasi integralmente le espressioni testuali " (S. Cattaneo, *Agencies e Regulation nel Regno Unito*, in *Le Autorità Indipendenti*, Milano, 1999). A questo oggettivo allargamento dei poteri sostanziali affidati alle Authorities non ha corrisposto, tuttavia, nel Regno Unito un analogo processo di allargamento dell'indipendenza sostanziale degli organi delle stesse Authorities nei confronti del potere esecutivo.

Su questo fronte, ha continuato, anzi, a permanere quella consolidata tradizione britannica per la quale il potere di nomina spetta in via generale al governo (come è noto, questo principio vale anche per i gradi più alti del potere giudiziario), il quale dispone, parallelamente, anche dei relativi poteri di revoca in caso di incapacity o di missbehaviour. E' vero, però, che queste norme, che nella loro lettera significherebbero la negazione del principio di indipendenza, debbono essere lette in coerenza con i principi consuetudinari dell'ordinamento britannico che prevedono un uso non partigiano del potere di nomina ed un uso assolutamente eccezionale del potere di revoca.

Difficoltà di ordine diverso sembra, invece, aver incontrato il processo di affidamento di poteri regolamentari ed amministrativi alle Authorities in quei paesi che sono caratterizzati da una tradizione fortemente centralizzata. E', questo, il caso della Francia, la cui costituzione dispone all'art. 20, e proprio in omaggio a questa tradizione, che la pubblica amministrazione è " a disposizione " del governo. In effetti, è stato proprio richiamandosi a questa norma che il Conseil Constitutionnel ha significativamente ridotto, con due decisioni del 1986 e del 1989 alcuni dei poteri che la legge aveva attribuito a due importanti Aai : la commission national de la communication et des libertés ed il conseil supérieur de l'audiovisuel.

Per quanto riguarda l'Italia, si può dire che se la nascita delle autorità amministrative indipendenti è stata, all'inizio, e come ricordavo poco fa, ispirata dalle norme comunitarie in materia di libertà della concorrenza (Consob, 1974, Garante dell'editoria, 1980) è anche vero che la successiva diffusione del modello sembra aver corrisposto anche ad esigenze del tutto nazionali.

Come è stato ricordato benissimo da Enzo Cheli, la moltiplicazione del numero delle Authorities nel nostro paese dall'inizio degli Anni 90 è stata anche determinata dalla crisi della legittimazione sostanziale del potere politico, crisi che ha portato ha " scaricare il peso di determinate decisioni in materia economica su soggetti esterni alla sfera politica (anche per evitare) determinate responsabilità rischiose dal punto di vista elettorale ".

In questo quadro, dunque, se si riesce a rintracciare un'ispirazione europea nella istituzione delle autorità amministrative indipendenti italiane fino al 1990 (Garante dell'editoria e della radiotelevisione, legge Mammi del 1990; autorità per la concorrenza ed il mercato, 1990 ed anche per la successiva, 1996, Autorità per la tutela dei dati personali), sarebbe difficile rintracciare una simile ispirazione nelle Autorità che sono frammentariamente preposte alla tutela dello sciopero nei servizi pubblici, ai lavori pubblici, o che si sovrappongono all'Autorità per la concorrenza ed il mercato, come l'Autorità per l'energia elettrica e per il gas.

Sembra essere, dunque, vero che la spinta “ emergenziale “ che ha determinato la nascita di molte delle nostre Autorità ha anche causato quei difetti generali del nostro modello che furono rilevati dal presidente Scalfaro e dall’indagine conoscitiva della commissione costituzionale della camera dei deputati nel 1999 : la eccessiva proliferazione delle Authorities, la loro incoerente diversità ed il loro indefinito rapporto con il potere politico.

Al di là della spinta emergenziale, una seconda, e più strutturale, ragione che ha consentito, in Italia, una così marcata accelerazione del fenomeno delle autorità amministrative indipendenti risiede nella impostazione del rapporto fra pubblica amministrazione e governo che è propria della costituzione italiana e che sembra essere molto più attuale di quello proprio della costituzione della V Repubblica.

Come è noto, infatti, la necessaria esistenza di un indirizzo politico del governo ed il principio della responsabilità ministeriale, sanciti entrambi dall’art. 95 Cost. , debbono essere bilanciati con i diversi principi dell’imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione che sono stabiliti dall’art. 97 della costituzione. Se si coniuga il principio dell’imparzialità amministrativa con quello della organizzazione dei pubblici uffici secondo disposizioni di legge, si può concludere che la istituzione, per legge, di autorità amministrative indipendenti alle quali la stessa legge attribuisce competenze di regulation, amministrazione e paragiurisdizionali, non sembra incontrare in Italia, seri ostacoli di natura costituzionale purché siano rispettati gli equilibri costituzionali che derivano dalla possibile “ fonte “ costituzionale delle Autorità indipendenti: gli articoli 95 e 97 Cost. , sopra richiamati.

