

## *Silenzio elettorale e Costituzione*

*Giovanna De Minico\**

(pubblicato sul *Forum di Quaderni Costituzionali*, sez. *Paper*)

### **1. Il fatto**

Proviamo a fare un po' di chiarezza dopo la confusione generata dal "silenzio elettorale", misura imposta dalla Commissione Parlamentare per l'Indirizzo e la Vigilanza dei Servizi Radiotelevisivi (C.P.I.V.S.R) e dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (A.G.Com.) ai propri controllati, rispettivamente alla RAI e alle TV private. Una chiarezza a futura memoria, dal momento che si è giunti al voto. Ma che va fatta, perché quanto è accaduto oggi bene potrebbe ripetersi domani.

La parità di *chances*, cioè il diritto dei partiti politici, grandi o piccoli, di presentarsi equiordinati all'elettore per chiedergli il voto, è stata oggetto di interventi normativi e giudiziali, il cui rincorrersi, sovrapporsi, annullarsi non ha giovato alla comprensione dell'intera vicenda. Il punto di avvio è la L.28/00, che distingue la comunicazione politica - cioè le tribune politiche e le altre trasmissioni dedicate alla presentazione in contraddittorio di opinioni e valutazioni politiche (art. 2, co. 2) - dall'informazione politica (art. 5) - programmi a rilevante presentazione giornalistica, caratterizzati dalla correlazione ai temi dell'attualità e della cronaca. La prima è sottoposta alla disciplina blindata della *par condicio*, cui si sottrae invece la seconda.

L'oggettiva distinzione tra i due modelli comunicativi ha superato l'esame della Corte Costituzionale (sent.155/02) e, secondo una certa lettura, è diventata condizione di compatibilità costituzionale della legge, la quale non viola l'art. 21 della Cost., in particolare la libertà di opinione

---

\* Professoressa associata di Diritto Costituzionale, Facoltà di Giurisprudenza, Federico II, Napoli.

delle emittenti private, perché non le limita alle sole Tribune politiche. Quindi, la Corte ha escluso che l'obbligo di concedere spazi per la comunicazione politica equivalga a negare alle Tv la loro dimensione di imprese di tendenza, perché accanto a quest'obbligo sussiste intero il loro diritto di informare nei programmi di intrattenimento politici, ai quali il legislatore della 28 aveva opportunamente riservato una regolazione più flessibile nei contenuti e nelle modalità di conduzione rispetto alla disciplina della comunicazione politica.

La Commissione Parlamentare di Vigilanza (Reg. del 9/2/10, art. 6), invece, ha imposto alla Rai l'equiparazione dell'informazione politica alla comunicazione quanto alle regole applicabili; da qui la sottrazione ai conduttori dei vari Ballarò, Annozero della scelta dei temi, degli ospiti e dei tempi in nome del soporifero copione delle tribune politiche. Ma la lista degli illeciti non è finita qui. Il Consiglio di Amministrazione Rai, facendo di più di quanto richiestogli dal regolamento della Vigilanza, ha congelato le trasmissioni incriminate fino a dopo le elezioni. L'A.G.Com., dal canto suo, tenuta dalla L.28 a consultarsi, non a codecidere, con la Commissione di Vigilanza, ha preferito invece seguirla sulla strada dello strappo costituzionale, imponendo anche alle tv private la dannosa equazione comunicazione=informazione (art. 6, co. 5) al fine di "evitare una distonia del complesso sistema dell'informazione radiotelevisiva in campagna elettorale" (così preambolo della Delibera n. 25/10/10 CSP, in <http://www.agcom.it>). Infine, nel tentativo di ripristinare le regole e di restituirci il diritto di non votare al buio, il Tar Lazio (Ordinanza 01179/10) ha sospeso la delibera dell'Autorità per la contestata equivalenza tra informazione e comunicazione in attuazione della sentenza della Corte, alla quale questo giudice è sembrato volersi attenere.

Hanno parlato in molti. Ma personalmente ritengo che la Commissione di vigilanza e il C.d.A. Rai avrebbero dovuto dire un'ultima e conclusiva parola perché tenuti a un preciso obbligo giuridico: rispettare la legge, cui la Corte costituzionale ha dato una interpretazione inequivoca, ancorché in una pronuncia di rigetto. Questo dovere avrebbe imposto rispettivamente alla Commissione di sostituire il suo regolamento e negare, piuttosto che affermare, l'illecita equiparazione, e al C.d.A. Rai di riformare la sua delibera, disponendo la messa in onda delle trasmissioni illegittimamente congelate. Ciò non è accaduto perché sia la Commissione sia il CdA RAI sono geneticamente orientati dalla volontà politica di maggioranza, e non da un giudizio neutrale di rispetto oggettivo della legalità.

