

Maria Romana Allegri, *Oltre la par condicio. Comunicazione politico-elettorale nei social media, fra diritto e autodisciplina*, Milano, Franco Angeli, 2020

Autorecensione

Questo libro nasce dalla constatazione che, a fronte del massiccio utilizzo dei social media nelle campagne elettorali degli ultimi anni e, più in generale, nella comunicazione politica, si assiste a una certa ritrosia – a livello sia nazionale che europeo – a regolare questo fenomeno con gli strumenti propri del diritto. Ciò è tanto più singolare quanto più si riflette sul fatto che il legislatore del passato si è affannato, nel corso del tempo, a produrre norme idonee a regolare la diffusione di contenuti di tipo politico-elettorale attraverso i mezzi di comunicazione tradizionali (stampa e radiotelevisione), nel tentativo – forse non ben riuscito – di garantire a tutti i soggetti politici pari opportunità di accesso ai media e, quindi, pari opportunità di contribuire alla formazione dell’opinione pubblica e della volontà politica degli elettori. Lo sforzo normativo compiuto negli scorsi decenni è stato volto a dare concreta attuazione ai principi che la Corte costituzionale ha affermato e ribadito in numerose sentenze, cioè che il diritto dei cittadini a ricevere informazioni il più possibile complete e attendibili, provenienti da una molteplicità di fonti, è un elemento essenziale e indefettibile della democrazia, che in un contesto politico-elettorale i cittadini devono essere messi nella condizione di potersi formare la propria opinione liberamente, senza essere sottoposti a pressioni e condizionamenti occulti, infine che a tutti i soggetti politici deve essere

garantita pari possibilità di diffondere le proprie idee e istanze e che questo, in un sistema mediatico dominato dalle esigenze di mercato, non è possibile se non attraverso la previsione di regole idonee.

Tutte le esigenze che la Corte costituzionale ha espresso e che il legislatore ha cercato di cogliere nel passato rimangono immutate anche oggi. Dunque, quali sono le ragioni per cui la comunicazione politico-elettorale attraverso i social media continua ad essere caratterizzata da una sostanziale anomia?

A questo interrogativo si tenta di rispondere nel libro attraverso un ragionamento che muove inevitabilmente da una descrizione del fenomeno oggetto di studio, delineata nel primo capitolo attingendo alla cospicua letteratura sociologia e politologica su questo argomento. In particolare, vengono evidenziate le analogie fra le strategie di marketing commerciale e quelle usate in politica (in particolare, le tecniche di profilazione dei cittadini-elettori, di segmentazione dei pubblici e di microtargeting) e ne vengono delineate le conseguenze in termini di formazione dell’opinione pubblica: polarizzazione ideologica, costruzione di “bolle” informative, mancanza di trasparenza e frammentazione dei messaggi politici (dark ads). Vengono poi esaminate le modalità di manipolazione del consenso politico attraverso il subdolo utilizzo dei social bots e l’analisi dei big data con finalità non solo predittive, ma anche orientative e



persuasorie (nudging). Emerge da questo quadro che la capacità che i social media possiedono di orientare l'opinione pubblica è enormemente superiore a quella propria dei mezzi di comunicazione tradizionali e si presta in modo assai maggiore a sviluppare meccanismi di pressione non trasparenti. Da ciò dovrebbe derivare l'esigenza di una più accorta e accurata regolamentazione di questo fenomeno, non certo quella della sua de-regulation.

E allora perché il diritto stenta ad affermarsi in questo campo? Una prima difficoltà può essere rappresentata – come indicato nel secondo capitolo del libro – dal fatto che le piattaforme digitali attraverso cui i contenuti politico-elettorali vengono diffusi sono un'infrastruttura tecnologica, che si avvale degli strumenti offerti dallo sviluppo delle tecnologie digitali (i software algoritmici). La “decifrabilità” del messaggio politico – in altre parole, la trasparenza riguardo ai committenti, ai finanziatori, alla selezione dei destinatari, alle finalità del messaggio, alle strategie utilizzate per la sua più efficace diffusione – che sarebbe necessaria affinché i cittadini acquisiscano consapevolezza di “ciò che sta dietro” ai contenuti cui vengono esposti, non può essere ottenuta solo attraverso regole giuridiche, ma impone che in certa misura tali regole vengano tradotte in norme tecniche immanenti al mezzo prescelto. Il giurista, però, agisce su un piano diverso – e in un momento diverso – rispetto al progettista software e quindi, laddove la norma giuridica riesce ad intervenire all'origine dei processi di creazione algoritmica, che rimangono di esclusivo appannaggio dei tecnici, il diritto si condanna al ruolo di “inseguitore permanente” degli strumenti tecnologici che si evolvono in continuazione. Poiché non è affatto scontato che chi produce norme giuridiche sia in grado di comprendere pienamente i meccanismi di funzionamento degli algoritmi, onde poterne predisporre una regolamentazione efficace, la produzione normativa sconta l'oggettiva difficoltà di tradurre il linguaggio tecnico in linguaggio giuridico: per questo, concetti quali la trasparenza algoritmica o la spiegabilità degli algoritmi, che si tenta talvolta di introdurre per via legislativa o regolamentare o giurisprudenziale, sono caratterizzati da una inevitabile e ineliminabile approssimazione. Non va dimenticato, infine, che gli algoritmi sono “beni” protetti dai diritti di proprietà intellettuale e dal segreto industriale, per cui la loro integrale rivelazione, comprensiva del codice-sorgente, sarebbe comunque irrealizzabile.