Il primo punto di equilibrio riguarda, appunto, il ruolo della legge: che sembra dover essere molto puntuale per tutto ciò che riguarda l’attribuzione alle Authorities di competenze regolamentari, o comunque di tipo normativo : in modo da rispettare, come è stato recentemente ricordato (Caretti) il principio del primato della legge parlamentare ed il principio di legalità nelle sue diverse accezioni : quella formale e quella sostanziale.

Il secondo punto, riguarda il principio di indipendenza, ma anche il necessario inquadramento delle Autorità nel circuito dell’indirizzo politico.

Per quanto riguarda il requisito dell’indipendenza, questo requisito viene, tradizionalmente, ma anche ragionevolmente, fatto dipendere dalle norme che regolano la nomina e la revoca dei membri degli organi delle Authorities ed anche dai requisiti previsti per la nomina.

In Italia, negli anni della istituzione delle prime Autorità indipendenti (Consob, Isvap) si preferì scegliere, per quanto riguardava i meccanismi di nomina, la soluzione più tradizionale, che proveniva dal mondo anglosassone: quella della nomina da parte del governo.

La soluzione fu, però, diffusamente criticata in base al rilievo che, in tal modo, il requisito dell’indipendenza dei membri delle Autorità non soltanto non veniva, in alcun modo, accentuato rispetto alla P.A. diretta, ma si veniva anzi, per alcuni versi, ad inserire ancora più fortemente i nominati nel tradizionale schema della responsabilità ministeriale.

Queste critiche, insieme alla crisi di legittimazione del sistema politico-istituzionale prima ricordata, hanno condotto il legislatore italiano ad un inversione di tendenza nel sistema delle nomine delle Autorità che, a partire, nel 1980, dal Garante dell’editoria, sono attribuite al parlamento, nella doppia ipotesi delle nomine propriamente parlamentari, in quanto attribuite alle assemblee parlamentari o a commissioni , e delle nomine attribuite, invece, ai presidenti dei due rami del parlamento.

Quest’ultimo sistema di nomina riguarda l’Antitrust ed ha riguardato il garante per l’editoria e la radiotelevisione ed è stato adottato nella convinzione che l’affidamento del potere di nomina ai presidenti d’assemblea, considerati come organi di garanzia, potesse servire a spolicizzare le nomine stesse in funzione di un più elevato profilo dei nominati.

Questo nuovo sistema delle nomine non era, come dirò subito, esente da critiche ma il suo pregio stava nel fatto che, in base ad una consuetudine risalente agli Anni 70, i due presidenti delle assemblee appartenevano uno alla maggioranza, l’altro all’opposizione. Fino alla rottura di questa consuetudine, che avvenne nel 1974, il modello garantiva, dunque, almeno, se non la “

spoliticizzazione “ dei nominati, almeno una loro equa suddivisione fra la maggioranza e l’opposizione.

Caduto questo vantaggio per la ,forse immotivata, estensione del principio di maggioranza anche all’elezione dei due presidenti d’assemblea, sono divenuti più evidenti gli inconvenienti di questa soluzione.

Morbidelli ha, ad esempio, giustamente osservato che l’attribuzione con legge ordinaria ai presidenti di questa nuova funzione inserisce i presidenti nel circuito dell’indirizzo politico e si pone, perciò, in contrasto con quel ruolo di garanzia che la costituzione attribuisce ai presidenti. Altri dubbi possono, inoltre, nascere dal fatto che la funzione di garanzia dei due presidenti sembra essere coperta da un principio di riserva costituzionale (e di regolamento parlamentare) che sembra essere posta a rischio dal moltiplicarsi delle nomine affidate ai presidenti nelle più varie ipotesi che riguardano anche soggetti diversi dalle Autorità indipendenti. Inoltre, l’assoluta riservatezza del procedimento di nomina da parte dei presidenti e la mancanza di motivazione delle nomine stesse pare in contrasto con quei principi del “ giusto procedimento “ ai quali viene, ormai, riconosciuto un valore di ordine costituzionale.

In conclusione, sembrano fondate le perplessità sui vantaggi che deriverebbero dall’affidamento ad organi qualificati come di garanzia di nomine che si riferiscono a soggetti, come le Autorità, che se sono, o dovrebbero essere, indipendenti nell’esercizio delle loro funzioni, sono, però, inserite nel circuito dell’indirizzo politico. Non sembrano, infatti esserci dubbi sul fatto che le Autorità “ rispondono”, nel senso che sono tenute all’informazione completa e trasparente sulla loro attività, o al governo ed in subordine al parlamento (come avviene per la Consob) o in primo luogo al parlamento ed in subordine al governo: come avviene per le Autorità di seconda generazione. Il rapporto con il parlamento delle Autorità più recenti è stato qualificato non solo attraverso l’obbligo della presentazione di una relazione annuale, ma anche dalla sistematica convocazione di esse da parte delle commissioni parlamentari, di fronte alle quali le Autorità sono tenute ad esporre non solo i risultati della loro attività, ma anche i loro indirizzi ed i criteri attraverso i quali esse esercitano le funzioni loro affidate.