Quanto è accaduto ha un costo per i cittadini, i quali avrebbero il diritto di ricevere dalla tv di Stato qualcosa di più delle Tribune politiche. La missione di servizio pubblico impone alla RAI il dovere d'informare, obbligazione generica che diventa prestazione puntuale e dettagliata quando il bisogno indifferenziato di sapere diventa domanda specifica di conoscenza in termini completi ed equiordinati delle proposte politiche sulle quali esercitare il diritto di voto.

## **2. Il diritto**

Esistono rimedi per un silenzio elettorale illecitamente imposto?

A) Esamineremo i mezzi apprestati dall'ordinamento sia nei confronti del regolamento della Commissione di vigilanza che della delibera del C.d.A.

**2.1. La natura del regolamento della Commissione di vigilanza.** La proponibilità di un'azione giudiziaria dipende dalla natura dell'atto contestato. Quanto al regolamento della Commissione, possiamo ricordare che in dottrina non è stato del tutto risolto il dubbio circa l'appartenenza al *genus* degli atti politici o a quello degli atti amministrativi. La seconda ipotesi ha invece incontrato il consenso delle supreme magistrature (di recente: Corte Cost. nn.174/09; 68/09; ma già la Cass. Sez. Un. Civ., n.72/83, preceduta da pressoché unanimi conferme nella giurisprudenza di merito).

A mio avviso, prevalgono invece gli argomenti a sostegno della natura amministrativa. Gli atti politici, stante la loro libertà nel fine, sono sottratti al sindacato del giudice comune perché rispetto a essi la contestazione non verte sull'uso legittimo del potere, bensì sull'opportunità delle scelte compiute. Questa valutazione è di regola inibita al giudice, che non può sostituire il proprio apprezzamento a quello di un soggetto politico. La valutazione tipicamente affidata al giudice verte sulla corrispondenza di un atto a un parametro di legge: ma proprio a questo raffronto si sottrae l'atto politico, il cui contenuto non trova un parametro normativo cui attenersi.

L'atto politico rappresenta un'eccezione al generale principio della sindacabilità degli atti autoritativi, di cui all'art. 113 della Costituzione. Si tratta di un principio di fondamentale importanza, struttura portante dello stato di diritto, e del rapporto individuo-autorità costruito dal costituzionalismo moderno e scritto nelle costituzioni del nostro tempo. Ciò non esclude la possibilità di deroghe. Ma certamente impone che la deroga si ammetta solo in quanto trovi un radicamento costituzionale in altre disposizioni dirette a tutelare beni alternativi alla giustiziabilità degli atti e ugualmente rilevanti, quali, ad esempio, l'autonomia decisoria dell'organo politico. Se dunque debbono rinvenire il loro titolo in Costituzione, essi rappresentano una categoria chiusa, non riducibile, né incrementabile, caso

che qui ricorrerebbe, per volontà del legislatore ordinario. Se questo si ammettesse, si affiderebbe alla volontà della maggioranza politica del momento un valore – la sindacabilità – che proprio ad essa deve essere sottratto.

Basta la provenienza da un organo parlamentare quale la Commissione di vigilanza a concludere che il regolamento deroga al principio di cui all'art. 113 Cost.? La risposta è negativa.

Anzitutto, una conclusione diversa non si trae dallo stesso art. 113. La norma non dice che la riferibilità di un atto a una pubblica amministrazione in senso stretto sia condizione indispensabile alla sua qualificazione come atto amministrativo. Né dice che è insufficiente all'anzidetta qualificazione la natura del potere esercitato. Dunque, mentre è del tutto ovvio che la Commissione parlamentare rimane estranea al plesso organizzativo Governo-amministrazione, qui si vuole dire che per aversi un atto che ricade nell'ambito di applicazione dell'art. 113 Cost. basta impegnare una funzione sostanzialmente amministrativa anche se esercitata da un soggetto che non è strutturalmente parte del potere esecutivo.

A questa conclusione si perviene anche dalla considerazione più generale che nella Costituzione vigente il principio di separazione dei poteri non è implementato come corrispondenza rigorosa tra la natura del potere e la funzione esercitata, con l'imputazione di tutte le funzioni amministrative in capo al potere esecutivo. Al contrario, non si riscontra una riserva di amministrazione all'Esecutivo. E dunque si consente che funzioni amministrative siano assegnate a soggetti che di quel potere non fanno parte. Mi sembra allora che il "non limite" soggettivo dell'art. 113 Cost. si combini bene con il principio secondo il quale non ogni atto proveniente da un organo politico debba meritare la qualificazione di atto politico. Nel momento in cui funzioni eterogenee possono competere al

medesimo soggetto, non possiamo a tutte riconoscere l'attributo politico in ragione della sola provenienza soggettiva.

