

media LAWs

Rivista di diritto dei media
1/2020 gennaio



**DIRETTORE RESPONSABILE
EDITOR-IN-CHIEF**

Oreste Pollicino (Università Bocconi)

**DIRETTORI
EDITORS**

Giulio Enea Vigevani (Università di Milano - Bicocca)
Carlo Melzi d'Eril (Avvocato in Milano)

**VICEDIRETTORI
VICE-EDITORS**

Marco Cuniberti (Università di Milano)
Giovanni Maria Riccio (Università di Salerno)
Marina Castellaneta (Università di Bari)
Marco Orofino (Università di Milano)
Marco Bassini (Università Bocconi)
Ernesto Apa (Avvocato in Roma)

**SEDE
CONTACTS**

ACCMS Studio Legale
Via Podgora 13 – 20122 Milano

Università Bocconi
Dipartimento di Studi Giuridici
Via Roentgen 1 - 20136 Milano

e-mail: submissions@medialaws.eu

**REDAZIONE
EDITORIAL BOARD**

Marco Bassini (*coordinatore*) (Università Bocconi)
Serena Sileoni (*nice coordinatore*) (Università di Milano - Bicocca)
Gianluca Campus (Avvocato in Milano)
Nicola Canzian (Università di Milano - Bicocca)
Giovanni De Gregorio (Università di Milano - Bicocca)
Fabio Ferrari (Università di Verona)
Valerio Lubello (Università Bocconi)
Omar Makimov Pallotta (Università di Macerata)
Silvia Vimercati (Università di Milano - Bicocca)
Paolo Zicchittu (Università di Milano - Bicocca)

COMITATO SCIENTIFICO- STEERING COMMITTEE

Shulamit Almog (*University of Haifa*), Mirzia Bianca (*La Sapienza – Università di Roma*), Elda Brogi (*European University Institute*), Giuseppe Busia (*Garante per la protezione dei dati personali*), Licia Califano (*Garante per la protezione dei dati personali*), Angelo Marcello Cardani (*Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*), Marta Cartabia (*Corte costituzionale*), Massimo Ceresa-Gastaldo (*Università Bocconi*), Pasquale Costanzo (*Università di Genova*), Marilisa D'Amico (*Università di Milano*), Filippo Donati (*Consiglio Superiore della Magistratura*), Mario Esposito (*Università del Salento*), Tommaso Edoardo Frosini (*Università Snor Orsola Benincasa*), Maurizio Fumo (*Suprema Corte di Cassazione*), Alberto Maria Gambino (*Università Europea – Roma*), Michale Geist (*University of Ottawa*), Glauco Giostra (*La Sapienza – Università di Roma*), Enrico Grosso (*Università di Torino*), Uta Kohl (*University of Southampton*), Krystyna Kowalik-Bańczyk (*Tribunale dell'Unione europea*), Fiona Macmillan (*University of London*), Vittorio Manes (*Università di Bologna*), Michela Manetti (*Università di Siena*), Christopher Mardsen (*University of Sussex*), Manuel D. Masseno (*Instituto Politécnico de Beja*), Roberto Mastroianni (*Tribunale UE*), Luigi Montuori (*Garante per la protezione dei dati personali*), Antonio Nicita (*Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*), Miquel Pequera (*Universitat Oberta de Catalunya*), Vincenzo Pezzella (*Suprema Corte di Cassazione*), Laura Pineschi (*Università di Parma*), Giovanni Pitruzzella (*Corte di giustizia UE*), Francesco Pizzetti (*Università di Torino*), Andrea Pugiotto (*Università di Ferrara*), Margherita Ramajoli (*Università di Milano*), Sergio Seminara (*Università di Pavia*), Salvatore Sica (*Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa*), Pietro Sirena (*Università Bocconi*), Francesco Viganò (*Corte costituzionale*), Luciano Violante (*Fondazione Leonardo - Civiltà delle Macchine*), Lorenza Violini (*Università di Milano*), Roberto Zaccaria (*Università di Firenze*), Nicolò Zanon (*Corte costituzionale*), Vincenzo Zeno-Zencovich (*Università di Roma Tre*)

