

GIANLUCA GARDINI

LIBERTÀ VS EGUAGLIANZA:
LA DIFFICILE REGOLAMENTAZIONE
DELLA CAMPAGNA ELETTORALE

1. *Premessa*

Il periodo di tempo che precede la chiamata dei cittadini alle urne rappresenta un laboratorio particolarmente interessante per gli studiosi del fenomeno elettorale, inclusi gli studiosi del diritto pubblico e costituzionale, che in questa fase della vita collettiva trovano un'occasione unica per osservare la contrapposizione tra alcuni valori chiave dell'ordinamento democratico e misurarne la tenuta.

Infatti, l'insieme dei comportamenti degli attori politici subisce una improvvisa radicalizzazione nell'imminenza della verifica elettorale. Da ciò scaturisce una aperta tensione tra svariati diritti individuali, tutti dotati di pari protezione costituzionale: diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero ed essere adeguatamente informati; diritto di esprimere un voto eguale, libero e segreto; diritto di accedere alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza; diritto di concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale; diritto di essere lasciati in pace all'interno della propria sfera privata; diritto di esercitare liberamente l'iniziativa economica nei settori dell'informazione e della comunicazione; diritto al rispetto del proprio onore e dignità; diritto a vedere rimossi gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono l'effettiva partecipazione dei cittadini all'organizzazione politica, economica e sociale del paese.

Queste posizioni soggettive sono tutte ugualmente interessate dalla gara per la conquista di voti, ancorché sotto profili differenti, ed entrano in contrapposizione diretta durante la campagna elettorale. Non è casuale, a questo proposito, l'uso di un termine che «immediatamente evoca *movimenti e scontri*

senza esclusioni di colpi propri delle *campagne militari*» [Bettinelli 1997, 61], entrato a far parte del linguaggio comune per rappresentare in modo realistico l'atmosfera che circonda ogni consultazione elettorale.

In questo quadro il regolatore deve tentare un contemperamento tra le diverse posizioni soggettive in campo, individuando un ragionevole punto di bilanciamento tra interessi antitetici. La questione ha suggerito soluzioni molto diverse all'interno degli ordinamenti nazionali, in una gamma che spazia dal sostanziale bando dell'attività propagandistica sui mezzi di comunicazione dotati di maggiore capacità diffusiva, quali televisione e media elettronici, per giungere a scelte di segno radicalmente opposto, che pongono la tutela del valore della libertà di espressione al di sopra di ogni altro principio costituzionale. Nel primo caso il riferimento è all'Inghilterra, dove il *Communications Act* del 2003 vieta le trasmissioni politiche ed elettorali a pagamento e impone all'Office of Communications (Ofcom, l'Autorità indipendente per le comunicazioni) di verificare che i concessionari radiotelevisivi *free-to-air* offrano spazi televisivi gratuiti per le trasmissioni politiche ed elettorali (incluse quelle concernenti i referendum)¹. Il *Broadcasting Code* adottato dall'Ofcom nel luglio 2005 è intervenuto a fissare per tutte le imprese radio-televisive, pubbliche e private, obblighi sostanziali di *fairness*, che implicano il divieto permanente di schierarsi apertamente a favore di una proposta politica (c.d. *impartiality and no-editorialising obligations*). Nel secondo caso il riferimento è al sistema statunitense, dove a partire dal 1987 la Federal Communications Commission (Fcc) ha cancellato i principi della c.d. *Fairness Doctrine*, che imponeva alle imprese televisive americane il rispetto di specifici obblighi di servizio pubblico (tra cui l'obbligo di assicurare accesso al mezzo televisivo alle diverse voci presenti in società e il diritto di replica), lasciando sopravvivere solamente il diritto a un uguale trattamento dei

¹ *Communications Act* del 2003, ss. 319(2)(g), 321(2), 333. In base alle regole sviluppate dall'Ofcom, i partiti maggiori hanno diritto ad ottenere un certo numero di spazi gratuiti in vista delle elezioni, mentre gli altri partiti possono ottenere spazi in proporzione al numero di candidature presentate. La legislazione inglese riconosce espressamente il *right of reply*, una forma particolare di «diritto di accesso» imposto dalla direttiva europea «Televisione senza frontiere».

candidati e dei sostenitori dei candidati nell'uso del mezzo radiotelevisivo (c.d. *equal opportunities*)².

A fronte di questa grande varietà di posizioni, tuttavia, emergono anche momenti di convergenza tra le democrazie stabilizzate. Un primo elemento unificante si evidenzia nel rapido sviluppo del *corpus* normativo concernente le campagne elettorali: in molti ordinamenti contemporanei la materia è stata oggetto di una crescente e progressiva attività regolativa negli ultimi decenni, caratterizzata da norme sempre più puntuali e mirate, dirette a conformare comportamenti che, per propria natura, tendono a sottrarsi a regole scritte e a standard predefiniti [Fusaro 2004a, 51]. A questo riguardo alcuni studi sottolineano l'esistenza di un orientamento «comune» alle *established democracies*, in cui si esprime una sorta di *idem sentire* dei principali paesi industrializzati, europei ed extraeuropei (con l'importante eccezione degli Usa), in materia di trasmissioni di rilievo politico: rientra in questo nucleo comune di norme la rigorosa limitazione o addirittura il divieto di pubblicità elettorale a pagamento sul mezzo radiotelevisivo, sia nell'ipotesi di diretta acquisizione di spazi da parte di soggetti politici, sia nell'ipotesi di acquisto da parte di terzi per conto dei soggetti politici o comunque a loro favore [Borrello 2007, 27-30].

Un secondo elemento di convergenza tra gli ordinamenti consiste nel costante riproporsi della dicotomia tra regolazione e liberalizzazione. Nella prassi e nella letteratura specializzata si delineano in sostanza due diverse «dottrine morali» concernenti la regolamentazione dei comportamenti degli attori politici ed economici nel periodo che precede le elezioni: l'una basata su una visione liberista, l'altra su una concezione interventista.

Libertà contro eguaglianza: riaffiora qui il tradizionale scontro tra valori posti a fondamento della democrazia, che, nonostante la loro desiderabilità, non sono mai assoluti. Tenuto conto di ciò, il punto di partenza di ogni ipotesi di regolazione concernente le campagne elettorali è rappresentato dall'esigenza di armonizzare un fascio di diritti che si intersecano continuamente, tutti dotati di copertura costituzionale, e miscelare opportunamente condizioni di libertà e di eguaglianza. Tutto ciò, muovendo dal presupposto che le libertà fondamentali

² Su questi aspetti, v. Hitchens [2006].

non solo devono limitarsi reciprocamente, l'una con l'altra, ma sono per propria natura autolimitanti: «il requisito che le libertà fondamentali siano le stesse per tutti implica che io possa ottenere una maggiore libertà per me solo se la stessa maggiore libertà è concessa anche agli altri» [Rawls 1993; trad. it. 1999, 284].

2. *Le regole per l'uso dei mezzi di comunicazione nel periodo di campagna elettorale*

Nel nostro paese ha regnato a lungo una sorta di «finzione dell'irrilevanza per l'ordinamento di tutte quelle attività di diffusione della propria immagine condotte dai partiti politici durante la campagna elettorale» [Grassi 1980, 376]. Un atteggiamento spiegabile, in gran parte, con l'intento di consegnare il processo di formazione della volontà elettorale dei cittadini ad uno spazio partitico «esclusivo», impermeabile alle intrusioni del potere legislativo, esecutivo e soprattutto giudiziario. Si è generata così una vera e propria anomalia di sistema, che assume ancor più rilevanza alla luce dell'esperienza di altri ordinamenti democratici (Inghilterra, Stati Uniti, Germania, Francia), in cui la consuetudine alla disciplina di questo fenomeno è ben radicata. In Italia, fino al 1993, la competizione tra i soggetti politici ha invece ricevuto una regolazione settoriale, frammentaria e – ciò che forse ne rappresenta il difetto principale – focalizzata sulle sole tecniche tradizionali di diffusione del messaggio politico. All'avvio degli anni Novanta alcuni cambiamenti nel tessuto socioeconomico del paese hanno reso improcrastinabile l'intervento del regolatore in materia: la crescente personalizzazione del confronto politico, l'aumento vertiginoso delle spese per le competizioni elettorali e la centralità dei mezzi di comunicazione di massa nel dibattito collettivo hanno costretto il legislatore ad abbandonare la finzione di irrilevanza concernente le campagne elettorali. Già con la riforma introdotta dal referendum abrogativo del 1991, che fissa la preferenza unica per le elezioni della Camera dei deputati con il sistema proporzionale a liste concorrenti, si manifesta una decisa accentuazione del ruolo del candidato rispetto al partito. La rivincita della persona sul partito trova la propria

consacrazione definitiva nel 1994, con la trasformazione in senso maggioritario-uninomiale della legge per le elezioni politiche: non a caso il disegno di legge per la disciplina organica della campagna elettorale fu prima abbinato alla riforma elettorale per la Camera e il Senato, poi stralciato a causa di contrasti sui punti qualificanti, quali il divieto di sondaggi, i criteri per l'attribuzione dei contributi, i limiti alle spese dei candidati e dei partiti, la consistenza dell'apparato sanzionatorio³. In quegli stessi anni lo scandalo di Tangentopoli pone all'attenzione generale il problema delle enormi sovvenzioni private, in gran parte illecite, che alimentano i costi ormai fuori controllo delle campagne elettorali italiane. Le inchieste della magistratura sensibilizzano l'opinione pubblica nei confronti degli eccessi della competizione tra le forze politiche, considerati alla base di una tendenza irreversibile all'aumento dei costi di campagna elettorale. La personalizzazione del confronto elettorale, unita all'avanzamento della tecnologia comunicativa, determina anche un progressivo trasferimento alla sfera politica delle tecniche di impresa e di marketing, nell'ottica di una vera e propria vendita dei candidati agli elettori [Menduni 1994, 70]. In modo crescente i mass media dimostrano di poter influenzare la sfera del dibattito pubblico, manipolandola e controllandola.

Questo insieme di fattori spiega, o quantomeno rende plausibile, il mutamento di indirizzo del legislatore italiano che, pur tardivamente, decide di porre mano al fenomeno elettorale di contorno conosciuto come «campagna elettorale»: in una prima fase, introducendo spezzoni di normazione concernente il comportamento e le spese dei soggetti politici durante le campagne elettorali locali (l. n. 81/1993); in un secondo momento, approvando una disciplina organica del fenomeno, estesa a tutte le competizioni elettorali e comprensiva sia dell'uso politico-elettorale dei mezzi di comunicazione di massa, sia del regime economico-finanziario delle campagne elettorali (l. n. 515/1993). È opportuno, a questo punto, procedere con ordine all'esame del quadro legislativo vigente.

³ Per un'accurata ricostruzione dell'*iter* legislativo che ha condotto all'approvazione di una disciplina autonoma sulle campagne elettorali, v. Fusaro [1995a].