La natura del regolamento della Commissione di vigilanza va dunque valutata in modo specifico e puntuale. Il fine ultimo assegnato all'organo parlamentare è conformare il servizio pubblico all'imperativo del pluralismo interno (Corte Cost. nn. 420/94 e 112/93). Ed è indubbio che tale fine abbia un grande rilievo politico, come non è dubbio che a singoli atti della Commissione possa riconoscersi la natura di atto politico. Ma da ciò non viene che ogni atto della Commissione volto a realizzare quel fine assuma automaticamente la natura di atto politico (contra Corte Cost.: 174/09 con ampi riferimenti pregressi, quale, la n. 49/98, che ha ritenuto ricorrere l'elemento oggettivo del conflitto di attribuzioni quanto alle competenze regolatorie della Commissione di vigilanza).

L'anzidetta natura deve invece escludersi, perché nell'adottare il regolamento la Commissione esercita una funzione prevista e disciplinata dalla legge, cui non è dubbio che la Commissione stessa deve attenersi, e che ha ad oggetto la gestione di un servizio pubblico. La natura dell'organo che adotta l'atto non rende l'organo medesimo *legibus solutus*. E la natura particolarissima dell'oggetto della disciplina non ne cancella i connotati di servizio pubblico. Dunque, una tipica funzione amministrativa.

Non ritengo insuperabile l'obiezione per cui sindacare un regolamento della Commissione nelle aule di un Tar equivarrebbe a ledere l'autonomia costituzionalmente garantita delle Camere. Tale garanzia è posta a protezione del pieno e libero dispiegarsi della rappresentanza politica e della dialettica maggioranza opposizione all'interno dell'istituzione parlamento. Ma non si traduce certo nella intangibilità degli atti in cui la volontà politica liberamente formatasi si traduce producendo effetti *erga omnes* al di fuori dell'istituzione Parlamento. Così non è per la legge, assoggettata al sindacato della Corte costituzionale. E così non è per il

regolamento, di natura amministrativa, adottato dalla Commissione di vigilanza. Per il quale trova piena applicazione la protezione delle situazioni soggettive dei cittadini lese da atti autoritativi illegittimi, affidata alla previsione generalizzata del rimedio giurisdizionale avverso tutti gli atti dei pubblici poteri.

Infine, anche una considerazione di sistema concorre a escludere l'appartenenza del regolamento della Commissione alla categoria degli atti politici. La legge 28/2000 disegna un unico potere normativo differenziandolo solo nel suo autore in ragione della natura pubblica o privata del regolato.

Ho in altra sede argomentato che l'A.G.Com. può essere titolare solo di poteri normativi secondari, rimanendo ad essa precluse le scelte sostanzialmente politiche data la sua estraneità genetica al circuito politico rappresentativo. Diversamente salterebbe la corrispondenza tra potere politico e responsabilità, che nello stato democratico è un limite a mio avviso invalicabile anche dal legislatore di revisione, a maggior ragione lo è da quello ordinario.

Se il potere regolamentare disegnato dalla legge è il medesimo indipendentemente dal soggetto titolare, le conclusioni raggiunte rispetto ai regolamenti dell'Autorità varranno anche per il regolamento della Commissione. In presenza di un'unica legge conferente la medesima funzione normativa a soggetti distinti, che pone poche e identiche indicazioni per gli interventi regolatori sia della Commissione che dell'Autorità, non possiamo ritenere che uno dei due soggetti in ragione della propria natura si veda assegnata un'autonomia normativa maggiore. La legge non ha riservato un'ampiezza diversa ai due atti a seconda della loro riferibilità soggettiva e anzi per assicurarsi un prodotto normativo omogeneo ha imposto ai due autori l'obbligo della reciproca consultazione,

il che ha dato in questi giorni l'atteso risultato: due regolamenti parimenti *contra ius*.