COMITATO DEGLI ESPERTI PER LA VALUTAZIONE - ADVISORY BOARD

Maria Romana Allegri, Giulio Allevalo, Benedetta Barbisan, Fabio Basile, Marco Bellezza, Daniela Bifulco, Elena Bindi, Carlo Blengino, Monica Bonini, Manfredi Bontempelli, Fernando Bruno, Daniele Butturini, Irene Calboli, Simone Calzolaio, Quirino Camerlengo, Marina Caporale, Andrea Cardone, Corrado Caruso, Stefano Catalano, Adolfo Ceretti, Francesco Clementi, Roberto Cornelli, Giovanna Corrias Lucente, Filippo Danovi, Monica Delsignore, Giovanna De Minico, Gabriele Della Morte, Marius Dragomir, Fernanda Faini, Roberto Flor, Federico Furlan, Giovanni Battista Gallus, Marco Gambaro, Gianluca Gardini, Ottavio Grandinetti, Antonino Gullo, Simone Lonati, Erik Longo, Federico Lubian, Nicola Lupo, Paola Marsocci, Claudio Martinelli, Alberto Mattiacci, Alessandro Melchionda, Massimiliano Mezzanotte, Francesco Paolo Micozzi, Donatella Morana, Piergiuseppe Otranto, Anna Papa, Paolo Passaglia, Irene Pellizzone, Sabrina Peron, Bilyana Petkova, Davide Petrini, Marina Pietrangelo, Federico Gustavo Pizzetti, Augusto Preta, Giorgio Resta, Francesca Rosa, Andrej Savin, Salvatore Scuto, Monica Alessia Senior, Stefania Stefanelli, Giulia Tiberi, Bruno Tonoletti, Emilio Tosi, Lara Trucco, Luca Vanoni, Gianluca Varraso, Michelangela Verardi, Thomas Wischmeyer

Editoriale

- 11 **Primi spunti per una più efficace comunicazione delle ragioni della giustizia penale**
Glauco Giostra

Saggi

- 18 **La decisione amministrativa nell'età degli algoritmi: primi spunti**
Lucia Musselli
- 29 **Le *fake news* e il ruolo degli algoritmi**
Gloria Marchetti
- 37 **Conflitto sociale e decisione pubblica nell'era digitale: il *Grand Débat National* nella Francia di Macron**
Arianna Angeli
- 45 **L'algoritmo come pastore del giudice? Diritto, tecnologie, prova scientifica**
Giovanni Tuzet
- 56 **La tutela penale del sentimento religioso dopo la novella: il caso Oliviero Toscani**
Natascia Marchei
- 69 **Diffamazione a mezzo stampa e applicazione della pena detentiva: ancora qualche riflessione a margine del cd. caso Sallusti in (perenne) attesa di un intervento del legislatore**
Simone Lonati
- 84 **Ritorno al futuro: le ragioni del costituzionalismo 1.0 nella regolamentazione della società algoritmica e della nuova economia a trazione tecnologica**
Riccardo de Caria
- 102 ***Fake news* e disinformazione online: misure internazionali**
Francesco Sciacchitano – Alessandra Panza

Speciale ICON-S Italia 2019

- 132 **La libertà di manifestazione del pensiero sulla rete tra vecchi e nuovi limiti. Introduzione**
Donatella Morana
- 133 **Il perimetro del buon costume nelle manifestazioni del pensiero online**
Michela Tresca
- 146 **Controlli e responsabilità dei *social network* sui discorsi d'odio online**
Pietro Falletta
- 159 **Comunicazione politica online: dal messaggio politico commercializzato alle sponsorizzazioni sui *social network***
Guido d'Ippolito
- 180 **Simposio: I *social network* fra comunicazione e partecipazione politica**
- 182 **Crisi della rappresentanza e nuove tecnologie tra domanda e offerta politiche**
Ilenia Massa Pinto
- 188 **Social media and politics: the legal value of a tweet**
Edoardo Celeste
- 194 ***Social network*, deliberazione pubblica e legislazione elettorale di contorno**
Davide Servetti
- 201 **L'impiego dei *social network* nella pubblica amministrazione: *quid iuris?***
Stefano Rossa
- 211 ***Social network*, partiti politici e lotta per il potere**
Giorgio Grasso
- 217 **Simposio: Internet e democrazia. L'uso dei *big data* da parte del decisore politico**