2.1. *La propaganda «tipica»*

Le prime disposizioni in tema di campagna elettorale sono racchiuse nella legge 4 aprile 1956, n. 212, riguardante le forme di propaganda «tipiche» mediante affissioni, propaganda luminosa, figurativa o sonora, lancio di volantini, convocazione di comizi e riunioni elettorali. In base alla legge n. 212/1956, l'affissione di manifesti e stampati elettorali è consentita solo all'interno di appositi spazi a ciò destinati da una deliberazione che la giunta comunale assume tra il 33° e il 30° giorno precedente le elezioni; il divieto di affiggere fuori da questi spazi è generalizzato, e si rivolge tanto ai partiti, ai gruppi politici, ai singoli candidati, quanto a coloro che non partecipano alla competizione elettorale. La giunta municipale provvede a delimitare gli spazi per l'affissione e a ripartirli in tante sezioni quante sono le liste o le candidature uninominali ammesse; l'assegnazione delle sezioni è effettuata seguendo l'ordine di ammissione delle liste o delle candidature, mentre sono vietati gli scambi e le cessioni delle superfici assegnate tra le varie liste o i vari candidati (art. 3).

L'affissione non è la sola forma di propaganda «tipica» ad essere sottoposta a limitazioni: in base alla legge n. 212/1956 a partire dal 30° giorno precedente le elezioni è vietata ogni forma di propaganda elettorale luminosa o figurativa, a carattere fisso in luogo pubblico, fatta eccezione per le insegne indicanti le sedi dei partiti. Per ragioni di ordine pubblico e di conservazione dei centri abitati è altresì vietato il getto di volantini in luogo pubblico o aperto al pubblico, unitamente ad ogni forma di propaganda luminosa mobile (art. 6). Ancora, nel giorno precedente e in quello stabilito per le elezioni (c.d. «pausa di riflessione») sono vietati «i comizi, le riunioni di propaganda elettorale diretta o indiretta, in luoghi pubblici o aperti al pubblico, nonché la nuova affissione di stampati, giornali murali o altri manifesti di propaganda, o l'applicazione di striscioni, drappi o impianti luminosi» (art. 9, comma 1); mentre nei giorni destinati alla votazione è altresì vietata «ogni propaganda elettorale entro il raggio di 200 metri dall'ingresso delle sezioni elettorali» (art. 9, comma 2).

La regolamentazione della propaganda fornita dalla legge n. 212/1956 ha sollevato forti perplessità d'ordine costituzio-

nale, stante il presidio offerto dall'art. 21 Cost. alla libertà di manifestare il proprio pensiero «mediante ogni mezzo di diffusione». Sollecitata più volte ad esprimersi su questa legge, la Corte costituzionale ha sempre giudicato legittimi i divieti ivi disposti, affermando che essi «non toccano minimamente il diritto di manifestare liberamente il pensiero», né comportano violazione del diritto di usare liberamente dei mezzi che ne realizzano la diffusione, ma si limitano a disciplinare l'esercizio di questo diritto, al fine di garantire «che in uno dei momenti essenziali per lo svolgimento della vita democratica, questa non sia di fatto ostacolata da situazioni economiche di svantaggio o politiche di minoranza». Nel pensiero della Corte, «durante la campagna elettorale la concomitante e più intensa partecipazione di partiti e di cittadini alla propaganda politica determina una situazione che giustifica l'intervento del legislatore ordinario diretto a regolarne il concorso»⁴. In base a questa lettura, il diritto di manifestazione del pensiero viene ad essere scomposto in due aspetti, formati rispettivamente dal *contenuto* e dall'*esercizio* del diritto stesso, dei quali solo l'ultimo resterebbe assoggettato alle eventuali limitazioni imposte dal legislatore ordinario. Naturalmente, a condizione che il diritto stesso non risulti snaturato o non ne sia reso arduo o addirittura impossibile l'esercizio.

La sentenza n. 48/1964, è stato rilevato, è importante soprattutto perché enuncia una sorta di *par condicio... ante litteram* [Grandinetti 2002, 1316], ammettendo la possibilità per il legislatore di limitare, nel periodo elettorale, le manifestazioni effettuabili da parte di alcuni (cioè i soggetti politici con maggiori disponibilità economiche o maggior seguito

⁴ I passaggi sono tratti dalla motivazione in diritto Corte cost., sentenza 4 giugno 1964, n. 48; e in gran parte ripresi e ribaditi da Corte cost., sentenza 16 giugno 1965, n. 49. Sul punto, particolare interesse suscita Corte cost., sentenza 3 maggio 1985, n. 138, che respinge la questione di legittimità costituzionale dell'art. 7, comma 2, l. n. 130/1975, sollevata in riferimento all'art. 21 Cost., nella parte in cui, entro il termine di trenta giorni antecedenti la data delle elezioni, consente l'uso di altoparlanti su mezzi mobili soltanto per il preannuncio dell'ora e del luogo in cui si terranno i comizi e le riunioni di propaganda elettorale. La pronuncia sviluppa uno spunto già contenuto nelle precedenti sentenze nn. 1/1956, 121/1957, 38/1961, 48/1964, 49/1965, 129/1970; nonché nelle ordinanze n. 97/1965 e n. 106/1974, inserendosi in un filone giurisprudenziale ormai consolidato in materia.

politico), per assicurare a tutti la possibilità di concorrere in condizioni di uguaglianza. In dottrina sembra prevalere l'orientamento favorevole alla possibilità di introdurre limiti e divieti alla propaganda elettorale mediante lo strumento legislativo ordinario⁵, anche se non mancano autorevoli voci contrarie ad una generale facoltà del legislatore di comprimere la libertà di manifestazione del pensiero attraverso l'imposizione di limiti all'utilizzazione dei mezzi di diffusione, sul presupposto dell'impossibilità di distinguere tra materialità del mezzo e contenuto del pensiero⁶.

La bontà degli intenti da cui muove la legge n. 212/1956, tuttavia, non sempre trova corrispondenza nelle scelte compiute sul piano tecnico. Si pensi, ad esempio, alla estrema brevità del periodo di controllo (trenta giorni circa) entro cui vige il divieto di affissioni al di fuori degli spazi predefiniti dal comune: dato che solo le «nuove» affissioni vanno incontro al divieto legale, i soggetti politici hanno facile gioco – favoriti anche dalla progressiva dilatazione delle campagne elettorali – nell'aggirare questa regola affiggendo manifesti e poster prima dell'inizio del divieto e lasciandoli esposti per tutta la campagna elettorale.

Un altro difetto tecnico della legge del 1956 risiede nell'aver posto limitazioni alla sola propaganda elettorale a carattere «fisso» in luogo pubblico, sia essa figurativa o luminosa. Nasce di qui la pratica frequente dell'impiego di mezzi mobili (auto, furgoni, camion) per il trasporto di cartelloni, poster e propaganda elettorale figurativa: un fenomeno che, oltre ad essere fonte di potenziale disparità tra i candidati per i costi che comporta, appare senz'altro inopportuno da un punto di vista civico⁷.

⁵ Per tutti, v. Mortati [1962, 367], il quale ritiene addirittura che la l. n. 212/1956 sia «insufficiente espressione» della giusta tendenza ad una rigorosa ed efficace disciplina della propaganda elettorale.

⁶ V. Fois [1964, 954].

⁷ Un difetto strutturale, e non solo tecnico, riguarda invece il meccanismo per l'assegnazione degli spazi destinati all'affissione tra le forze politiche, basato su una logica (ciecamente) paritaria che segue l'ordine di ammissione delle liste o delle candidature: è evidente che concedere uguali spazi di visibilità a forze dotate di rappresentatività politica del tutto diversa rischia di generare una babele di voci nella quale è difficile, per l'elettore, orientare

2.2. *La tornata legislativa del 1993*

Il primo vero segnale della volontà di regolare i comportamenti elettorali si ha con l'approvazione della legge 25 marzo 1993, n. 81, sull'elezione diretta del sindaco. L'intero capo III della legge n. 81/1993 è dedicato a disciplinare le attività dei soggetti che prendono parte alle competizioni elettorali locali, sia sotto il profilo delle forme di manifestazione del pensiero, sia in relazione alle spese effettuate nel periodo di campagna elettorale (artt. 28-30). Vi si trovano disposizioni concernenti l'accesso alla stampa e ai mezzi di informazione televisiva, la propaganda elettorale e istituzionale, la pubblicità delle spese elettorali: regole in parte vigenti, che continuano ad applicarsi con forza di specialità ai procedimenti elettorali locali⁸.

Pur mancando di respiro generale, questa legge ha il merito di aver conferito dignità giuridica a un complesso di comportamenti di notevole importanza per la collettività, sia sotto il profilo sociopolitico, sia economico. Non è affatto casuale, del resto, che la prima disciplina del fenomeno elettorale di contorno noto come «campagna elettorale» provenga proprio da una legge sulle elezioni locali: da tempo gli studiosi dell'informazione hanno posto in luce come l'impulso alla trasformazione delle campagne elettorali, sempre più incentrate su nuove tecniche comunicative del messaggio politico, sulla specializzazione e personalizzazione del rapporto tra candidati ed elettori attraverso l'impiego della televisione e della stampa locale, provenga proprio dalle elezioni amministrative, dove la natura stessa della consultazione facilita un rapporto più diretto tra elettori e attori politici, nonché un confronto più immediato tra le varie proposte politiche⁹.

Naturalmente, la regolamentazione della campagna elettorale non poteva esaurirsi nelle disposizioni della legge n. 81/1993, concernente un fenomeno di dimensioni – tutto sommato – mi-

la propria scelta verso una lista dotata di effettiva capacità di governo. Ma questo punto verrà ripreso e approfondito in seguito.

⁸ Le disposizioni in tema di accesso ai mezzi di comunicazione (art. 28) sono state abrogate dalla l. n. 515/1993, mentre alcune misure sanzionatorie legate alla violazione dei divieti di propaganda (art. 29, comma 5) sono state raggugliate a quelle fissate in materia di elezioni politiche.

⁹ V. Cheli [1981] e Mazzoleni e Boneschi [1980].

nori. Per una corretta regolazione della competizione politica occorrerà giungere ad una legge organica, rivolta specificamente a disciplinare il comportamento degli attori politici e dei mezzi di comunicazione in vista delle diverse consultazioni elettorali. Sulla base di queste premesse, a distanza di pochi mesi dalla legge sull'elezione diretta del sindaco viene alla luce la legge 10 dicembre 1993, n. 515, nata con l'intento di fornire una regolazione unitaria alle attività svolte durante la campagna elettorale. La normativa in parola, di carattere generale, interviene anche a modificare le disposizioni relative alle elezioni locali, contenute nella legge n. 81/1993, cercando di dare coerenza ad una materia sin troppo confusa e disarticolata.