E perché poi dovremmo, conclusivamente, oggi difendere la natura politica del regolamento della Commissione? Non si sfugge alla conclusione che questa natura oggi non è più all'altezza del compito originario di protezione dei cittadini affidato alla Commissione in origine dalla L. 103/75. La prima grande legge di riforma del sistema televisivo era figlia di quella stagione politica, che confidava sulla centralità del Parlamento per sottrarre il servizio pubblico all'egemonia dell'Esecutivo e, al tempo stesso, per legittimarne la riserva d'attività. Ma era il tempo in cui il sistema dei partiti ancora reggeva, e il parlamento era eletto con un sistema proporzionale che ne garantiva la piena e indistorta rappresentatività. Radicare il controllo del servizio pubblico radiotelevisivo nella Commissione di vigilanza, in presenza di prassi e convenzioni del confronto parlamentare consolidate, garantiva nella misura del possibile alla Commissione una composizione equilibrata e la rendeva idonea a porre in essere regole soddisfattive della molteplicità delle istanze sociali, e dunque in tal senso obiettive e imparziali. La natura di atto politico significava consolidare e sottrarre a contestazioni un contenitore di regole ampiamente condivise. Abbandonato il sistema elettorale proporzionale e dissoltosi l'organigramma partitico, nel tempo delle maggioranze onnipotenti, la Commissione non è più una sede cui si possa riconoscere una funzione di garanzia. E allora perché sottrarre i suoi atti al vaglio del giudice autonomo e indipendente in vista della tutela di interessi che non possono più presumersi riconosciuti e soddisfatti nella sede parlamentare?

Il recente regolamento sulla comunicazione politica non è in grado di comporre equilibratamente le situazioni soggettive al punto da renderne superflua la loro rivendicazione in un'aula giudiziaria, compito al quale in principio tendeva il regolamento all'indomani della L. 103. Il mutamento



radicale del contesto istituzionale dovrebbe indurre i sostenitori della natura politica del regolamento a rivedere tale tesi. A ciò vi sarebbe un'unica alternativa: una radicale rivisitazione della Commissione in modo da ripristinarne l'originario ruolo di garanzia politico-istituzionale. Ma un simile obiettivo non può realizzarsi per la sola Commissione. Può essere soltanto l'esito di una riforma ben più ampia, volta a modificare le caratteristiche del bipolarismo che si è realizzato nell'esperienza recente, a creare nuove prassi e convenzioni costituzionali per i rapporti tra le forze politiche e le dinamiche istituzionali, a riaprire uno spazio di regole ampiamente condivise, a recuperare una piena rappresentatività del parlamento attraverso un nuovo sistema elettorale. Innovazioni, queste, che al momento non possono certo ritenersi probabili, e ancor meno di sollecita realizzazione. Proprio il regolamento di cui discutiamo è la prova che si tratta solo di un auspicio, anche molto futuribile.

Fin quando questo nuovo – e improbabile – scenario non si realizzerà, la natura politica dell'atto si risolverà sempre in un ingiustificato abbassamento del livello di tutela dell'utente-elettore. A quest'ultimo rimarrà in ipotesi il tentativo – di certo non agevole – di giungere alla Corte costituzionale per cercare di ottenerne una dichiarazione di illegittimità della legge 28, perché interpretata dal regolamento della vigilanza come impositiva di un'unica modalità espressiva: la comunicazione politica. E corretta la legge con l'integrazione disposta dalla sentenza additiva della Corte, sarebbe ragionevole per il nostro cittadino attendersi dalla Commissione l'annullamento e sostituzione del suo primo regolamento con altro conforme con la pronuncia interpretativa della Corte. Nel caso in cui però la Commissione disattendesse il giudicato costituzionale, al cittadino non rimarrebbe che sperare in un conflitto di attribuzioni, sollevato dalla stessa Corte dinanzi a sé contro il comportamento omissivo della Commissione lesivo del suo giudicato. Una strada non solo non facile,

quanto sottratta alla disponibilità del cittadino data l'inaccessibilità *uti singulus* dei ricorsi in esame.

È ben vero che per uscire dalla situazione di azzeramento delle garanzie limitatamente al regolamento della Commissione si potrebbe puntare ad accentrare l'intera competenza regolatoria in capo alla Autorità indipendente. Questo troverebbe a sostegno l'argomento dell'esigenza di tutela dei cittadini e dell'irragionevole sopravvivenza di un regime regolatorio duale, considerata la competenza unica dell'Autorità nel sanzionare le violazioni di ogni regola sulla comunicazione politica, cioè anche di quelle dettate dalla Commissione alla RAI. Ma per rendere una simile risposta efficace bisognerebbe supporre una rivisitazione dell'Autorità di non minore portata rispetto a quella ipotizzata come necessaria per la Commissione. La vicenda qui in discussione, come altre che da ultimo hanno colpito la pubblica opinione, ampiamente dimostrano come l'Autorità indipendente e di garanzia – al di là della buona volontà e della disposizione d'animo di singoli componenti – non sia all'altezza del nome che porta. Quindi, in assenza di riforma il diritto del cittadino-elettore rimarrebbe comunque a rischio.