218 I *big data* e i rischi per la democrazia rappresentativa

Marco Betzu – Gianmario Demuro

224 La tutela del pluralismo informativo nelle piattaforme online

Riccardo Montaldo

230 Piattaforme online e controllo dei contenuti pericolosi

Carla Bassu

Note a sentenza Sezione Europa

237 Tutela della reputazione dei politici, libertà di stampa e giudizi di valore con linguaggio provocatorio: la Corte europea procede a un bilanciamento a favore dei giornalisti

Marina Castellaneta

249 *Google v. CNIL and Glawischnig-Piesczek v. Facebook*: content and data in the algorithmic society

Giovanni De Gregorio

262 Il mercato secondario degli ebook tra distribuzione, comunicazione al pubblico e principio dell'esaurimento

Marco Galli – Edoardo Bardelli

Sezione comparata

270 I canali a pubblico accesso non sono un *public forum*: i perché di un'occasione persa

Davide Zecca

285 Dialogue and diversity. The “right to be forgotten” - decisions of the Federal Constitutional Court

Eva Herzog

296 Hate speech symbols: Court imposed restrictions on flying the apartheid-era flag

Lisa Draga

Commenti

310 Schrems colpisce ancora?

Il trasferimento dei dati personali dall'Unione europea a Stati terzi, le Conclusioni dell'Avvocato generale nel caso *Data Protection Commissioner v. Facebook Ireland Limited e Maximillian Schrems* e una storia che rischia di ripetersi

Giulia Formici

Recensioni

327 Alla ricerca di un punto di equilibrio tra le esigenze dell'informazione, della giustizia e della riservatezza individuale. Recensione a Glauco Giostra, *Prima lezione sulla giustizia penale*

Carlo Melzi d'Eril

Editoriale

- 11 First ideas for a more effective communication on criminal justice's reasons**
Glauco Giostra

Articles

- 18 The administrative decision in the age of algorithms**
Lucia Musselli
- 29 Fake news and algorithms**
Gloria Marchetti
- 37 Social conflict and public decision-making the digital age: the French *Grand Débat National***
Arianna Angeli
- 45 The algorithm as shepherd of the judge. Law, technologies and scientific evidence**
Giovanni Tuzet
- 56 The protection of religious confessions under current criminal law: the *Oliviero Toscani* case.**
Natascia Marchei
- 69 Libel and custodial sentence: some further considerations pending (perpetually) the legislator's intervention**
Simone Lonati
- 84 Back to the Future: The Case for Constitutionalism 1.0 in the Regulation of the Algorithmic Society and of the Technology-Driven Economy**
Riccardo de Caria
- 102 Fake news and online disinformation: supranational measures**
Francesco Sciacchitano – Alessandra Panza

Special ICON-S Italy 2019

- 132 Freedom of speech on the Internet at the crossroads between new and old limits. Introduction**
Donatella Morana
- 133 Protection of common decency as limit to freedom of speech on the Internet**
Michela Tresca
- 146 Monitoring and accountability of social networks on hate speech online**
Pietro Falletta
- 159 Commercial and political speech on the digital platforms: the case of the political sponsorship**
Guido d'Ippolito
- 180 I Social diventa: Social network between communication and political participation**
- 182 Political representation in crisis and new technologies between political demand and supply**
Illenia Massa Pinto
- 188 Social media and politics: the legal value of a tweet**
Edoardo Celeste
- 194 Social network, public decision-making and electoral legislation**
Davide Servetti
- 201 The use of social network by the Public Administration. *quid iuris?***
Stefano Rossa
- 211 Social network, political parties and the fight for the power**
Giorgio Grasso
- 217 Internet and democracy. A focus on the use of big data in public decision-making**