Una seconda difficoltà deriva dalla natura dei social media, che sono gestiti da società private, operanti sul mercato con finalità di lucro, che svolgono oggi una funzione essenziale per la diffusione di idee

e opinioni e che però, a differenza delle testate giornalistiche e delle emittenti radiotelevisive, non hanno una responsabilità editoriale per i contenuti che veicolano. Anche per questo non è affatto agevole estendere ad essi la disciplina sulla comunicazione politico-elettorale costruita negli anni per i mezzi di comunicazione tradizionali. In ogni caso, il terzo e il quarto capitolo del libro sono dedicati all'analisi della disciplina vigente, per verificarne l'applicabilità ai social media ed evidenziare eventuali lacune normative che sarebbe necessario colmare. L'analisi si concentra inizialmente (terzo capitolo) sul fondamento costituzionale della comunicazione politico-elettorale, esaminando la differenza fra l'approccio statunitense, basato sulla libera competizione nel free marketplace of ideas, e quello europeo, fondato sul concetto di limitazione ex lege dei diritti individuali, purché proporzionata e necessaria nel contesto di una società democratica, come sancito dall'art. 10 della Cedu. Si confrontano inoltre i due diversi orientamenti espressi dalla dottrina costituzionalistica italiana, secondo i quali la propaganda politica è da considerarsi, per l'uno, un diritto individuale compreso nell'ambito della libera manifestazione del pensiero e, per l'altro, una funzione strumentale alla realizzazione del diritto collettivo ad essere informati, a sua volta principio cardine della democrazia. La consistente giurisprudenza della Corte costituzionale sembra condividere questo secondo orientamento. Quindi, se si aderisce all'idea per cui la libera manifestazione del pensiero non vada intesa solo in termini di diritto individuale, ma anche di funzione essenziale allo svolgimento della vita democratica, si evidenzia l'opportunità di regolare per legge l'esercizio di tale libertà mediante i mezzi di comunicazione e di estendere tale regolamentazione anche ai social media, essendo questi ultimi i mezzi che oggi, nei contesti politico-elettorali, appaiono dotati di maggiori possibilità di influenzare l'opinione pubblica.

Il quarto capitolo, che analizza l'evoluzione della disciplina della comunicazione politica nel corso degli anni (in particolare le leggi n. 212/1956, n. 515/1993 e n. 28/2000, nonché la rilevante giurisprudenza costituzionale), giunge alla conclusione che in tema di propaganda politica via Internet l'attenzione – anche del legislatore – non deve diminuire, ma spostarsi dal problema della par condicio radiotelevisiva a quello del bilanciamento fra la preservazione della libertà di espressione e la tutela dei diritti individuali, nonostante i condizionamenti derivanti dagli interessi economici dei grandi operatori del web. Le piattaforme digitali, infatti, hanno acquisito di fatto una notevole forza politica, poiché sono in grado di influenzare ciò che la gente vede o sente, tanto da poter



essere considerate alla stregua di attori primari della competizione politica. Sebbene l'Agcom, nelle linee-guida pubblicate a febbraio 2018, abbia suggerito di applicare anche ai social media alcuni aspetti della normativa vigente per le campagne elettorali attraverso i mezzi tradizionali, questa estensione analogica – peraltro semplicemente suggerita e non imposta con atti normativi vincolanti – non è così semplice. Infatti, la disciplina del “silenzio elettorale” nel giorno destinato alle votazioni e in quello precedente, così come il divieto di propaganda elettorale nei pressi delle sezioni elettorali, mal si adattano alla natura e alle modalità di diffusione dei messaggi mediante i social media, cui non è possibile imporre limiti di tempo e di luogo. Lo stesso può dirsi del divieto di diffusione dei sondaggi demoscopici nei quindici giorni antecedenti alla data delle votazioni, nonché del divieto di comunicazione istituzionale delle pubbliche amministrazioni nel periodo della campagna elettorale: tali divieti potrebbero riferirsi al limite solo alla produzione di nuova pubblicità istituzionale e alla diffusione di nuovi risultati di sondaggi nei giorni precedenti il voto, ma non potrebbero riguardare la riproposizione e la continua circolazione in Internet di contenuti già prodotti in precedenza. Invece, senza difficoltà potrebbero – e dovrebbero – essere estesi alla propaganda politica online gli obblighi di indicare il committente responsabile della pubblicità politica (anche per impedire la diffusione di messaggi provenienti da profili fake) e l'ammontare delle somme spese. Proprio per eliminare le incongruenze, quindi, sarebbe necessario dettare per i social media una disciplina specifica.