Conclusivamente, i due regolamenti – dell'Autorità e della Commissione – condividono la natura di atti normativi secondari, volti a creare regole astratte e generali, capaci di completare, non di modificare, il disegno normativo già avviato dalla fonte primaria. Entrambi soggiacciono al principio dell'impugnabilità degli atti davanti al giudice. E ad essi si applica il regime di impugnativa in termini generali proprio di atti della medesima natura. Da ciò deriva che l'individuazione del giudice competente dipenderà dalla natura della posizione giuridica violata.

Nel nostro caso il bene aggredito dal silenzio elettorale è la pretesa del cittadino-elettore a un'informazione completa, obiettiva e plurale delle proposte elettorali tale da consentirgli la scelta consapevole di quella più

vicina alla sua identità politica. Tale esigenza conoscitiva, già promossa dalla Corte da mero interesse (sent. nn. 105/72 e 94/77) a diritto (sent. nn.231/85; 348/90 e 112/93), diventa nel contesto della competizione partitica una domanda di partecipazione democratica alla vita politica del Paese. Come tale, ripete il suo titolo non solo dall'art. 21, ma anche dagli artt. 48 e 49 Cost. perché pretesa del *civis* a che le emittenti pubbliche e private propongano trasmissioni politiche equilibrate, condizione necessaria per l'esercizio consapevole e, quindi, libero del voto, e della effettiva possibilità di concorrere a determinare la politica nazionale. La riduzione delle trasmissioni informative alle sole tribune politiche sacrifica proprio questi fondamentali diritti, perché mette a disposizione del cittadino un'informazione bloccata nelle forme, rigida nei tempi, limitata negli argomenti e ingessata nelle modalità, dandogli meno di quanto gli spetterebbe in base agli artt. 2 e 5 L. 28/2000.

Se questa è la posizione soggettiva dell'utente-cittadino-elettore, quale giudice è competente a conoscerla? A mio avviso, il giudice amministrativo, perché il cittadino lamenta il cattivo uso del potere normativo della Commissione di Vigilanza, che, nell'attuare la legge 28/200 ha dettato norme secondarie *contra legem* laddove ha equiparato informazione e comunicazione, mantenute invece distinte dalla legge. Da qui l'interesse a che la funzione regolativa sia esercitata correttamente, il che fonda appunto la competenza del g.a. Ne consegue che il cittadino potrà chiedere al g.a. l'annullamento della norma regolamentare illegittima e, in via cautelare, la sua sospensiva. In tale ipotesi, sarebbe immediatamente ripristinata l'operatività della L. 28/00 almeno nella previsione delle due distinte tipologie espressive, comunicazione e informazione (art. 2, co.2, legge cit.).

**2.2. Rimedi avverso la delibera del C.d.A. RAI.** Annullate o sospese le norme illegittime del regolamento, rimane ancora in piedi la delibera del C.d.A. RAI adottata in base a quelle stesse norme. Avrebbe potuto essere annullata d'ufficio da parte del Consiglio stesso, ma non è accaduto. Cosa avrebbe potuto fare il cittadino, e cosa potrebbe fare nel caso in cui la vicenda si ripettesse, considerato che non ha concretamente conseguito nelle aule del Tar la più ampia informazione che dovrebbe essere fornita dai programmi negati, sospesi o soppressi?

Qui la situazione si presenta in termini diversi da quelli prima esaminati data la diversa natura dell'atto. La delibera del C.d.A. RAI è un atto collegiale di un consiglio di amministrazione, che, per quanto riferibile a una società per azioni di interesse nazionale, segue le regole comuni del codice civile quanto alle cause di legittimità e alle modalità di impugnativa, in mancanza di un regime speciale (art. 20, co. 2, L. 112/04).

Nel caso delle elezioni regionali 2010 la delibera è affetta da due diversi vizi. Il primo è l'illegittimità propria per violazione del regolamento della Commissione, in quanto vieta oltre quanto disposto dal regolamento stesso, congelando i programmi di informazione politica fino alla data del voto. Il che non può fare perché come atto sottordinato al regolamento non può sostituire un permesso con un divieto. Il secondo è l'illegittimità derivata, per l'illegittimità del regolamento della Vigilanza (per le ragioni prima esposte). Questo comporta in ragione del nesso di derivazione causale tra i due atti l'invalidità consequenziale della delibera.

A) Dati i vizi e la natura dell'atto, il giudice sarà quello ordinario perché qui si è dinanzi a un atto negoziale e non autoritativo a differenza del regolamento della Vigilanza. Ne segue che il cittadino potrà chiedere al g.o. solo ciò che potrà lamentare nei confronti di un atto collegiale illegittimo: il suo annullamento e, ricorrendone gli estremi, anche il risarcimento del danno. Egli invece non potrà pretendere una sentenza in

luogo dell'atto collegiale illegittimo, perché i poteri del giudice sui negozi giuridici non sono sostitutivi della volontà delle parti, salvo i casi espressamente previsti dalla legge. Ma questo non è tra quelli.