218 Big data: representative democracy under threat?

Marco Betzu – Gianmario Demuro

224 Safeguarding information pluralism in online platforms

Riccardo Montaldo

230 Online platforms and prevention of harmful content

Carla Bassu

Notes and comments Europe

237 The European Court rules on the balance between protection of politicians' reputation and freedom of the press

Marina Castellaneta

249 *Google v. CNIL* and *Glawischnig-Piesczek v. Facebook*: content and data in the algorithmic society

Giovanni De Gregorio

262 Secondary e-book markets between distribution, communication to the public and exhaustion of rights

Marco Galli – Edoardo Bardelli

Comparative Law

270 Public access cable TV channels are not a public forum: the reasons of a missed chance

Davide Zecca

285 Dialogue and diversity. The “right to be forgotten” - decisions of the Federal Constitutional Court

Eva Herzog

296 Hate speech symbols: Court imposed restrictions on flying the apartheid-era flag

Lisa Draga

Debates

310 Schrems strikes again? The transfer of personal data from the EU to third states in the opinion of the AG in the *Schrems II* case

Giulia Formici

Book reviews

327 Book review: Glauco Giostra, *Prima lezione sulla giustizia penale, Rome-Bari, 2020*

Carlo Melzi d'Eril

Questo numero presenta una ricca selezione di contributi, alcuni dei quali sono raccolti in forma di simposio, in quanto, pur conservando il tono tipico della comunicazione, costituiscono una rielaborazione aggiornata delle relazioni svolte dagli Autori in occasione della seconda conferenza annuale dell’Italian Chapter di ICON-S, tenutasi a Firenze il 22-23 novembre sul tema “Le nuove tecnologie e il futuro del diritto pubblico” nonché in occasione del workshop “Diritti, partecipazione e rappresentanza nell’età degli algoritmi”, che ha avuto luogo il 15 marzo 2019 all’Università degli Studi di Milano nell’ambito della Milano Digital Week 2019.

Inoltre, questo numero inaugura un accordo di collaborazione scientifica tra la Rivista di diritto dei media e Fondazione Leonardo – Civiltà delle Macchine finalizzato ad assicurare una più ampia divulgazione delle ricerche in materia di intelligenza artificiale e tecnologie algoritmiche a livello nazionale e internazionale.

Su determinazione della direzione, in conformità al regolamento della Rivista, sono stati sottoposti a referaggio anonimo ovvero a referaggio anonimo a doppio cieco, come indicato in calce a ciascun contributo, i saggi di: Arianna Angeli, Carla Bassu, Marco Betzu-Gianmario Demuro, Edoardo Celeste, Riccardo de Caria, Guido d’Ippolito, Pietro Falletta, Giorgio Grasso, Simone Lonati, Natascia Marchei, Gloria Marchetti, Riccardo Montaldo, Ilenia Massa Pinto, Lucia Muselli, Stefano Rossa, Davide Servetti, Michela Tresca, Giovanni Tuzet. È stata inoltre sottoposta a referaggio anonimo la nota a sentenza di Davide Zecca.

Simposio: I *social network* fra comunicazione e partecipazione politica*

Abstract

La diffusione di massa di internet e delle ICT condiziona ormai in profondità la vita personale e i rapporti sociali, con un impatto crescente anche sul sistema politico. Tra le innovazioni del web 2.0, i *social network* si collocano nello spazio pubblico quali strumenti, contestualmente, di comunicazione e di partecipazione. Accanto alle opportunità da essi offerte, ad esempio per l'abbassamento delle barriere di accesso all'agone politico o per la semplificazione dei rapporti tra cittadini e istituzioni, vengono sempre più spesso segnalati i rischi di un loro impiego privo di regole funzionali alle esigenze del pluralismo democratico. Gli interventi qui ospitati esplorano tale scenario secondo diversi approcci di studio propri del diritto pubblico e da prospettive tematiche complementari, proponendo una riflessione a più voci che affronta problemi generali e specifici generati dalla rivoluzione digitale nel campo dei rapporti politici: dall'incidenza di tale rivoluzione sulla teoria (e sulla crisi) della rappresentanza, da apprezzare non solo sul versante ascendente, ma specialmente su quello discendente della costruzione dell'offerta politica (Massa Pinto), fino alle questioni di inquadramento normativo (*de iure condito e condendo*) dei *social* quali canali di comunicazione da parte di esponenti politici che ricoprono incarichi di governo (Celeste) o da parte della p.a. in generale (Rossa), piuttosto che come strumenti di costruzione del consenso nelle campagne elettorali (Servetti), passando per una rilettura dell'art. 49 Cost. alla luce dell'uso dei *social* nella quotidianità dei principali partiti italiani (Grasso).