Le scelte compiute dal legislatore italiano con la legge n. 515/1993 forniscono a tutt'oggi l'ossatura portante della regolamentazione delle campagne elettorali. Rispetto alla legge n. 81/1993 la nuova legge si distingue per la maggiore estensione e per la differente impostazione: scorrendone il testo, si coglie l'impianto tipico della normativa di carattere generale, volta a dettare i principi fondamentali e (tendenzialmente) invariabili della materia, da applicare secondo la specificità dei casi. In conseguenza di essa, l'accesso ai mezzi di informazione, i flussi economici, i sondaggi, le agevolazioni fiscali e postali, i servizi elettorali prestati dagli enti pubblici, i divieti di comunicazione istituzionale e pubblica appaiono regolati in forma (sostanzialmente) comune durante il periodo che precede le elezioni politiche, europee, regionali ed amministrative. Solo le consultazioni referendarie, per le peculiarità ad esse proprie, restano escluse da questa regolamentazione generale: la lacuna verrà transitoriamente colmata dai c.d. «decreti Gambino»¹⁰, che prevedono una generale estensione alle consultazioni re-

¹⁰ Il complesso normativo costituito dalle due leggi sopra ricordate (n. 81 e n. 515/1993) venne occasionalmente emendato dal d.l. 20 marzo 1995, n. 83, il quale, approvato in via d'urgenza in vista delle elezioni amministrative del 1995, intendeva porre rimedio ad alcune delle disfunzioni mostrate dalla l. n. 515/1993 nello svolgimento della consultazione elettorale dell'aprile del 1994. Tale decreto legge, riemanato più volte dal governo in forma identica per un periodo pari quasi a due anni, finì in seguito per cadere sotto la scure di una storica decisione della Corte cost., sentenza n. 360/1996, intervenuta a porre freno al fenomeno della reiterazione illimitata della decretazione d'urgenza.

ferendarie delle regole riguardanti le elezioni politiche; e, in seguito, definitivamente risolta dalla legge n. 28/2000¹¹.

Sinteticamente, la legge n. 515/1993 si articola in tre grandi aree: la prima concerne l'uso e l'accesso ai mezzi di comunicazione di massa durante il periodo «ufficiale» di campagna elettorale, che prende il via con l'indizione dei comizi elettorali prevista tra il 70° al 45° giorno precedente le elezioni. Nel disporre l'obbligo per le concessionarie radiotelevisive pubbliche e private, in ambito nazionale e locale, nonché per gli editori di quotidiani e periodici, di garantire la parità di trattamento agli attori politici nell'accesso agli spazi dedicati alla *propaganda*, il legislatore affida alla commissione Rai e all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom) (in relazione alle concessionarie private e alla stampa) il compito di fissare le modalità di utilizzazione degli spazi e di vigilare sul rispetto delle disposizioni indirizzate alla parità di trattamento. Per quanto riguarda l'*informazione* in senso stretto, la legge si limita a disporre che, nelle trasmissioni informative (telegiornali, notiziari, programmi tematici) riconducibili alla responsabilità di una testata giornalistica, la presenza di candidati ed esponenti politici deve limitarsi esclusivamente all'esigenza di assicurare la completezza e l'imparzialità dell'informazione. Nessuna limitazione, invece, è stabilita per l'informazione sulla stampa.

Ancora, per ragioni di imparzialità e per esigenze di rispetto della parità di trattamento dei candidati si fa divieto a tutte le pubbliche amministrazioni di svolgere attività di propaganda di qualsiasi genere, seppure inerente alla loro attività istituzionale, a partire dalla convocazione dei comizi elettorali¹². Si vogliono così prevenire i rischi di interferenza e distorsione che l'attività propagandistica delle pubbliche amministrazioni potrebbe generare rispetto ad una libera consultazione elettorale: la

¹¹ Secondo una parte della dottrina, non si tratterebbe di una svista ma di una intenzionale omissione del legislatore legata alla peculiarità delle consultazioni referendarie, che hanno una funzione genetica di strumento di controllo diretto e straordinario dei cittadini nei confronti dei propri rappresentanti. Tuttavia, si osserva, nel momento in cui il referendum «è divenuto altro da sé, trasformandosi inesorabilmente in uno strumento di indirizzo politico ordinariamente concorrente, e spesso più efficace, rispetto a quelli tradizionalmente abilitati», queste giustificazioni vengono a perdere di spessore. V. Ferioli [2001, 633 ss.].

¹² Il divieto è confermato dall'art. 9 l. n. 28/2000.

ratio della norma è di evitare che l'attività di comunicazione istituzionale svolta dall'amministrazione uscente durante questo periodo «sensibile» possa sovrapporsi ed interagire con l'attività propagandistica svolta dalle liste e dai candidati, dando vita ad una forma parallela di campagna elettorale, alimentata da denaro pubblico e sottratta a qualsiasi tipo di regolamentazione.

Ragioni non dissimili, volte a garantire l'obiettività informativa e a scongiurare interferenze nel libero voto dei cittadini, spingono inoltre il legislatore a vietare, nei quindici giorni precedenti la data delle elezioni e fino alla chiusura delle operazioni di voto, la diffusione dei risultati di sondaggi demoscopici sull'esito delle elezioni e sugli orientamenti politici degli elettori¹³. Questo divieto, come del resto quelli che vanno ad incidere su forme c.d. «neutrali» di informazione, ha suscitato più di una perplessità negli studiosi: nel discutibile intento di proteggere l'elettore da una presunta suggestionabilità e dalla tendenza ad indirizzare il proprio voto in base all'esito di indagini demoscopiche (c.d. «effetti *bandwagon* e *underdog*», rispettivamente a favore e contro i soggetti in testa ai sondaggi), il legislatore finisce per sottrarre all'opinione pubblica un'importante fonte di informazioni a ridosso della consultazione elettorale. Vale la pena di ricordare, in proposito, che un paese estremamente incline alla regolazione del fenomeno elettorale come l'Inghilterra non ha ritenuto ammissibile l'imposizione di restrizioni legislative alla diffusione dei sondaggi, nonostante la pubblicazione di queste indagini avesse suscitato vive critiche da più parti¹⁴; e che in Francia una modifica legislativa ha ridotto il divieto di diffondere i sondaggi da una settimana alle 24 ore precedenti le elezioni¹⁵. Queste scelte sono dovute, oltre che alla difficoltà pratica di esercitare un efficace controllo sui mezzi di informazione, alla considerazione assorbente che qualsiasi limitazione imposta alla pubblicazione di sondaggi nel periodo precedente le elezioni finirebbe per contrastare apertamente con l'art. 10

¹³ Il divieto è confermato dall'art. 8 l. n. 28/2000.

¹⁴ Già nel 1968 la Speaker's Conference on Electoral Law aveva espresso l'avviso che non dovessero essere ammesse «trasmissioni e pubblicazioni su quotidiani o altri periodici aventi ad oggetto gli esiti di un sondaggio dell'opinione pubblica [...] nelle 72 ore precedenti la chiusura delle urne».

¹⁵ L. n. 2002-214 del 19 febbraio 2002, che modifica la precedente l. n. 77-808. Sul tema, v. Fusaro [2004a, 31 ss.].

della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu), che include il diritto di ricevere e comunicare informazioni senza ingerenze da parte dell'autorità pubblica.

La seconda parte della legge n. 515/1993 concerne il regime economico-finanziario delle campagne elettorali, tema che esula dalla presente analisi.

La terza parte, infine, contiene l'apparato sanzionatorio per la violazione delle norme sull'accesso ai mezzi di comunicazione di massa, nonché sulla trasparenza e contenimento delle spese elettorali. Le misure variano da sanzioni amministrative pecuniarie, rimozione della propaganda abusiva, ineleggibilità o decadenza dalla carica dei candidati eletti. Vale la pena segnalare, in proposito, l'inadeguatezza di sanzioni pecuniarie rispetto ai candidati dotati di maggiore disponibilità economica, pronti ad affrontare spese aggiuntive pur di riuscire ad incidere con maggior forza sull'opinione pubblica; e la sostanziale astrattezza dei rimedi in forma specifica, come la decadenza dalla carica e la ineleggibilità, rimasti pressoché inapplicati nel corso delle ultime consultazioni elettorali.

3. *La c.d. «par condicio»*

Ad una parte delle lacune lasciate aperte dalla legge n. 515/1993 prova a dare risposta la legge 22 febbraio 2000, n. 28, recante «Disposizioni per la parità di accesso ai mezzi di informazione durante le campagne elettorali e referendarie e per la comunicazione politica». Questa riforma, nota comunemente come «par condicio» (anche se il termine venne per la prima volta utilizzato in quest'accezione dall'allora presidente della Repubblica Oscar Luigi Scalfaro, con riferimento ai decreti Gambino, interviene a modificare solo quella parte della legge n. 515/1993 concernente l'uso dei mezzi di comunicazione (e relative sanzioni); viceversa, lascia intatta la previgente disciplina sul regime economico-finanziario delle campagne elettorali, sopra richiamata.

3.1. *I pregi della riforma*

Tra gli elementi positivi introdotti dalla legge n. 28/2000 può ricordarsi, in primo luogo, la semplificazione ottenuta attraverso l'unificazione delle regole concernenti l'uso dei mezzi di comunicazione per finalità politiche o elettorali per i diversi tipi di consultazione (compresi i referendum, quindi): in questo senso, la legge «promuove e disciplina altresì, allo stesso fine, l'accesso ai mezzi di informazione durante le campagne per l'elezione al Parlamento europeo, per le elezioni politiche, regionali e amministrative e per ogni referendum» (art. 1).

In secondo luogo si segnala con favore la presa d'atto, da parte del legislatore, che la parità di trattamento dei competitori dipende anche e soprattutto dai costi della comunicazione politica ed elettorale. Non può assicurarsi vera eguaglianza di opportunità solo prevedendo una formale parità di accesso agli spazi propagandistici sui mezzi di informazione: se i prezzi degli spazi sono così elevati da generare disuguaglianze tra i partiti e i candidati più facoltosi e quelli privi di mezzi economici, è chiaro nessuna garanzia di parità di trattamento può essere assicurata ai competitori. Il problema è reso ancora più acuto dal fatto che, nell'ambito dello scenario politico italiano, un pericoloso vuoto normativo consente a candidati e formazioni politiche di esercitare un controllo proprietario diretto su grandi gruppi imprenditoriali operanti nel settore della comunicazione. In questo senso la legge n. 28/2000 ha il pregio di introdurre un cambiamento importante in direzione della parità del confronto elettorale: sulla scorta di altre esperienze straniere (ad es., Inghilterra e Francia), il legislatore viene a sottrarre al mercato l'attività di comunicazione politica (in senso lato) e rende completamente *gratuita* l'offerta di spazi di propaganda e di pubblicità elettorali da parte delle emittenti nazionali, pubbliche e private, sia nel periodo strettamente elettorale, sia durante la restante parte dell'anno, con l'unica eccezione dell'emittenza locale (art. 4).