L'esperimento dei tradizionali rimedi dunque consegue un risultato davvero modesto. Il cittadino si rivolge a due giudici, con due distinti ricorsi. Ma non riceve in concreto il bene atteso: quel di più di conoscenza rappresentato dai programmi di informazione politica congelati.

B) Verifichiamo allora un'altra possibilità di azione: la *class action* introdotta dal recente d.lgs. n. 198/09, a disposizione di aggregazioni di soggetti portatori di interessi giuridicamente rilevanti e omogenei (art. 1, co. 1, d.lgs. cit.), lesi da atti o fatti rispettivamente illegittimi o illeciti riferibili tanto alle pubbliche amministrazioni che ai concessionari privati esercenti pubblici servizi. Soprattutto quest'ultimo punto si mostra interessante nella prospettiva qui in discussione.

Ma vediamo nel dettaglio i requisiti soggettivi e oggettivi richiesti dalla legge per verificare se tale rimedio sia utile nel nostro caso.

Quanto ai requisiti soggettivi: (art. 1) riterrei sufficiente un semplice comitato di elettori per proporre l'azione - ferma restando la possibilità per i singoli di aderirvi - perché la norma non richiede la necessaria entificazione soggettiva dell'interesse diffuso (cfr.: Cons. St., Sez. IV, 2 aprile 2004, n. 1826; Id., 27/04/2004, n. 02565), accontentandosi della sua riferibilità a "titolari di interessi giuridicamente rilevanti e omogenei". Ne sia prova il fatto che il comma 4 prevede l'associazione o il comitato come ulteriore attore, distinto da quella aggregazione priva di struttura associativa di cui si sta dicendo.

Il punto non è privo di interesse per due ragioni. In primo luogo, perché la norma segna il superamento di quella impostazione dottrinale, che, liquidando come adespota l'interesse diffuso, lo escludeva dalle aule processuali. L'interesse viene ora ammesso purché introdotto da una mera

aggregazione occasionale di persone, priva di struttura e fondi, che si fa portavoce di un bene omogeneo e rilevante (Per legittimazioni riservate solo ai soggetti collettivi, vedi per tutte: Cons. St., Sez. IV, 27 maggio 2002, n. 2791; Id., Sez. VI, 27/01/2003, n.426). La seconda ragione per cui la norma è degna di nota riguarda il fatto che la sua previsione, che certamente non intende sovvertire le regole processuali della personalità dell'interesse, introduce accanto a un concetto statico di "personalità", indefettibilmente riferibile a persona fisica, giuridica o associativa strutturata, una nozione dinamica dello stesso, variabile nel tempo, accertabile caso per caso, riferibile a soggetti non necessariamente entificati né previamente identificati in base ad accertamenti autoritativi secondo requisiti normativi di esponenzialità. Nell'ingresso processuale dell'interesse diffuso si concentra la portata innovativa del decreto, non mantenuta poi nel prosieguo quando si richiede una procedura bizantina per attivare l'azione collettiva, rispolverando l'antica diffida ad adempiere verso l'amministrazione, già abolita dalla l. 15/05 rispetto al silenzio-inadempimento contro la p.a., oppure quando si condiziona l'estensione degli effetti dell'azione all'attivazione del singolo, contro la preferibile modalità dell'operatività automatica verso tutti i privati appartenenti alla categoria, salvo un loro espresso diniego secondo il già sperimentato modello americano dell'*opt-out*.

Quanto ai requisiti oggettivi, qui la vicenda è più complessa anche a causa di un'infelice redazione del testo (art. co.1). La condotta contro cui è ammessa l'azione sembrerebbe essere elencata in termini tassativi e quindi, includere le condotte omissive di amministrazioni inadempienti dell'obbligo di concludere il procedimento (una sorta di silenzio inadempimento oggetto di previsione speciale rispetto alla fattispecie generale di cui all'art. 2 L.241/90, mod. L. 15/05); la mancata emanazione di atti amministrativi obbligatori; ed, infine, la violazione degli obblighi di

prestazione dei servizi come specificatamente dettagliati nelle rispettive Carte. A quest'ultima categoria potrebbe appunto appartenere la condotta inadempiente del nostro C.d.A. RAI, stante la sua natura di concessionario di un pubblico servizio.