The massive spread of the Internet and ICTs has a growing impact on the political system. Among the latest innovations of what has been called Web 2.0, social media have emerged in the public space both as communication and participation tools. Alongside the many opportunities they offer in terms of exercise of freedoms, the risk of their use to the detriment of democratic pluralism is increasingly being reported. The papers presented in this section of the special issue explore this phenomenon, addressing general and specific problems generated by the digital revolution in the field of political relations. Massa Pinto analyses the impact of the digital revolution on the theory (and crisis) of representation; Celeste examines the legal value of messages posted on social media by politicians who hold government positions; Rossa explores how Italian law regulates the use of social media by the public administration; Servetti investigates the regulation of these new communication tools in the context of

* Su determinazione della direzione, tutti i contributi ricompresi nel presente simposio sono stati sottoposti a referaggio anonimo in conformità all'art. 15 del regolamento della Rivista.

Simposio: I social network fra comunicazione e partecipazione politica

electoral campaigns; Grasso, finally, concludes with a reinterpretation of Article 49 of the Italian Constitution in light of the use of social media by the main Italian parties.

Keywords

social network - rappresentanza e partiti politici - comunicazione politica - campagna elettorale - Pubblica Amministrazione

I contributi pubblicati all'interno di questo simposio riprendono gli interventi compiuti dagli Autori durante il panel “I *social network* fra comunicazione e partecipazione politica”, presentato alla seconda conferenza annuale dell’Italian Chapter di ICON-S “Le nuove tecnologie e il futuro del diritto pubblico”, tenutasi a Firenze il 22-23 novembre 2019, conservando il tono tipico delle comunicazioni orali, con la sola aggiunta delle note a piè di pagina e dei riferimenti bibliografici utilizzati materialmente per la loro stesura.

***Social network*, deliberazione pubblica e legislazione elettorale di contorno**

Davide Servetti

Sommario

1. Regolare l'uso dei social network in campagna elettorale? Tre brevi premesse. – 1.1. La costante espansione del fenomeno c.d. della campagna elettorale permanente. – 1.2. Il potenziale partecipativo dei *social network*. – 1.3. I *social network* come ambiente deliberativo. – 2. L'attuale situazione (di carenza) normativa, tra deregolamentazione e *self regulation*. – 3. Oltre l'autoregolazione: definizione di spazi controllati, limiti di spesa, divieti di manipolazione, “azioni positive” a tutela del pluralismo.

1. Regolare l'uso dei *social network* in campagna elettorale? Tre brevi premesse

Questo intervento intende discutere il tema della regolazione dei *social network* quale spazio mediatico impiegato dai soggetti politici (individui od organizzazioni) per la formazione dell'opinione pubblica e la costruzione del consenso nell'ambito delle campagne elettorali: in termini più sintetici, dei *social* come strumento di propaganda elettorale. L'oggetto principale del mio discorso riguarderà, dunque, i problemi *de iure condito* e *de iure condendo* circa l'assoggettabilità della comunicazione via *social* a regole rivolte a garantire un corretto confronto tra partiti, liste, candidati nella competizione elettorale e, con esso, quel valore della libertà e genuinità del voto che promana dall'art. 48 Cost. e sostanzia una direttiva costituzionale favorevole ad un intervento regolatorio del legislatore, chiamato a realizzare un adeguato bilanciamento tra i numerosi diritti e interessi rilevanti¹.

Prima di arrivare a questo discorso, è però opportuno considerare tre brevi premesse.