In terzo luogo va apprezzata la novità per cui le regole sull'uso dei media (sulla comunicazione politica, in particolare) non fanno riferimento solamente al periodo di campagna elettorale «ufficiale», ma sono destinate a valere durante l'intero arco dell'anno, riconoscendo la realtà di campagne elettorali continuative e permanenti (artt. 2 e 3).

In quarto luogo è da condividere l'intento di garantire un contenuto informativo minimo alla pubblicità politica ed elettorale (oggi «messaggi politici autogestiti»), sia in periodo di campagna elettorale, sia durante il resto dell'anno, in modo da evitare un progressivo impoverimento della comunicazione su questi temi, a detrimento del diritto all'informazione degli elettori. In questo senso la legge stabilisce che «i messaggi recano la motivata esposizione di un programma o di un'opinione politica e hanno una durata compresa tra uno e tre minuti per le emittenti televisive e da trenta a novanta secondi per le emittenti radiofoniche, a scelta del richiedente. I messaggi non possono interrompere altri programmi, hanno un'autonoma collocazione nella programmazione e sono trasmessi in appositi contenitori, di cui ogni emittente comunica alla Commissione o all'Autorità, con almeno quindici giorni di anticipo, la collocazione nel palinsesto» (art. 3, comma 3). Gli spazi per i messaggi sono offerti in condizioni di parità di trattamento ai soggetti politici che dispongono di una rappresentanza nelle assemblee da rinnovare, mentre l'assegnazione degli spazi in ciascun contenitore è effettuata mediante sorteggio (art. 3, comma 6).

Infine, appare assai positivo il cambiamento apportato alla tipologia delle sanzioni, che consente di dare molto più spazio alle sanzioni c.d. «in forma specifica» rispetto alle sanzioni pecuniarie, rivelatesi inefficaci e peraltro dotate di impatto diverso a seconda della capacità economica dei destinatari: attualmente, le sanzioni consistono nella immediata sospensione delle trasmissioni in violazione della legge, cui eventualmente fa seguito la messa a disposizione di spazi per la trasmissione di pubblicità a favore dei soggetti danneggiati, in modo da ripristinare l'equilibrio tra le forze politiche e tra le tipologie di trasmissioni propagandistiche, secondo un meccanismo di carattere compensativo (art. 9).

3.2. Le criticità della riforma

Vanno invece evidenziati in senso critico alcuni cambiamenti introdotti dalla legge n. 28/2000 che non risolvono, e talora persino aggravano, i difetti manifestati dalla disciplina previgente. La prima criticità concerne i destinatari delle norme sull'accesso

alla informazione e alla comunicazione politica. A seguito dei vincoli posti dalla legge n. 515/1993 e rafforzati dalla legge n. 28/2000, sembra potersi escludere un effettivo potere decisionale della commissione Rai (e, parallelamente, dell'Agcom, per quanto riguarda le televisioni private) in ordine alla selezione delle diverse domande d'accesso o alla materiale distribuzione degli spazi di comunicazione politica o propagandistica; questo potere decisionale è infatti attribuito direttamente alle imprese esercenti attività di radiodiffusione e di stampa, alle quali spetta di valutare le singole domande di accesso in base ai parametri forniti dalla stessa commissione e dall'Agcom. Si configura così un vero e proprio *diritto soggettivo d'accesso*, sia pure riferito non alla singola trasmissione, ma all'insieme di più puntate dello stesso programma, sanzionabile da parte dell'Agcom e giustiziabile nelle forme consuete¹⁶. Non è chiaro tuttavia se questo diritto di accesso sia riconosciuto ai singoli candidati, ovvero a partiti, movimenti e formazioni politiche in genere, ovvero a tutti questi soggetti: sul punto, la formulazione del testo è assai oscillante e incerta (art. 1, comma 1) e potrebbe persino dare adito a dubbi di costituzionalità [Manetti 2006, 752]. È ben evidente che, dal punto di vista delle imprese di comunicazione, l'obbligo di garantire parità nell'accesso agli spazi varia sensibilmente a seconda che a farne richiesta siano singoli, liste o gruppi.

Ancora, appare assai indeterminato e incerto il criterio di *ripartizione* degli spazi di comunicazione politica tra i richiedenti l'accesso, fuori e durante il periodo di campagna elettorale: sul punto, non è chiaro se la ripartizione debba avvenire in proporzione alla rappresentatività o in forma egualitaria tra le diverse formazioni politiche¹⁷. Il dubbio è alimentato dalla circostanza che in altri ordinamenti solo i partiti maggiori o quelli dotati di effettiva rappresentatività hanno diritto di ottenere spazi all'interno delle trasmissioni televisive (è il caso, ad es.,

¹⁶ Indicazioni a favore della natura di diritto soggettivo d'accesso dei richiedenti, rispetto al quale le concessionarie radiotelevisive nazionali sono obbligate all'offerta (oggi gratuita) di spazi, si rinvengono anche in Corte cost., sentenza 24 aprile 2002, n. 155; nonché nell'«Atto di indirizzo sulle garanzie del pluralismo nel servizio pubblico radiotelevisivo» della commissione Rai, seduta dell'11 marzo 2003.

¹⁷ Art. 2, comma 1; art. 3, comma 6; art. 4, commi 2 e 3.

di Inghilterra, Francia e Germania): in questi sistemi contano i seggi ottenuti alle precedenti consultazioni, il numero di candidature presentate a quelle in corso, il radicamento territoriale e altri indicatori della rappresentatività dei partiti, che vengono graduati diversamente a seconda che si intenda privilegiare la stabilizzazione o il ricambio del sistema politico.

Nel nostro ordinamento la scelta di attribuire ad un'amministrazione posta al di fuori del circuito della democrazia rappresentativa, l'Agcom, il compito di fissare o integrare regole così importanti, come quelle sulla ripartizione degli spazi, ha sollevato più di una perplessità tra gli studiosi del diritto costituzionale, che individuano in questo potere una possibile violazione del principio di legalità ed una altrettanto illegittima compressione di diritti costituzionalmente protetti. Di fatto, l'Agcom ha optato per un'interpretazione del concetto di «parità» nel senso di *proporzionalità al consenso elettorale* ottenuto dai soggetti politici con riferimento alla più recente consultazione elettorale¹⁸: per quanto coerente con un sistema elettorale che vuole favorire la competizione bipolare e garantire la governabilità delle istituzioni, non si può non rilevare che un meccanismo di calcolo di questo tipo avrebbe dovuto essere indicato dal legislatore, e non da un'autorità priva di rappresentatività politica.

È invece la stessa legge n. 28/2000 a prevedere che, per il tempo intercorrente tra la convocazione dei comizi elettorali e la presentazione delle candidature, i soggetti politici tra cui operare la ripartizione degli spazi di comunicazione politica sono solo quelli presenti nelle assemblee da rinnovare; viceversa, nel tempo intercorrente tra la presentazione delle candidature e la chiusura della campagna elettorale, gli spazi vanno ripartiti *secondo il principio della pari opportunità* tra le coalizioni e le

¹⁸ Agcom, delibera n. 200/00/Csp. In realtà, nel corso delle elezioni politiche del 2006 solo il 20% degli spazi radiotelevisivi per la comunicazione politica è stato ripartito «in proporzione alla consistenza di ciascuna forza politica nelle assemblee di riferimento», e solo nel periodo intercorrente tra la convocazione dei comizi elettorali e la presentazione delle candidature; per il resto la ripartizione degli spazi è avvenuta in modo paritario tra le forze politiche (Agcom, delibera n. 29/06/Csp). Criteri analoghi sono stati adottati dalla commissione Rai in riferimento alla comunicazione politica effettuata dalla concessionaria pubblica (delibera 1 febbraio 2006).

liste che hanno presentato candidature in collegi e circoscrizioni che interessino almeno un quarto degli elettori chiamati alla consultazione (art. 4, comma 2). Quest'ultima previsione, se da un lato valorizza una giusta esigenza di rinnovamento politico, dall'altro produce l'ennesima oscillazione tra i concetti di parità sostanziale (proporzionale alla rappresentatività) e formale (un partito, uno spazio) di cui certamente non si avvertiva la necessità¹⁹.

Ma – e questa è forse la omissione più grave – nessuna definizione o precisazione utile viene fornita con riferimento al concetto di «informazione». La legge n. 28/2000, fa riferimento all'informazione per affermarne l'esclusione dalle regole valide per la comunicazione politica e i messaggi politici autogestiti, ma non dice se debbano valere regole diverse per le emittenti private e la concessionaria pubblica nella trasmissione di programmi informativi (notiziari, telegiornali). Il testo della legge si limita ad attribuire alla commissione Rai e all'Agcom la definizione dei «criteri specifici ai quali, fino alla chiusura delle operazioni di voto, devono conformarsi la concessionaria pubblica e le emittenti radiotelevisive private nei programmi di informazione, al fine di garantire la parità di trattamento, l'obiettività, la completezza e l'imparzialità dell'informazione» (art. 5, comma 1). Sul punto – oltre a gravare gli stessi dubbi sopra segnalati in merito al rispetto del principio di legalità – va segnalata l'importante attività di supplenza svolta dalla Corte costituzionale che, in ragione dei differenti obblighi di servizio spettanti alle emittenti private e alla concessionaria pubblica, ha riconosciuto alle prime una sostanziale libertà di schierarsi

¹⁹ L'ambiguità della previsione legislativa ha fatto sì che, nel corso della campagna elettorale per le elezioni politiche del 13-14 aprile 2008, l'Agcom abbia potuto in parte modificare il proprio orientamento nella ripartizione degli spazi di comunicazione politica, assegnandone il 50% in modo paritario, e il restante 50% in proporzione alla forza parlamentare dei soggetti politici, per il periodo intercorrente tra la convocazione dei comizi e la presentazione delle candidature (Agcom, delibera n. 33/08/Csp). Criteri analoghi sono stati adottati dalla commissione Rai in riferimento alla comunicazione politica effettuata dalla concessionaria pubblica nel medesimo periodo di riferimento (delibera 20 febbraio 2008). Ciò, naturalmente, ha sollevato la protesta delle forze politiche minori (Udc, Rosa Bianca, Sinistra Arcobaleno, La Destra), che in questa scelta hanno evidenziato una forte penalizzazione del proprio diritto a utilizzare gli spazi televisivi per la comunicazione politica.

nei notiziari messi in onda *fuori* del periodo di campagna elettorale «ufficiale»; mentre alla seconda ha ricordato l'obbligo di assicurare per tutto l'arco dell'anno un'informazione completa, di adeguato livello professionale e rigorosamente imparziale nel riflettere il dibattito tra i diversi orientamenti politici che si confrontano nel paese²⁰.