Qualche perplessità potrebbe rimanere quanto alla sussistenza della condotta lesiva: la legge richiede un comportamento materiale inadempiente degli obblighi definiti nelle carte dei servizi. La Rai però è censurabile per la sua condotta commissiva: l'illecito è nella delibera *contra legem*, non in un'inerzia. Del resto anche il tenore delle norme relative ai poteri del giudice (art. 4), investito dalla *class action*, lasciano propendere per la non utilizzabilità di questo rimedio. Il giudice infatti, potrà pronunciare sentenze accertative dell'obbligo di concludere il procedimento, rimedio corrispondente al silenzio-inadempimento dell'Amministrazione; o sentenze di condanna a un *facere*, nel caso in cui, accertato l'obbligo di prestazione, intimi al debitore, amministrazione o concessionario, di darvi esecuzione. Si tratta comunque di pronunce di tipo dichiarativo e conseguentemente di condanna a un *facere*; ma qui alla RAI non si rimprovera la sua inerzia, bensì un eccesso di operatività: ha fatto di più di quanto avrebbe dovuto, quando ha vietato ciò che neanche il regolamento della Commissione di Vigilanza proibiva. Quindi, la sentenza dovrebbe essere quella classica del g.a. di rimozione dell'atto illegittimo a seguito di un ricorso impugnatorio, a differenza della pronuncia accertativa avente ad oggetto un rapporto.

Si potrebbe obiettare però che questo iperattivismo del C.d.A. abbia determinato la violazione del dovere di informare, imposto per legge (sin dalla L. 103/75, poi dall'art. 17 L. 112/04, infine dall'art. 45 T.U. 177/05), ma in tal caso la sua condotta omissiva rileverebbe solo in via indiretta, cioè avrebbe affioramento giuridico in un secondo momento, una volta annullata la delibera. Ma la legge non sembra consentire al g.a. questa

pronuncia caducatoria, il che rende tale azione inutilizzabile benché appena entrata in vigore, sottolineandone gli indubbi limiti.

Pertanto, la *class action* non sembra fare al nostro caso, e, se richiesta, con ogni probabilità il giudice la dichiarerebbe inammissibile. Sarebbe stato utile invece, se il legislatore avesse preferito alle qualificazioni normative tipiche tecniche teleologiche di descrizione della condotta *contra ius*, ad esempio, riferendosi ad atti e a fatti, commissivi o omissivi, accomunati nel fine di violare gli obblighi di prestazione inerenti ai rapporti di servizio con gli utenti. La legge però non è scritta così, una limitazione questa, che contrasta con le finalità annunciate nella relazione al decreto legislativo. E non credo che una semplice interpretazione estensiva possa far dire al legislatore ciò che non ha detto. Ovviamente di ciò dobbiamo dolerci perché una cosa è l'azione del singolo cittadino, altro sarebbe un ricorso proposto da un soggetto collettivo, il quale per fondi, riconoscibilità, ampiezza di base associativa, avrebbe ben altro peso giudiziale rispetto a quello del singolo individuo.

C) Ci sarebbe ancora una cosa per completare il quadro dei rimedi: il potere sanzionatorio dell'A.G.Com. attivabile d'ufficio in caso di violazione del dovere informativo da parte della concessionaria pubblica (ex art.19 L. 112/04). Si tratta però di misure punitive di tipo esclusivamente pecuniario, che nulla hanno a che fare con gli atti. Quindi, l'Autorità non potrà annullare la delibera del C.d.A. Rai benché assunta in violazione del dovere di informare, né tantomeno potrà emetterla in luogo della Rai inosservante. In sede di controllo-sanzionatorio alla Autorità è consentito di intimare alla Rai di fare quanto è in suo dovere, in mancanza scatteranno le sanzioni pecuniarie diversamente graduate in ragione dell'entità dell'illecito. Non si può escludere a priori che la sanzione pecuniaria possa funzionare da deterrente all'inadempimento degli obblighi di servizio pubblico, come specificati nella legge e nel contratto di



servizio. Tra questi figura senza dubbio quello informativo, la cui violazione commessa con la delibera del C.d.A. sarebbe appunto passibile di sanzione pecuniaria, non anche di una reazione ripristinatoria, la sola in grado di consegnare al cittadino il bene della vita cui aspira: conoscere prima di votare. Quanto detto presuppone che l'Autorità sia pronta ad attivarsi all'occorrenza, il che richiederebbe un clima di serenità istituzionale, che in questi tempi la nostra Autorità non sembra avere. Pertanto, non confiderei nella forza intimidatoria di queste sanzioni, che solo se temute dal destinatario come certe e immediate nell'*an*, fanno desistere dall'inosservanza del dovere di informare; diversamente, il dovere è come se fosse disposto da una norma imperfetta, perché la sanzione pur prevista, non è di fatto irrogata e, quindi, è come se non ci fosse.