1.1. La costante espansione del fenomeno c.d. della campagna elettorale permanente

La prima premessa attiene al tema della c.d. campagna elettorale permanente. Non

¹ Per un quadro ricostruttivo di tali diritti e interessi, nonché dei modelli regolatori esistenti v. G. Gardini, *Libertà vs eguaglianza: ovvero, la difficile regolamentazione della campagna elettorale*, in R. D'Alimonte - C. Fusaro (a cura di), *La legislazione elettorale italiana*, Bologna, 2008, 195 ss.

si tratta di un fenomeno nato con i *new media*² né esso risulta ignorato dal nostro legislatore, che, con la legge 28/2000, ha disciplinato la comunicazione politica sulle emittenti radiofoniche e televisive tanto al di fuori quanto all'interno del periodo della campagna elettorale. Tuttavia, il fenomeno è oggi esponenzialmente cresciuto e l'ingresso sulla scena dei *social*, combinato con l'effetto condizionante che questi svolgono sui *media* tradizionali e con la potente pervasività presso i singoli utenti che questi strumenti consentono ai messaggi da essi veicolati, risulta uno dei fattori che più ha concorso a rendere possibile l'organizzazione di sistemi di comunicazione politica permanente, che presidiano gruppi quantitativamente imponenti dell'elettorato e lavorano costantemente alla costruzione del consenso, secondo finalità parzialmente comuni a quelle dei partiti di massa novecenteschi, ma certamente con modalità ed effetti incommensurabilmente diversi³. Dunque, oggi ancor più di ieri, concentrare l'attenzione regolatoria, a tutela della libera formazione del consenso politico, sul momento circoscritto delle campagne elettorali significa occuparsi di un segmento del problema.

A mio avviso, questa considerazione non sottrae però interesse alla questione di quale regolazione specifica della comunicazione politica via *social* occorra nel periodo di campagna elettorale: da un lato, resta fermo che è in questo periodo che l'elettore matura la propria decisione sull'esercizio del diritto di voto con riferimento ad una consultazione elettorale determinata e, da un certo momento in poi, alla luce di un quadro definito di liste e candidati; dall'altro, proprio l'esistenza di un quadro definito per quanto concerne i soggetti politici in competizione potrebbe favorire la ricerca di soluzioni tecniche adeguate nell'ambito di processi comunicativi assai più complessi rispetto a quelli tradizionali del mezzo radio-televisivo.

1.2. Il potenziale partecipativo dei *social network*

La seconda premessa pare doverosa per l'enfasi che verrà posta sulle ombre della comunicazione politica via *social* e attiene al potenziale di questi strumenti sul piano della partecipazione politica. Si tratta di un potenziale da tempo riconosciuto e, per certi versi, auspicato sia alla luce delle infinitamente minori barriere di ingresso che questi strumenti presentano rispetto ai *media* tradizionali, sia nella prospettiva di rafforzare per loro tramite i consunti rapporti tra cittadini e istituzioni⁴. Nella cronaca politica recente basta evocare il fenomeno delle c.d. "Sardine", per rappresentare un caso di

² S. Blumenthal, *The Permanent Campaign*, Boston, 1980; B. Bimber, *Information and American Democracy. Technology in the Evolution of Political Power*, New York, 2003; D. Benedicenti, *La televisione e la campagna elettorale permanente*, in *Il Mulino*, 1, 2006, 56 ss.

³ Il rapporto tra partiti politici e *social network* è oggetto dell'intervento di G. Grasso, *Social network, partiti politici e lotta per il potere*, pubblicato in questo numero della *Rivista*.

⁴ Per alcuni spunti ricostruttivi a questo riguardo, si vedano da ultimo gli interventi al forum *La sfida della democrazia digitali* promosso dalla rivista del Gruppo di Pisa, 3, 2019, 231 ss., ove sono presenti (spec. nell'intervento di G. De Minico e M.F. De Tullio) anche numerosi riferimenti alla posizione di istituzioni e organismi internazionali ed eurounitari (sui quali v. anche M. Parito, *L'uso dei social media nella costruzione della sfera pubblica europea*, 1, 2012, 94 ss.).

Simposio: I *social network* fra comunicazione e partecipazione politica

creazione di un movimento d'opinione inimmaginabile, nelle forme e nei tempi osservati, senza il contributo decisivo dei social.