Il porsi del parlamento come punto di riferimento principale delle Autorità indipendenti, sembra, dunque ed in definitiva, costituzionalmente più corretto, in quanto esso corrisponde ad una corretta applicazione di quell’equilibrio fra gli articoli 95 e 97 della costituzione che ho sopra richiamato: cosicché, il perfezionamento e lo sviluppo di questo modello possono confermare, per questo verso ed a queste condizioni, un non conflittuale inserimento delle Autorità nella nostra forma di governo.

Se questo è vero, emerge, però, ed allora, la convenienza a riconsiderare i modelli dei sistemi di nomina dei membri delle Authorities.

La nomina propriamente parlamentare sembra, in base a quanto ho detto finora, quella da preferire purché vengano accentuate, ad opera della legge e dei regolamenti parlamentari, la trasparenza delle procedure di nomina, la tipizzazione dei requisiti soggettivi per poter essere nominati ed anche le maggioranze necessarie per la nomina. Da questo punto di vista, appare ragionevole la distinzione (in sé, però, non facile) fra autorità di garanzia, per le quali dovrebbe essere necessaria la nomina da parte delle assemblee con un quorum che dovrebbe andare al di là della maggioranza di governo e le autorità di regolazione, per le quali può essere sufficiente il parere obbligatorio del parlamento sulla proposta del governo (Manetti).

In realtà, ed al di là degli astratti modelli, non sembra che il diretto intervento del parlamento porti necessariamente a migliori risultati per quanto riguarda la garanzia della migliore scelta, rispetto al modello che si fonda sulla proposta del governo.

A ben riflettere il modello degli Stati Uniti, nel quale spetta al Presidente la proposta e la nomina avviene solo dopo l’ “ advise and consent “ del Senato, ha dato luogo a buoni risultati in base al fatto che il Senato ha progressivamente accentuato la sua partecipazione al procedimento di nomina, non soltanto imponendo la procedura “ aperta “ dell’audizione dei candidati, ma procedendo ad uno scrutinio delle loro qualità personali e tecniche sempre più approfondito: cosicché il parere ed il consenso del Senato risultano inevitabilmente motivati e “ garantisti “ anche nei confronti dei soggetti coinvolti nel procedimento di nomina.

In Italia, non solo l'esperienza generale della legge n. 14 del 1978 è stata, invece, da questo punto di vista, deludente, ma deludenti sono stati anche gli esiti di quei procedimenti di nomina delle Authorities ad essa ispirati, come nel caso della Consob.

Il problema sembra, allora, essere quello di trovare una soluzione generale che, più che filo governativa o filo parlamentare, rispetti la necessità di un generale equilibrio fra parlamento e governo nei procedimenti di nomina, evitando, da un lato, le presenze solo simboliche dell'uno o dell'altro soggetto e puntando, dall'altro, su una forte trasparenza delle procedure e delle motivazioni. D'altra parte, la "modellistica" italiana delle nomine conosce, ormai, anche il mix fra nomine parlamentari e governative: come accade in base alla legge n. 249 del 1997 che prevede, per la Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la derivazione governativa del presidente e quella parlamentare, paritaria fra maggioranza ed opposizione, dei membri delle due commissioni.

Il limite dei sistemi fin qui sperimentati sembra essere, però, quello di aver preso in considerazione prevalentemente gli interessi degli attori politici (governo, parlamento, maggioranza, opposizione) mentre è mancata una strategia istituzionale che ponesse in primo piano l'esigenza di realizzare l'interesse pubblico ad un sistema di nomine tale da indurre gli interessi politici, che sono inevitabilmente coinvolti nel procedimento, a bilanciarsi con l'interesse della capacità dei nominati e della loro sicura competenza tecnica. Su questo fronte, quello dei limiti della politica e dell'onnipotenza della sua classe dirigente, sembra giocarsi, d'altra parte, il futuro del nostro paese.

Per questo, forse, varrebbe la pena di mettere mano ad una legge quadro che intervenisse, se non su tutte il fronte delle autorità indipendenti, almeno sui criteri delle loro nomine, sui requisiti dei nominandi e sulle condizioni delle loro eventuali revocche.

La instaurazione di una chiara e trasparente responsabilità politica nei confronti dell'opinione pubblica sembra essere, insomma, l'esigenza fondamentale alla quale occorre far fronte.