### **3. Le speranze**

Mi permetto due suggerimenti al decisore politico. Quando riscriverà la legge sulla *par condicio* sarebbe preferibile fare memoria di quanto accaduto e concentrare nell'Autorità indipendente l'intera competenza a regolare la materia anche rispetto alla tv pubblica. Naturalmente non all'Autorità nella sua attuale configurazione, posto che eventi anche recentissimi offrono motivi di dubitare ampiamente dell'effettiva indipendenza. E quindi a una Autorità per la quale siano radicalmente riviste le regole per la sua composizione a garanzia della neutralità di giudizio.

Seconda indicazione, anch'essa giuridica: il legislatore nel predisporre nuovi rimedi, dovrebbe ipotizzarli con ampio raggio d'azione, cioè prevedere fattispecie realmente astratte al fine di ricomprendere situazioni, non accadute al momento della scrittura della legge, ma che con prognosi

*ex ante* è probabile che accadano, cosa che la neo *class action* italiana non fa. Questa basilare regola di *drafting* legislativo, che presuppone nel legislatore la capacità di guardare oltre il contingente, eviterebbe di creare norme vecchie e problemi interpretativi di non poco conto, sempre che si voglia realmente offrire una tutela effettiva e rapida ai soggetti esponenziali degli interessi degli utenti.

Chiudo con due considerazioni politiche.

In questi giorni il Governo e la Rai stanno scrivendo il nuovo Contratto di servizio (schema valido per triennio 2010-2012, 18 febbraio 2010) e in questo schema molta attenzione è rivolta all'obbligo informativo della concessionaria, dovere questo, che, nonostante il mutato panorama competitivo arricchitosi di attori nuovi e di piattaforme trasmissive alternative, conserva intatta la sua giustificazione costituzionale perché rappresenta la *ratio* della riserva di attività al soggetto pubblico. L'obbligo che il Contratto specifica nel *quomodo* (artt. 1 e 4), indicando parametri qualitativi e un indefinito test di valore pubblico (art. 3, co. lett. *b*), significa innanzitutto doverosità dell'attività informativa: cioè la RAI deve rendere una prestazione notiziale completa, obiettiva ed equilibrata nella quale l'intera collettività si possa riconoscere. E il test dell'interesse pubblico, con il suo nuovo soggetto preposto a redigerlo e il neo controllore preposto a verificarne l'osservanza, intanto ha ragion d'essere in quanto prima di tutto la Rai adempie all'obbligo informativo perché l' "an" in ogni rapporto debitorio viene prima del "quomodo". Non si può discorrere di come la Rai abbia informato, se la RAI ha taciuto perché ha congelato i talk show politici, ciò significa solo una cosa: il debitore non ha informato affatto, non anche che ha male informato perché ciò presupporrebbe che un qualche cosa abbia detto. Allora mi sembra poco credibile prevedere in sede di contratto test, soggetti di controllo aggiuntivi ai preesistenti, se poi la maggioranza politica che scrive il contratto è la stessa che in sede di

C.d.A Rai ha vietato che si dica ciò che il cittadino ha diritto di sapere prima di votare.

Né tale impegno giuridico diventa credibile perché importato da un'esperienza straniera, quella anglosassone, che già da alcuni anni sta sperimentando l'idoneità del *Public value test* (Il Department for Culture, Media and Sport ne ha anticipato la previsione con il *Review of the BBC's Royal Charter*, March 1 2005, p. 17 ss.; impegno reso poi definitivo con la *Royal Charter for the continuance of the British Broadcasting Corporation*, July 19th, 2006) a valutare la *performance* della B.B.C. Il legislatore inglese però ha in parallelo riformato la B.B.C. al fine di renderla ancora più insensibile di quanto non fosse già alle indicazioni della maggioranza politica e, dall'altro canto, più attenta alla sua missione di servizio pubblico, cose queste, per noi ancora futuribili.

Qui si rischia di scrivere pagine di contratto anticipate da fatti che contraddicono quanto verrà scritto, con il solo effetto di confondere le competenze tra vecchi controllori, l'A.G.Com., e nuovi, rendendo indeterminato il responsabile del controllo e incerta l'effettività della pretesa conoscitiva del cittadino.

La seconda indicazione, sempre rivolta al decisore politico, è un consiglio di prudenza: ritengo che l'attuale maggioranza politica farebbe meglio a non pretendere il rispetto formale delle norme sulla *par condicio* per imporre l'equo silenzio se in parallelo con il decreto legge "salva liste" pretende l'opposto: la prevalenza dell'interpretazione sostanziale delle norme su quella formale. Il che ha generato un'ulteriore confusione: in diritto è la forma a vincere sulla sostanza o viceversa?