Tuttavia, sono altresì aumentate le voci di chi denuncia che i flussi informativi e il confronto tra opinioni via *social* siano soggetti a distorsioni strutturali ed elevati rischi di manipolazione⁵. Le caratteristiche tecniche di questi strumenti che tra poco evocheremo – e che sono del resto ormai ben note – li rendono infatti assai adatti all'applicazione di strategie “*marked oriented*” di costruzione del consenso. Se è vero che questa concezione della campagna elettorale da “campagna di mercato elettorale” è praticata dai nostri soggetti politici da ben prima della comparsa dei *social* – secondo una linea di tendenza crescente che riguarda invero tutta la storia elettorale repubblicana –, lo è altrettanto che a questa concezione i *social* offrono oggi strumenti raffinatissimi, fino a poco tempo fa economicamente o tecnicamente inaccessibili.

1.3. I *social network* come ambiente deliberativo

E qui rileva la terza e ultima premessa, che riguarda l'inquadramento dei social come strumenti di comunicazione e di partecipazione politica all'interno del *framework* teorico della deliberazione pubblica. È noto che le teorie e le pratiche deliberativiste propongano un concetto qualitativamente definito (o almeno definibile) di deliberazione pubblica. Esse pretendono che la deliberazione, quale discussione informata e argomentata che precede l'adozione di decisioni pubbliche, sia rispettosa di alcuni principi, come ad esempio la parità di accesso e di parola da parte dei partecipanti, la presenza di una base informativa affidabile, l'inclusività di tutti i punti di vista rilevanti, il ricorso all'argomentazione razionale, il rispetto delle opinioni altrui (con l'esclusione di toni e linguaggi inadatti ad un confronto argomentato)⁶. Principi, questi, nei quali facilmente leggiamo in filigrana caratteri del confronto democratico e pluralista cui la Costituzione vorrebbe informare la vita politica.

Se si prova ad applicare questi principi all'ambiente *social*, si avverte facilmente di essere piuttosto distanti da essi, talora esattamente agli antipodi.

L'interazione sui *social* si sviluppa mediante algoritmi che producono dinamiche del tutto contrastanti con quei principi, poiché sono sistematicamente applicati meccanismi che profilano e segmentano il pubblico in base a preferenze rilevate alla luce dei comportamenti dell'utente; favoriscono l'incontro tra opinioni analoghe, rafforzando convincimenti pregressi (e relativi pregiudizi) e penalizzando il confronto tra diversi, se non in termini di scontro radicale (*confirmation bias*, polarizzazione delle opinioni); consentono di selezionare i destinatari del messaggio e, dunque, consentono a uno stesso soggetto di indirizzare messaggi diversi e anche incoerenti a porzioni segmentate del proprio pubblico (*microtargeting*); offrono strumenti di artificiale e ingannevole

⁵ Sul punto, v. R. Montaldo, Le dinamiche della rappresentanza tra nuove tecnologie, populismo, e riforme costituzionali, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2019, 789 ss.; J. Martín Reyes, *Social network, polarizzazione e democrazia: dall'entusiasmo al disincanto*, in E. Vitale - F. Cattaneo (a cura di), *Web e società democratica. Un matrimonio difficile*, Torino, 2018, 18 ss.

⁶ L. Pellizzoni, *La deliberazione pubblica*, Roma, 2005; R. Bifulco, *Democrazia deliberativa*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, VI, Milano, 271 ss.

aumento del consenso e repressione del dissenso. Il tutto per caratteristiche tecniche di questi strumenti di intelligenza artificiale, in particolare profilazione, troll, messaggi automatici, bot. Ed è su queste caratteristiche che si insediano e si insidiano meccanismi formidabili di disinformazione⁷.

Stiamo quindi parlando di elementi tecnici che, di per sé, ostano alla creazione di un ambiente deliberativo qualitativamente accettabile, prima ancora che di problemi di utilizzazione e sfruttamento a fini manipolativi di questi meccanismi. Del resto, i *social network* rappresentano strumenti sviluppatasi nel giro di pochi anni non per le esigenze della deliberazione pubblica e della politica democratica, bensì in coerenza con le dinamiche di mercato alla base degli enormi profitti che le poche e grandi *corporations* che ne gestiscono le piattaforme registrano grazie alla raccolta e alla commercializzazione delle informazioni ivi raccolte.