Ora, premesso che tutte le trasmissioni televisive sono «informative» in senso lato e per tutte sorge quindi l'esigenza di mantenere un necessario distacco e un equilibrio rispetto all'attualità politica in periodo elettorale, come ha più volte rilevato la Corte costituzionale²¹, va notato che alcuni programmi presentano particolari problemi di classificazione con riferimento ai contenuti. La difficoltà principale, in questi casi, consiste nel tracciare una valida demarcazione tra informazione e comunicazione politica, come dimostrano alcuni esempi tratti dal repertorio dell'Agcom: la trasmissione *Porta a Porta*, di incerta collocazione tra le trasmissioni a carattere informativo e di comunicazione politica (delibera n. 70/00/Csp, 6 aprile 2000); il programma *Excalibur*, classificato come informativo solo in ragione della sua riconducibilità formale alla testata giornalistica del Tg2 (delibera n. 92/03/Csp, 16 maggio 2003); la trasmissione *Sciuscìa*, considerata anch'essa come informativa ma ugualmente sottoposta a scrutinio di imparzialità e obiettività da parte dell'organismo di vigilanza (delibera n. 91/03/Csp, 15 maggio 2003). Davanti a trasmissioni di carattere misto come quelle ora ricordate, l'unico criterio ordinatore dotato di ragionevolezza poggia sulla differenza tra «conduzione leggera» e «conduzione pesante», e porta a distinguere tra programmi affidati alla prevalente guida e responsabilità delle emittenti (programmi *sui* politici) e programmi affidati alla prevalente guida e responsabilità dei soggetti partecipanti al confronto elettorale (programmi *dei* politici): i primi da ascrivere alla categoria dei programmi di informazione, i secondi alla comunicazione politica, con il corollario di regole da ricollegare alle rispettive tipologie di emissione [Borrello 2004; Manetti

²⁰ Corte cost., sentenze n. 155/2002 e n. 284/2002. Sul punto, v. però la diversa lettura degli obblighi informativi spettanti alle emittenti private data dall'Agcom con le delibere nn. 90/03/Csp, 22/06/Csp e 22/07/Csp, di seguito analizzate.

²¹ Corte cost., sentenze nn. 826/1988, 420/1994, 466/2002.

2006]. Anche su questo punto, evidentemente, il legislatore avrebbe potuto fare maggiore chiarezza, evitando di affidare all'interprete la scelta tra soluzioni assai diverse.

Nessuna attenzione, poi, viene prestata dalla legge alle forme di propaganda politica che sfruttano i servizi della società dell'informazione: si pensi al frequente uso di *spamming* attraverso la posta elettronica, *banner* e *pop-up* durante la navigazione in Internet, messaggi subliminali sui siti, *marketing online*, messaggi di testo lanciati attraverso la telefonia mobile, e varie forme di comunicazione individuale o punto-a-punto, impiegate su larga scala al fine di ottenere risultati non dissimili dalla comunicazione di massa. In questi casi le uniche regole applicabili sono legate alla tutela della riservatezza personale e alla pubblicità ingannevole, ma è evidente la necessità di introdurre una disciplina *ad hoc* per regolare l'impiego dei nuovi media nella competizione politica ed elettorale²².

Solo con i programmi di intrattenimento la legge n. 28/2000 torna ad essere prodiga di indicazioni, vietando a chiunque vi prenda parte durante le campagne elettorali di fornire, anche in forma indiretta, indicazioni di voto o di manifestare le proprie preferenze di voto. Analogamente, la legge impone a registi e conduttori di tenere un comportamento corretto e imparziale nella gestione del programma, così da non esercitare, anche in forma surrettizia, un'influenza sulle libere scelte degli elettori (art. 5, commi 2 e 3). Rispetto a questi programmi, addirittura, si registra una sorta di «sovrabbondanza normativa» [Caretto 2000, 14], che tende a predeterminare la durata e i contenuti delle diverse forme espressive, imbrigliando i comportamenti degli operatori culturali.

Parimenti criticabile, ad avviso di chi scrive, è l'aver (inizialmente) ignorato la differenza strutturale tra emittenza nazionale e locale. Date le diverse condizioni economiche che caratterizzano l'emittenza locale rispetto a quella nazionale, questo livellamento legislativo ha spinto all'inizio molte televisioni locali a non partecipare alla vita politica e democratica del paese,

²² Sull'importante ruolo dei *new communication services* nella propaganda politica, v. i rilievi della European Commission for Democracy through Law (c.d. commissione di Venezia) alla risoluzione del Consiglio d'Europa in tema di campagne elettorali, *Opinion on Proposed Changes to Recommendation R(99)15 on Media Coverage of Electoral Campaigns*, 1-2 giugno 2007.

scegliendo di non trasmettere programmi di comunicazione politica o messaggi politici, con un pericoloso calo della quantità di informazione politica in circolazione. Per porre rimedio a questa originaria incongruenza si è adottata una soluzione forse peggiore del male. La legge n. 313/2003, infatti, ha dato ingresso nell'ordinamento ad un codice di autoregolamentazione per l'emittenza locale proposto dalle organizzazioni di categoria, approvato dall'Agcom ed emanato con decreto del ministro delle Comunicazioni, che si è dimostrato assai lacunoso per via di alcuni limiti contenutistici (e non per la natura di strumento autoregolativo, di per sé auspicabile per il settore, v. *infra*). Il punto è che le disposizioni del codice sono limitate per legge alle sole trasmissioni di comunicazione politica, per le quali il principio della parità di condizioni tra i soggetti competitori viene richiamato solo per il periodo che va dalla convocazione dei comizi elettorali fino al giorno delle elezioni [Borrello 2004, 140]. Ne discende una sensibile riduzione del periodo di controllo sulla comunicazione politica, ed una sostanziale liberalizzazione dei messaggi politici autogestiti a pagamento, rispetto ai quali si interrompe l'opportuno collegamento con l'offerta di messaggi a titolo gratuito e la trasmissione di programmi di comunicazione politica.

4. *Libertà di manifestazione del pensiero, libertà di impresa, diritti di elettorato attivo e passivo*

La sentenza n. 155/2002 della Corte costituzionale, sopra richiamata, pone con forza il problema del bilanciamento tra i diritti costituzionali interessati dai processi che portano alla formazione della volontà politica ed elettorale dei cittadini. Sul tema, come ricordato all'avvio di questo scritto, si confrontano tesi molto differenti, incentrate rispettivamente sui valori della libertà e della uguaglianza: nel primo caso si afferma l'impossibilità di assoggettare a limitazioni diritti fondamentali che, come la libertà di manifestazione del pensiero, addirittura precedono l'ordinamento democratico e ne rappresentano una precondizione naturale; nel secondo caso si afferma invece la possibilità di limitare l'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero, in ragione di un necessario collegamento che deve

sempre esistere tra individuo e società, libertà del singolo e regola della maggioranza, costituzionalismo e democrazia.

Secondo la Corte, il momento cardine del fenomeno elettorale e dei processi politici in genere è la *formazione dell'opinione pubblica*. Rilevando un insufficiente sviluppo del pluralismo esterno nel settore radiotelevisivo ed evidenziando un interesse costituzionale generale alla informazione/formazione consapevole della volontà del cittadino, la Corte ammette la possibilità di imporre per legge limiti *modali*, non incidenti sulla libertà di espressione alle concessionarie radiotelevisive pubbliche e private. Questi limiti modali – che comportano doveri di pari trattamento dei soggetti politici e di imparzialità per l'intero arco dell'anno nelle trasmissioni di comunicazione politica, e per il periodo ufficiale di campagna elettorale nelle trasmissioni a carattere informativo – nell'opinione della Corte si giustificano in virtù del meccanismo concessorio che sta alla base del sistema radiotelevisivo italiano (sentenza n. 112/1993) e mirano a imporre una sorta di pluralismo «interno» alle emittenti. Secondo la Corte, l'identità politica dell'impresa televisiva privata, che a piena ragione può configurarsi come impresa di tendenza, è salvaguardata dalla possibilità di realizzare un'informazione schierata *al di fuori* del periodo ufficiale di campagna elettorale: in questo modo vengono superate le obiezioni di funzionalizzazione, dirigismo e finanche esproprio dei palinsesti televisivi che i sostenitori più accesi della tesi liberista hanno mosso all'indirizzo della legge n. 28/2000. Più difficili da superare sono invece le critiche legate alla evanescenza del concetto di «genuinità del voto», che ritroviamo in filigrana in molte sentenze della Corte costituzionale, di solito riferito alla segretezza o alla libertà dalle pressioni esercitate da soggetti che ricoprono cariche particolari, ancorché privo di una solida base legislativa di riferimento: un limite all'espressione del pensiero fondato su «una discutibile e assai vaga suggestionabilità dell'elettore» [Manetti 2006, 761] rischia di cozzare contro elementari esigenze di certezza del diritto, e induce una parte della dottrina a esprimersi in termini di «criptofunzionalizzazione» dell'attività radiotelevisiva privata [Borrello 2004, 134]. Allo stesso modo, l'idea di una maggiore diffusività e pervasività del messaggio televisivo rispetto a quello veicolato da altri mezzi di comunicazione (sentenze

nn. 225/1974, 148/1981, 826/1988, 155/2002) non sembra fondarsi su chiare evidenze scientifiche, e solo con difficoltà riesce a giustificare l'adozione nei confronti della sola emittente radiotelevisiva di una disciplina così rigorosa. L'assenza di solide basi giuridiche su cui fondare queste affermazioni rischia di avvalorare le critiche di coloro che, nella scelta di una regolazione più stringente del mezzo televisivo basata sulla c.d. *impact theory*, intravedono una presunzione di «generale idiozia degli spettatori-elettori», i quali verrebbero posti non in uno stato di generico svantaggio, bensì in una condizione di «obnubilamento totale delle coscienze, capace di azzerare sin le più elementari capacità di giudizio» [Frignani e Rossi 1997, 242]; e, in definitiva, leggono in questa scelta del legislatore la negazione di un «diritto costituzionale del cittadino a prestar ascolto a qualunque tipo di propaganda elettorale anche alla vigilia delle elezioni (tenendo conto che egli è sempre comunque in grado, se lo vuole, di negar facilmente, con un tocco sul telecomando, il suo ascolto)» [Bognetti 2007, 55].

La Corte costituzionale, anziché ricorrere ad argomentazioni fragili e talora apodittiche incentrate sulla distinzione tra contenuti e modalità della comunicazione (un criterio che riprende, *mutatis mutandis*, la vecchia distinzione tra contenuto ed esercizio, tracciata con la storica sentenza n. 48/1964), avrebbe fatto forse meglio ad affrontare il problema a viso aperto e, come avviene in altri ordinamenti, sancire la legittimità di una disciplina avente ad oggetto la programmazione editoriale delle imprese radiodiffusive e, più in generale, dei mezzi di comunicazione di massa. Nelle democrazie a tradizione liberale più consolidata, infatti, si ammette pacificamente la possibilità di dettare misure non solo a protezione dell'ambiente economico esterno e della concorrenza tra le imprese (*structural regulation*), ma a garanzia della varietà e diversità nell'offerta di contenuti, nonché della qualità complessiva della programmazione (*content regulation*)²³.