Come termine di confronto, nel quinto capitolo è stata analizzata la normativa recentemente introdotta in Germania e in Francia – unici Paesi europei ad aver disciplinato in qualche modo l'informazione attraverso i social network – nonché le proposte legislative avanzate nel Regno Unito: si tratta di soluzioni non sempre condivisibili e certamente non esaustive, ma che almeno denotano la volontà politica di fronteggiare le sfide poste dalla modernità attraverso il diritto. Mentre la normativa francese si pone come *lex specialis* applicabile proprio ai periodi di campagne elettorali, quella tedesca si riferisce a molteplici categorie di contenuti illeciti veicolati attraverso i social network, senza specifico riferimento ai contesti politico-elettorali, anche se alcuni di questi contenuti (ad esempio odio o disinformazione) si prestano a circolare più massicciamente in tali occasioni. La legge tedesca sembra contare troppo sull'effettiva idoneità degli intermediari digitali a vagliare le segnalazioni e ad assumere conseguenti decisioni equilibrate e non lesive dei diritti individuali; inoltre, essa non preve-

de l'intervento di una autorità giurisdizionale nella gestione del contraddittorio fra gestori della piattaforma e utenti. La legge francese, invece, sottopone le piattaforme digitali al controllo di un'autorità amministrativa indipendente e dispone significative sanzioni amministrative e pecuniarie per i casi di violazione degli obblighi di trasparenza della pubblicità politica a pagamento e delle modalità di utilizzo dei dati personali degli utenti; tuttavia, per alcuni social media adeguarsi a tali prescrizioni può risultare oneroso, senza contare che il sistema sanzionatorio può incoraggiare la tendenza alla rimozione indiscriminata di contenuti che possono apparire “rischiosi”. Le esperienze straniere evidenziano, dunque, un'ulteriore (terza) difficoltà con cui deve confrontarsi il legislatore: quella cioè di individuare il punto di equilibrio fra la preservazione della libertà di espressione attraverso i social media, la libertà di iniziativa economica delle piattaforme digitali e le esigenze di controllo e correzione di talune distorsioni che possono verificarsi nella comunicazione politico-elettorale, a beneficio della garanzia della libertà dell'elettore e della preservazione dei processi democratici.

Nel sesto capitolo, dopo aver esaminato il fondamento giuridico del “dogma” dell'irresponsabilità degli intermediari digitali per i contenuti user-generated derivante dalla direttiva europea 2000/31/Ce, viene delineato l'approccio adottato dall'Unione europea, che – rinunciando del tutto al ricorso allo *hard law* – è piuttosto basato sulla promozione della volontaria adesione, da parte dei gestori delle piattaforme digitali, a codici di condotta e buone pratiche, al fine di contrastare il proliferare dello hate speech e della disinformazione via Internet, soprattutto nei contesti elettorali. In questa scelta si annida la quarta difficoltà che incontra il diritto nell'intervenire nel campo della comunicazione politico-elettorale. Infatti, il principio di irresponsabilità degli intermediari digitali si giustifica oggi solo in base a una finzione giuridica assolutamente anacronistica: quella, cioè, che i gestori delle piattaforme mantengano una posizione di neutralità rispetto alle condotte dei loro utenti. Se ciò poteva essere vero in passato, non lo è più certamente oggi, visto che tutte le grandi piattaforme digitali esercitano un controllo capillare sui comportamenti dei loro utenti a fini di profilazione e contribuiscono attivamente all'organizzazione, presentazione, diffusione e valorizzazione dei contenuti. Sta di fatto che la normativa vigente rende impossibile imporre ai provider obblighi cogenti di monitoraggio e controllo, come sempre ribadito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea. Del resto, se gli intermediari digitali fossero considerati per legge responsabili per le conseguenze



derivanti, sul piano civile e penale, dalla circolazione dei contenuti user-generated, bisognerebbe anche accettare che essi procedano sistematicamente a filtraggio preventivo e rimozione selettiva dei contenuti: in altre parole, bisognerebbe rassegnarsi ad accettare l'instaurazione di un sistema di "censura privata" affidato alle piattaforme digitali, del tutto incompatibile con il principio della libera manifestazione del pensiero, tanto più che le piattaforme potrebbero agire non solo in base ad interessi economico-impresariali, ma anche direttamente politici.