²³ Quella che Hoffmann-Riem [1996, 282, 283] chiama «imperative regulation», e che si sostanzia in limitazioni, divieti o sanzioni imposti sull'attività di comunicazione televisiva al fine di assicurare che essa non interferisca con la protezione assicurata ad alcuni valori dall'ordinamento nazionale. In argomento v. anche Barendt [1997, 75].

L'ordinamento inglese, tra tutti, si mostra particolarmente propenso ad una *content-based regulation*. Come si è in precedenza ricordato, in questo sistema gli obblighi di imparzialità (*fairness obligations*) impediscono alle emittenti (tutte, sia pubbliche, sia private) di assumere una linea editoriale nei servizi forniti (*no-editorialising obligation*) e impongono ad esse di assicurare sempre una doverosa imparzialità (*due impartiality*) nell'attività informativa, di osservare speciali regole di imparzialità in tutti gli altri programmi (*special impartiality requirements*), evitando di schierarsi apertamente e di dare una ingiustificata prevalenza ad alcuni punti di vista rispetto ad altri²⁴. In base al programma di riforma per il settore della comunicazione varato dal governo inglese, «questi obblighi assicurano che ciascuna emittente faccia da contrappeso rispetto ad altre fonti di informazione, spesso parziali. Questi obblighi, pertanto, contribuiscono in modo significativo ad un appropriato sviluppo del dibattito democratico»²⁵.

Con riferimento specifico alla disciplina in materia di comunicazione politica, si è già osservata in precedenza la serie di stringenti divieti che caratterizzano l'ordinamento inglese (v. *supra* par. 1); in proposito, merita ricordare che anche l'Australia fa ampio ricorso alla *content-based regulation* per garantire visibilità e accesso mediatico alle diverse voci presenti nella società, soprattutto nei periodi preelettorali, con intensità diversa a seconda della capacità diffusiva dei vari mezzi di comunicazione (misurata in termini di audience, tiratura, livello di utenza). Nell'ordinamento australiano il criterio delle *reasonable opportunities* garantisce ai soggetti politici di non essere discriminati a causa dell'orientamento politico delle emittenti e di avere a disposizione spazi televisivi a parità di condizioni²⁶. Finanche

²⁴ *Communications Act* del 2003, ss. 319, 320.

²⁵ Così si legge nel libro bianco *A New Future for Communications*, Department for Culture, Media and Sport-Department of Trade and Industry (Dems-Dti), London, 2000.

²⁶ In Australia si parla di *reasonable (not equal) opportunities*, diritto esercitabile solo da quei partiti che hanno già una rappresentanza nelle assemblee da eleggere. L'Australia ha sempre resistito a qualsiasi tentativo di riconoscere *equal allocation of access time*, sia gratuito, sia a pagamento. La pubblicità elettorale a pagamento è vietata per vari giorni prima delle elezioni, fino alla chiusura delle urne (normalmente, se le elezioni si tengono di sabato il divieto entra in vigore dalla mezzanotte del mercoledì precedente).

l'ordinamento statunitense, in presenza di un *First Amendment* che racchiude in sé una avversione naturale per la *content-based regulation*, ammette l'esistenza di alcune regole volte a garantire diversità di informazioni e opinioni nei servizi di comunicazione. Non va dimenticato, infatti, che l'abbandono della *Fairness Doctrine* da parte dell'ordinamento statunitense (v. *supra* par. 1) ha mantenuto in vita un diritto dei candidati politici ad ottenere uguali opportunità di accedere al mezzo radiotelevisivo (nel senso di *equal time*, a costi uguali e con collocazione comparabile all'interno del palinsesto), ed un corrispondente obbligo per le imprese radiotelevisive di riconoscere un trattamento paritario a tutti i candidati nel momento stesso in cui, durante una campagna elettorale, si verifica l'«uso» di una stazione televisiva da parte di un soggetto politico²⁷. Ciò, senza che nessuno abbia mai lamentato espropri dei palinsesti televisivi. Durante la presidenza Clinton vi furono anche pressioni per il riconoscimento di spazi gratuiti ai candidati (*free political broadcasting time*), ma nonostante qualche appoggio all'interno della Fcc, la proposta non riuscì mai a tradursi in norma, anche a causa dell'opposizione esercitata dall'industria televisiva [Hitchens 2006, 183].

Sul versante europeo, le istituzioni comunitarie hanno ripetutamente evidenziato come la diversità proprietaria dei mezzi di comunicazione e la competizione nel mercato tra le imprese mediatiche, di per sé, non siano sufficienti a garantire il pluralismo dell'informazione²⁸. In particolare, il ruolo giocato dalla televisione (pubblica e privata) nella costruzione della sfera pubblica e la necessità di garantire che questo medium

Le concessionarie pubbliche (Abc e Sbs) non sono soggette al principio di *reasonable opportunities*, ma hanno sviluppato propri *codes of practices* che impongono l'allocatione di spazi gratuiti e paritari ai partiti politici durante la campagna elettorale.

²⁷ A fianco della *equal opportunities rule* la Fcc da anni applica una regola supplementare nota come *Zapple Doctrine*: affermatasi negli anni Settanta e invocata da John Kerry durante le elezioni presidenziali del 2004, questa regola estende il principio delle *equal opportunities* anche ai sostenitori di un candidato. V. *Letter to Nicholas Zapple*, 23 Fcc 2d 707 (1970).

²⁸ Commissione europea, *Media pluralism in the Member States of the European Union*, 16 gennaio 2007, SEC (2007) 32; Parlamento europeo, risoluzione 27 aprile 2006, relativa alla *Convenzione Unesco sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali*; Consiglio d'Europa, *Media Diversity in Europe* (H/APMD(2003)001). In dottrina, v. Mastroianni [2007, 1543 ss.].

svolga opportunamente la sua funzione formativa sono alla base di una serie di regole comunitarie sui *contenuti* editoriali radiotelevisivi (obblighi di imparzialità, divieti di pubblicità per determinate categorie di prodotti, limiti di affollamento pubblicitario, garanzie a tutela delle categorie di utenti più deboli, obblighi di rettifica, ecc.), volte a compensare le lacune del diritto generale della concorrenza.

Ciò posto, non pare potersi condividere l'opinione di chi, pur con argomentazioni attente, ritiene che la logica liberale e individualistica cui «indiscutibilmente si ispira» il diritto di manifestare il pensiero, proclamato nell'art. 21 Cost., implichi necessariamente l'assenza di vincoli contenutistici per l'attività radiotelevisiva privata [Pace 2007]: alla luce di una lettura sistematica delle libertà costituzionali – nel nostro come in ogni altro ordinamento democratico – una conclusione di questo genere non sembra ammissibile, soprattutto in considerazione dell'importanza che l'attività di informazione televisiva riveste nella realizzazione di altri diritti di rango costituzionale, di cui sovente costituisce il presupposto sostanziale. Non a caso, nel corso degli anni la Corte costituzionale ha più volte ricordato che i principi fondanti dell'ordinamento «esigono che la nostra democrazia sia basata su una libera opinione pubblica e sia in grado di svilupparsi attraverso la pari concorrenza di tutti alla formazione della volontà generale» (sentenza n. 112/1993). Il diritto alla completa ed obiettiva informazione del cittadino viene posto dalla Corte sotto l'egida di valori costituzionali primari, connessi al corretto svolgimento del confronto politico su cui si fonda in via permanente il sistema democratico, indipendentemente dai periodi di competizione elettorale (sentenza n. 155/2002). A ben vedere, nel bilanciamento necessario tra libertà di espressione e diritto di accesso delle varie forze politiche al mezzo televisivo viene in gioco non tanto e non solo la libertà di informare dell'impresa considerata in forma atomistica, quanto l'insieme dei principi posti a fondamento dell'ordinamento democratico, tra i quali spicca l'esigenza di garantire un «processo continuo di informazione e formazione dell'opinione pubblica» (sentenza n. 155/2002).

Nell'opinione di chi scrive le limitazioni imposte per legge all'uso di risorse e spazi pubblici (in senso oggettivo) per l'espressione del pensiero politico, se contenute entro termini

ragionevoli e riferite a comportamenti specifici, vanno ritenute non solo legittime, ma necessarie. Il libero uso di risorse pubbliche o sociali limitate (spazi per le affissioni, frequenze radioelettriche, luoghi pubblici in genere) renderebbe infatti impraticabile l'estensione a tutti della medesima libertà, causando discriminazioni e divisioni sociali che, di fatto, contrastano con la libertà d'espressione stessa.

Ma questo non è l'unico motivo a favore di una regolazione che abbia ad oggetto i contenuti della programmazione televisiva. Come si diceva, in una società complessa le libertà individuali vanno viste come autolimitanti, oltre che come reciprocamente delimitate; a questo scopo, occorre valorizzare il legame tra libertà e società, diritti individuali e regola della maggioranza, secondo il classico *argument from democracy* messo in campo da chi ritiene che la libertà di espressione rappresenti il presupposto necessario per il corretto funzionamento e controllo dei governi democraticamente eletti²⁹. In questa prospettiva «l'autonomia dei privati non è in tensione, ma è inestricabilmente intrecciata con la nozione di sovranità popolare» [Sunstein 2000, 499].

4.1. *Le proposte: l'accesso al mezzo radiotelevisivo*

L'attività radiotelevisiva, pubblica e privata, nel momento in cui viene configurata come servizio pubblico in senso oggettivo (art. 7, comma 1, d.lgs. 177/2005; art. 6, comma 1, l. n. 112/2004; art. 1, comma 2, l. n. 223/1990) ben può essere indirizzata dal legislatore verso il perseguimento dell'interesse generale senza che ciò debba destare troppo scandalo o timore.

A questo riguardo un'autorevole dottrina, con argomentazioni sempre rigorose, ritiene che la equiparazione tra informazione radiotelevisiva pubblica e privata sotto il profilo della comune finalizzazione al perseguimento di finalità di interesse generale non possa essere accettata, e che una eventuale assimilazione di due situazioni così diverse ridonderebbe in una illegittimità costituzionale delle norme che dispongono in questo senso. «Se

²⁹ Sulle diverse giustificazioni che sostengono le scelte regolative per una *free speech protection*, v. Barendt [2005, 18].

è pacifico in giurisprudenza e in dottrina» – questa è la tesi di fondo – «che la libertà di informazione costituisce una facoltà rientrante nella libertà costituzionale di manifestazione del pensiero, dovrebbe discenderne che la finalizzazione dell’attività informativa al perseguimento di interessi generali (tipica di una impostazione “democratica”, e quindi funzionale, della libertà di informazione) si pone in radicale contrasto con la proclamazione costituzionale dell’art. 21 Cost., che indiscutibilmente si ispira ad una logica “liberale”» [Pace 2007, 15].

Le ragioni per le quali non si condivide questa lettura dell’art. 21 Cost., che per semplificazione definirò «atomistica», sono già state illustrate e non verranno qui ripetute. Più interessante è invece esaminare le conseguenze che l’Agcom ha ritenuto di dovere trarre da questa assimilazione dell’emittenza radiotelevisiva pubblica e privata sotto la denominazione di «servizio di interesse generale». Sfruttando l’indeterminatezza della legge (v. *supra* par. 3.2), nel corso delle ultime elezioni l’Agcom ha avuto modo di estendere alle imprese private di radiodiffusione obblighi di imparzialità normalmente imposti alla sola concessionaria pubblica, valevoli anche al di fuori del periodo di campagna elettorale formale³⁰. L’Agcom ha infatti sancito che «tutte le trasmissioni di informazione, compresi i telegiornali, le rubriche e le trasmissioni di approfondimento devono rispettare i principi di completezza e correttezza dell’informazione, obiettività, equità, lealtà, imparzialità, pluralità dei punti di vista e parità di trattamento» (delibera n. 22/06/Csp, 1 febbraio 2006). Con una successiva delibera, l’Agcom ha aggiunto inoltre che «le emittenti radiotelevisive pubbliche e private e i fornitori di contenuti in ambito nazionale garantiscono nei programmi di informazione uno spazio adeguato a tutte le iniziative ed eventi di importanza nazionale che rivestano carattere di rilievo per la vita sociopolitica del paese, quali momenti collettivi di partecipazione democratica e di formazione dell’opinione pubblica, nel rispetto dei principi di pluralismo, obiettività, completezza e imparzialità dell’informazione» (delibera n. 167/07/Csp, 8 novembre 2007).

Ciò che colpisce, esaminando questo fascio di deliberazioni, è la volontà del regolatore delegato di assoggettare l’attività

³⁰ Agcom, delibere nn. 90/03/Csp, 91/03/Csp, 22/06/Csp, 22/07/Csp.

informativa delle imprese private a stringenti obblighi di imparzialità e di pari trattamento *anche al di fuori del periodo ufficiale di campagna elettorale*. Se, per le ragioni sopra illustrate, la fissazione di alcuni obblighi puntuali deve considerarsi legittima e necessaria anche rispetto all'attività di radiodiffusione privata a carattere informativo, non può tuttavia trascurarsi che per espressa volontà legislativa le disposizioni concernenti la comunicazione politica «non si applicano alla diffusione di notizie nei programmi di informazione» (art. 2, comma 2, l. n. 28/2000). Questa norma, secondo l'interpretazione data dalla Corte costituzionale, «preclude che in questi programmi, che certamente costituiscono un momento ordinario, anche se tra i più caratterizzanti dell'attività radiotelevisiva, all'emittente possano essere imposti limiti, che derivino da motivi connessi alla comunicazione politica» (sentenza n. 155/2002). A questa disposizione legislativa fa eco quella successiva che assegna all'Agcom e alla commissione Rai il compito di definire i «criteri specifici ai quali, *fino alla chiusura delle operazioni di voto*, debbono conformarsi la concessionaria pubblica e le emittenti radiotelevisive private nei programmi di informazione, al fine di garantire la parità di trattamento, l'obiettività, la completezza e l'imparzialità dell'informazione» (art. 5, comma 1, corsivo nostro).

A parere di chi scrive, imporre un divieto alle emittenti private di schierarsi apertamente, di dare la prevalenza ad un orientamento politico nei programmi di informazione, per tutto l'arco dell'anno, non necessariamente ridonda in violazione della libertà di manifestazione del pensiero: tanto è vero che un legislatore non certo «illiberale» come quello inglese ha deciso di optare per il principio generale del *no-editorialising*, sopra ricordato, valevole per tutte le imprese di radiodiffusione, pubbliche e private, anche nei periodi ordinari. Il punto è che, a legislazione vigente, le delibere dell'Agcom che impongono limiti alla programmazione informativa delle emittenti private fuori dai periodi strettamente elettorali appaiono – nonostante il giudizio contrario del Tar del Lazio³¹ – illegittime per violazione di legge, in particolare per violazione dell'art. 2, comma 2 e art. 5, comma 1, della legge n. 28/2000, sopra richiamati. Nessun

³¹ Tar Lazio, sez. III, 22 giugno 2006, n. 5038 e 2 agosto 2006, n. 6832.

problema di limiti costituzionali, dunque, ma un più modesto problema di conformità di un provvedimento dell'autorità amministrativa con la (attuale) normativa di settore.

Chiarito questo punto, è utile provare a definire un criterio di fondo, una *ratio* cui affidare la soluzione del problema del bilanciamento tra libertà e uguaglianza durante le campagne elettorali, in particolare tra libertà di schierarsi dell'impresa televisiva privata e limiti derivanti dalla protezione di altri diritti di pari rango costituzionale coinvolti da questa manifestazione di libertà. In proposito sembra utile partire da alcune considerazioni preliminari.

L'«interesse pubblico» in senso valoriale, sottostante all'attività televisiva, non può essere adeguatamente garantito dal mero funzionamento di un meccanismo allocativo di risorse economiche, qual è il diritto generale della concorrenza, ma necessita di interventi correttivi da parte dei governi: la teoria economica non si adatta perfettamente al mercato delle comunicazioni, poiché i prodotti mediatici, a differenza di altri, hanno un valore culturale, sociale, politico e non valgono solo per la materia di cui sono composti³². La televisione non può essere trattata come un qualsiasi altro bene prodotto dal mercato, non è semplicemente «un tostapane con le immagini»³³. Inoltre, e forse più importante, lo stato non è l'unico attore capace di interferire con la libertà di espressione, dal momento che i poteri privati operanti nel mercato hanno a volte un maggiore impatto sui diritti e le libertà dei cittadini del potere istituzionale: in questa ipotesi la regolazione gioca a favore, non contro la libertà di espressione e il *free marketplace of ideas*.

³² Radicalmente opposta, sul punto, è la prospettiva di Zeno-Zencovich [2004, 45], da sempre convinto sostenitore di una tesi che considera l'attività radiotelevisiva come una comune attività d'impresa, volta prioritariamente a cercare un mercato per i propri prodotti e del tutto svincolata dalla libertà di espressione del pensiero dei soggetti che vi operano. Secondo questa tesi, ogni regolazione dell'attività televisiva diversa dal diritto generale della concorrenza «è frutto di quell'invadente paternalismo di cui si è detto supporre che il consumatore di idee sia diverso dal consumatore di prodotti materiali, e cioè che in questo secondo caso sappia orientarsi da solo diversificando le sue scelte, mentre nel primo subisca un'irresistibile attrazione verso una unica idea, che solo la mano visibile dell'intervento statale può – per il suo benessere intellettuale – impedire».

³³ Questa nota espressione di Mark Fowler, all'epoca direttore della Fcc, è riportata da Nossiter [1985, 402].

In ragione della sua facile accessibilità, il servizio televisivo (pubblico e commerciale) risulta assai diffuso tra il pubblico e, conseguentemente, dotato di un alto grado di influenza nella vita politica, commerciale, culturale e sociale di un paese. Questa caratteristica fa sì che, quasi dappertutto, la televisione generalista e gratuita (sia pubblica, sia commerciale) venga più intensamente regolata di altri media, quali stampa, televisione a pagamento, radio, internet. Non si tratta di avvalorare evanescenti teorie sul differente impatto psicologico della televisione rispetto ad altri media, basate sulla maggiore passività e minore criticità dell'utente durante la fruizione (*impact theory*), ma semplicemente di prendere atto dell'importanza di questo mezzo nella formazione dell'opinione pubblica: secondo il rapporto Censis/Ucsi sulla comunicazione in Italia (6° rapporto, 30 ottobre 2006) per informarsi il 90% degli italiani ricorre alla televisione, il 56 ai quotidiani, il 47 alla radio, il 29 a internet, il 28 ai libri³⁴.

È dunque la capacità di influenza di un mezzo di comunicazione, in termini quantitativi e qualitativi, a giustificare il grado di minore o maggiore assoggettamento a regole che ne garantiscono il corretto uso.

In proposito altri ordinamenti nazionali, come quello australiano, non mostrano particolari esitazioni nel tradurre in norme di legge il rapporto di proporzionalità esistente tra *grado di influenza*, da un lato, e *intensità della regolazione* dei vari media, dall'altro³⁵. Tanto più un mezzo di comunicazione viene utilizzato, quanto più esso contribuisce alla formazione delle coscienze dei cittadini-utenti e quanto più, di conseguenza, viene circondato da cautele normative che assicurano il corretto funzionamento dei processi volitivi alla base delle istituzioni democratiche. Occorre infatti stabilire regole per l'uso di quei mezzi che più di altri sono in grado di influenzare la volontà dell'elettore e plasmare l'opinione pubblica, soprattutto nella

³⁴ I dati sul rapporto tra informazione e società appaiono ancora più estremi nel 16° Osservatorio sul capitale sociale, Demos & Pi-Coop, pubblicato su «la Repubblica», 26 novembre 2007, che pone in evidenza come quasi la totalità della popolazione italiana (94%) apprenda le notizie dallo schermo televisivo, mentre il 63% si informa attraverso i quotidiani, il 61% attraverso la radio, il 29% attraverso internet.

³⁵ *Broadcasting Services Act* del 1992, ss. 3g, 3h, 3i, 3j.

fase che precede le consultazioni elettorali. Ciò, a prescindere dall'esistenza di un fondamento legislativo per la tutela della «genuinità» del voto: si tratta di preservare il fenomeno democratico in sé, regolando i fattori sociali che contribuiscono alla sua realizzazione.

Questo spiega perché in molti ordinamenti democratici la televisione, nella fase precedente le elezioni, risulta sottoposta a regole sull'accesso più rigorose rispetto alla stampa e alla c.d. «propaganda tipica»³⁶. Naturalmente, ciò non significa che gli altri mezzi di comunicazione non debbano sottostare a regole e limitazioni: si tratterà comunque di una regolazione di intensità proporzionale al ruolo che essi giocano nello svolgimento del dibattito collettivo e nella costruzione della sfera pubblica. A questo proposito, in particolare, è chiara la necessità di introdurre una disciplina per uso propagandistico dei *new media*, capace di superare l'orizzonte di una tutela sino ad oggi incentrata sulla mera riservatezza o sulla buona fede negoziale (v. *supra*).

4.2. *Le proposte: verso una regolazione leggera («light touch regulation»)*

L'imponente bardatura normativa sin qui descritta sarebbe in parte sostituibile, con migliori esiti, da codici di autoregolamentazione (o eventualmente da strumenti di coregolazione) adottati dagli operatori dell'informazione, come avviene da anni in altri ordinamenti³⁷. La dinamica ascendente dell'autoregolazione ha il pregio di creare norme ragionevoli, la cui effettività risulta valorizzata dalla coincidenza tra autore e destinatario, dalla capacità di «ideare soluzioni giuridiche coerenti con l'identità effettiva dei bisogni stessi» [De Minico 2004, 16]. Gli operatori

³⁶ *Contra* Zeno-Zencovich [2004], il quale considera inaccettabile l'introduzione *ex lege* di qualsiasi limite ai contenuti della programmazione televisiva, in base al diverso trattamento cui è sottoposta la televisione rispetto ad altre forme di diffusione del pensiero.