E proprio in questo risiede l'ambiguità della situazione attuale, che occorrerebbe in qualche modo sanare: le piattaforme digitali non sono gravate di alcun obbligo "censorio" né sono ufficialmente legittimate a procedere in tal senso, ma di fatto – ciascuna a modo suo, con criteri e intensità variabili e soprattutto senza che gli utenti ne siano adeguatamente informati – tutte quante svolgono spontaneamente un'intensa attività di content moderation. Il problema è che le azioni concretamente intraprese dai principali social media per ottemperare ai codici di autodisciplina promossi dall'Unione europea appaiono caratterizzate da notevole discrezionalità e disomogeneità, che confonde gli utilizzatori delle piattaforme. Inoltre, non sono previste efficaci forme di contraddittorio a tutela dell'utente che voglia reagire alla decisione del gestore della piattaforma in ordine alla cancellazione di taluni contenuti o account. Infine, non tutte le piattaforme hanno sottoscritto i codici di autodisciplina e, anche fra quelle che li hanno sottoscritti, si registra una ampia varietà di forme e di intensità con cui i diversi impegni vengono adempiuti. Non vi è quindi alcuna garanzia che la trasparenza e il controllo pubblico sulla propaganda politico-elettorale online possano essere assicurati allo stesso livello da tutte le piattaforme.

L'ultimo capitolo del libro tratta la questione della particolare protezione di cui devono godere i dati relativi alle opinioni politiche dei cittadini ai sensi dell'art. 9 del regolamento Ue n. 2016/679. La conoscenza di questo tipo di informazioni può essere estremamente rilevante per soggetti pubblici e privati che, per le più varie finalità, hanno interesse a profilare tanto singole persone quanto i diversi segmenti di elettorato, a condizionare le scelte tanto individuali quanto collettive e a predire le tendenze dell'opinione pubblica. Proprio per questo, se davvero si vuole far sì che i cittadini possano concorrere democraticamente (e quindi liberamente) a determinare la politica nazionale, è necessario che il processo generativo di idee e opinioni – in altre parole, la nostra intellectual privacy – venga protetto da indebite interferenze o sorveglianza intrusiva. Grazie all'ana-

lisi dei big data, i soggetti che hanno interesse ad influenzare il dibattito politico, servendosi di sofisticati algoritmi dal funzionamento poco trasparente, possono mettere in relazione fra loro le informazioni (in origine non necessariamente consistenti in dati personali) che ciascun individuo rilascia in Rete, analizzandole ed elaborandole, anche in combinazione con ulteriori dati pubblici di tipo statistico o demografico, in modo da ricavarne ulteriori informazioni personali, intime e riservate, come ad esempio l'orientamento politico-ideologico o religioso dei singoli individui. Le informazioni così desunte vengono trattate a fini di profilazione, di predizione e di persuasione, senza però che gli interessati abbiano prestato il proprio consenso a tali tipi di trattamenti, anche perché nessuno può prevedere ab origine a quali risultati condurranno i processi di elaborazione, che tipo di dati potranno esserne derivati o inferiti e conseguentemente quale utilizzo ne verrà fatto. Queste dinamiche evidenziano l'insufficienza dell'approccio basato unicamente sul consenso dell'interessato al trattamento dei propri dati, problema di cui il legislatore europeo si sta occupando nella proposta di regolamento sulla e-privacy, che dovrebbe sostituire l'attuale direttiva 2002/58/Ce. Anche il Garante per il trattamento dei dati personali, nei due provvedimenti emanati nel 2014 e nel 2019 sul trattamento dei dati personali per la propaganda politica, entrambi fondati sulla necessità di acquisire il consenso dell'interessato per l'utilizzo dei suoi dati, non ha comunque risolto il problema dell'asimmetria nel rapporto fra cittadini e gestori delle piattaforme digitali.

Il problema di fondo è sempre quello, ricorrente nella progressiva disciplina di tutti i mezzi di comunicazione, della manipolazione dell'opinione pubblica e del consenso elettorale, che inficia il principio della sovranità popolare. Le questioni prospettate nel libro non sono certo di facile soluzione. Tuttavia, il diritto non può e non deve rinunciare alla sua funzione regolatoria, una volta dimostrata l'insufficienza di un approccio che fa affidamento quasi esclusivo sull'attitudine e la capacità dei social media di autodisciplinarsi. Nonostante le difficoltà, occorre definire almeno un corpus normativo minimo, di livello auspicabilmente europeo, finalizzato a correggere alcune fra le più evidenti distorsioni, affinché il delicato compito della formazione dell'opinione pubblica, soprattutto nei contesti elettorali, non risenta dei condizionamenti derivanti dalle logiche del mercato cui le piattaforme digitali inevitabilmente ubbidiscono.