³⁷ V. il caso australiano, in cui il *Broadcasting Services Act* del 1992 richiede agli «industry groups representing the different categories of licensed services [...] to develop codes of practice» (s. 123) che investono vari profili della programmazione commerciale, tra cui «the promotion of fairness and accuracy in news and current affairs programs» (s. 123(2)(d)).

dell'informazione, infatti, sono gli unici in grado di garantire veramente la correttezza e la trasparenza dell'uso dei mezzi di comunicazione di massa durante le campagne elettorali: l'idea di una disciplina che si limiti ad obbligare e sanzionare questi soggetti, evitando ogni loro coinvolgimento o responsabilizzazione nella realizzazione della comunicazione politica, non è solo inopportuna, ma rischia di risultare illegittima laddove la libertà di espressione e di opinione ad essi spettante venga significativamente limitata. Una variante interessante ed efficace della *self-regulation* prevede l'impiego del c.d. «metodo della coregolazione»: in base ad esso, gli organi di rappresentanza di categoria liberamente individuati dalle imprese televisive commerciali (associazioni imprenditoriali, professionali) sono incaricati di elaborare codici di condotta, per poi sottoporli all'approvazione e alla successiva vigilanza delle autorità indipendenti di regolazione; al termine del processo autoregolativo alle associazioni stesse spetta applicare questi codici ed esigerne il rispetto da parte delle singole imprese operanti sul mercato attraverso procedimenti e sanzioni di carattere disciplinare³⁸. Per altro verso, l'esistenza di limiti individuali di spesa imposti ai candidati e ai partiti, se effettivamente fatti rispettare, dovrebbe garantire una uguaglianza sostanziale di chance ai diversi attori della campagna elettorale in relazione alle manifestazioni propagandistiche che restano disponibili a pagamento, eliminando in radice l'esigenza di una regolazione eccessivamente stringente per gli operatori della comunicazione.

Nella prospettiva *de iure condendo*, la legge dovrebbe poi stabilire con maggior precisione una linea di demarcazione tra programmi di comunicazione politica e di informazione: i primi soggetti a regole di pari trattamento tra le forze politiche per tutto l'arco dell'anno, da qualunque emittente siano trasmessi; i secondi soggetti ad obblighi di imparzialità per il solo periodo di campagna elettorale con riferimento alle emittenti commerciali, in ogni tempo nel caso della concessionaria

³⁸ Un esempio in questo senso proviene dall'esperienza inglese, dove, in base al *Communications Act* del 2003 (s. 3), le norme comportamentali elaborate dalle imprese di comunicazione (*industry regulation*) sono rese vincolanti dall'intervento normativo dell'autorità di regolazione (Ofcom). Il problema, in questi casi, si sposta sul ruolo dei controllori esterni e sull'effettività delle sanzioni in caso di violazione dei *codes of practice*.

pubblica. Il discrimine, definito per legge, dovrebbe poi essere meglio specificato attraverso regolamenti Agcom o attraverso i codici di condotta degli operatori, approvati e sottoposti alla vigilanza dell'autorità indipendente. Diversamente, la perdurante ambiguità tra comunicazione politica e informazione rischia, da un lato, di produrre un effetto paralizzante rispetto alla copertura informativa di molti eventi di pubblico interesse; dall'altro, di favorire un incontrollato ricorso alla responsabilità delle testate giornalistiche per realizzare programmi che in realtà hanno un contenuto di comunicazione politica. A questo fine, un parametro dotato di sicura utilità – avanzato in dottrina e già adottato in altri ordinamenti – è rappresentato dal concetto di «prevalente uso» di una trasmissione da parte di soggetti politici ovvero dell'emittente televisiva (programmi *dei* politici o *sui* politici). Basti ricordare che, negli Stati Uniti, la regola dell'«uso», come precisata dalla Fcc, consente di escludere dall'obbligo di pari opportunità molte apparizioni di soggetti politici all'interno di *bona fide news programmes, news interviews, news documentaries, on-the spot coverage of bona fide news events*.

4.3. *Le proposte: verso un sistema elettorale coerente*

Un ultimo spunto riguarda il legame che unisce disciplina della campagna elettorale e legge elettorale.

In primo luogo, va osservato che le leggi n. 515/1993 e n. 28/2000 introducono una sorta di disciplina unitaria valevole per tutte le consultazioni elettorali, eccezione fatta per qualche disposizione speciale stabilita per i referendum³⁹. Questa scelta di per sé dimostra come non vi sia un collegamento necessario tra regolazione della campagna elettorale e legislazione elettorale in senso stretto: nel nostro ordinamento le elezioni per il rinnovo delle varie assemblee rappresentative (nazionali, regionali, amministrative, europee) sono governate da formule

³⁹ La l. n. 28/2000 stabilisce che, per il referendum, durante la campagna elettorale ufficiale gli spazi sono ripartiti in misura uguale tra favorevoli e contrari al quesito referendario, mentre non fornisce indicazioni circa il c.d. «partito dell'astensione», ritenuto dall'Agcom assimilabile allo schieramento politico contrario al quesito.

elettorali tutte diverse tra loro, con il solo denominatore comune del premio di maggioranza, mentre le regole sulla campagna elettorale sono uniche e comuni a tutte le consultazioni.

In secondo luogo, va rilevato che l'attuale legge elettorale, nel prevedere liste bloccate di candidati, sottrae agli elettori la possibilità di indicare la propria preferenza, costringendoli a votare per il partito (da cui dipende la scelta delle candidature e il loro ordine nelle liste). Questo sistema sottrae incentivi sia ai primi, sia agli ultimi candidati di lista, visto che per costoro le probabilità di essere eletti non cambiano in ragione della propaganda svolta; gli unici che mantengono un interesse verso la campagna elettorale sono i candidati *at the water mark*, ossia coloro che occupano una posizione in lista corrispondente al numero di eletti che il partito si attende.

Le liste bloccate, inoltre, finiscono per accrescere il potere dei partiti di livello nazionale, penalizzando quelli dotati di solido radicamento nel territorio e avvantaggiando quelli che si affidano ad una campagna elettorale sui grandi mezzi di comunicazione di massa. Ciò comporta una trasformazione nelle modalità di competizione elettorale: da un lato, la campagna viene a concentrarsi sulle figure dei leader nazionali di partito, sulle candidature in cui maggiormente si identifica il partito, trascurando gli altri candidati; dall'altro, la propaganda finisce per trasferirsi dalle piazze ai grandi mezzi di comunicazione nazionali, attenuando ulteriormente il legame tra rappresentanti ed elettori⁴⁰.

Un impianto istituzionale tendenzialmente bipolare, come quello che da anni si cerca di realizzare nel nostro ordinamento, non può seguire una logica di mera parità formale nell'assegnazione di spazi e risorse pubbliche per la propaganda, ma per forza di cose dovrà tenere in considerazione la rappresentatività e, non ultima, la reale capacità dei soggetti politici di formare un governo stabile. In questo senso, la legge – e non i regolamenti dell'autorità di settore – dovrebbe stabilire con maggiore chiarezza i criteri di allocazione degli spazi pubblici (aree comunali, spazi radiotelevisivi, siti internet, ecc.) tra le forze politiche, mescolando opportunamente logiche di rappresentanza politica orientate verso il passato (in proporzione,

⁴⁰ V. Lacetera e Macis [2005].

ad es., al valore medio tra la rappresentanza dei partiti nelle assemblee da eleggere e al consenso elettorale da essi ottenuto alle ultime consultazioni) e logiche di ricambio politico orientate verso il futuro (in proporzione, ad es., alle candidature presentate alle elezioni in corso, al numero di sedi sul territorio, alle firme raccolte).

Nel tentativo di definire un sistema elettorale migliore, che per un verso assicuri una sufficiente rappresentanza dell'elettorato e per altro verso promuova la «governabilità», ossia il formarsi di stabili ed efficaci maggioranze di governo, nonché l'effettiva alternanza tra schieramenti politici contrapposti, uno dei nodi più delicati è rappresentato dalle coalizioni di governo. Limitandoci qui ad alcune considerazioni sull'assegnazione di spazi per la propaganda politica, è auspicabile che per questi soggetti «collettivi» la rappresentatività non venga calcolata mediante la somma algebrica dei voti o dei seggi dei partiti che entrano a far parte della coalizione, bensì tenendo conto del valore aggiunto che un'aggregazione di partiti produce in termini sia di consenso, sia di governabilità. Questo criterio non va visto come discriminatorio nei confronti delle formazioni indipendenti e radicali, ma considerato quale mezzo coerente al disegno di favorire un autentico bipolarismo. La difficoltà, nel caso delle coalizioni, si sposta semmai sulla possibilità di distinguere raggruppamenti coesi, tendenzialmente omogenei e stabili, progettati per durare tutta la legislatura, dalle aggregazioni elettorali *ad hoc*, che, mantenendo un alto tasso di litigiosità e frammentazione al proprio interno, sono destinate a sciogliersi all'indomani delle votazioni e non favoriscono la governabilità. Al di là del *nomen* giuridico che si voglia privilegiare – coalizione, alleanza, listone, partito unico –, ciò che conta è che l'omogeneità sostanziale di queste formazioni sia in grado di ridurre effettivamente il potere di interdizione delle proprie componenti minori, in modo da garantire un'efficace azione di governo⁴¹.

La patologia più grave di cui soffre il nostro sistema politico è senza dubbio l'eccessiva frammentazione. Un sistema elettorale migliore, per essere tale, deve perseguire alcuni obiettivi minimi: incentivare la riduzione del numero dei partiti; favorire

⁴¹ In questo senso v. Passigli [2007, 49 ss.].

al massimo la coesione delle possibili maggioranze di governo; rafforzare il legame tra elettori ed eletti, sottraendo ai vertici dei partiti il potere esclusivo di decidere l'assegnazione delle cariche parlamentari; far corrispondere il più possibile la maggioranza parlamentare alla maggioranza del corpo elettorale; garantire l'alternanza tra le maggioranze politiche⁴². A questi obiettivi di fondo deve rispondere anche la legislazione complementare o di contorno, che attraverso un meccanismo premiale per l'allocatione di spazi propagandistici (pubblici) a favore delle coalizioni – le quali, a seguito di una auspicabile riforma della legislazione elettorale, dovrebbero divenire progressivamente omogenee e contraddistinguersi per un grado di rappresentatività addizionale rispetto alle singole forze politiche che ne fanno parte – può contribuire ad accrescere il peso degli elettori, a ridurre la frammentazione politica, ad aumentare la stabilità delle maggioranze e, dunque, la governabilità del paese.

⁴² Sul punto, v. Onida [2007, 265 ss.], nonché Cheli [2007a, 11 ss.].