2. L'attuale situazione (di carenza) normativa, tra deregolamentazione e *self regulation*

Veniamo allora alla questione della regolazione dei *social network* come strumenti di propaganda elettorale.

Tra le ragioni dell'enorme successo dei social quali strumenti di propaganda elettorale vi sono tutti i meccanismi tecnici che richiamavamo poc'anzi, ma è fondamentale riconoscere che tali essi, oggi, esplichino appieno il proprio potenziale proprio perché liberi di agire. In altri termini, il successo dei *social network* quali strumenti di costruzione del consenso politico è conseguenza anche della carenza di norme specifiche che presidino questo loro impiego.

Al fine di chiarire la portata di questa carenza di regolazione, occorre considerare almeno due aspetti.

Il primo attiene alla non applicabilità in via estensiva della legge n. 28/2000, la quale resta limitata al mezzo radio-televisivo. Siffatta inestensibilità è stata di recente riconosciuta anche dalla stessa Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

Come noto, l'Autorità, in occasione delle campagne elettorali, è competente a deliberare una serie di disposizioni dirette a regolare l'attività di comunicazione politica sulle emittenti radiofoniche e televisive private (competenza che, per il sistema radio-televisivo pubblico, spetta alla Commissione parlamentare di vigilanza). Lo ha fatto anche in occasione delle elezioni europee e amministrative del 26 maggio 2019, quando, per la prima volta, ha introdotto alcune previsioni finalizzate alla tutela del pluralismo sulle piattaforme per la condivisione di video e sui *social network* (delibere nn. 94 e 109 del 2019). Se leggiamo l'unica disposizione (l'art. 26) che compone il nuovo titolo VI di questi due regolamenti, notiamo che non si tratta di disposizioni cogenti⁸. Invero, a

⁷ Una sintetica e puntuale descrizione di questi meccanismi si trova in R. Montaldo, *op. cit.*; circa il ruolo dei *social* nei processi contemporanei di disinformazione è interessante rinviare allo studio promosso dal Parlamento Europeo, *Disinformation and propaganda – impact on the functioning of the rule of law in the EU and its Member States*, febbraio 2019.

⁸ Art. 26 (Tutela del pluralismo sulle piattaforme di condivisione di video):

«1. Nell'ambito del Tavolo tecnico per la garanzia del pluralismo e della correttezza dell'informazione

Simposio: I *social network* fra comunicazione e partecipazione politica

rigore, neppure costituiscono raccomandazioni o norme di *soft law*, quanto piuttosto norme meramente promozionali nei confronti dell'adozione di una autoregolamentazione da parte delle piattaforme di condivisione di video, con le quali viene attribuito un ruolo chiave al Tavolo tecnico per la garanzia del pluralismo e della correttezza dell'informazione sulle piattaforme digitali che opera presso l'Autorità⁹.

Il Tavolo, alla cui attività hanno partecipato anche i principali operatori del settore (Google, Facebook, Twitter), in occasione delle elezioni politiche del 2018, aveva già adottato apposite linee guida – questa volta possiamo parlare di *soft law* – per la parità di accesso alle piattaforme online durante la campagna elettorale¹⁰. Il documento è interessante, anzitutto, perché è in questa sede che l'Autorità riconosce espressamente la non estensibilità in via analogica alle piattaforme digitali delle regole contenute nella legge n. 28/2000. Perciò, contestualmente, detta una serie di previsioni volte all'adattamento dei principi della legge sulla *par condicio* alla comunicazione politica che si svolge sulle piattaforme digitali.

Senza entrare nel merito delle singole disposizioni, va notato che la prospettiva praticata è quella della autoregolamentazione, con l'assunzione di impegni, *in primis*, da parte delle piattaforme social e, *in secundis*, anche dei soggetti politici (definiti ai sensi della legge del 2000), i quali sono destinatari contestualmente di tutele (la parità di accesso) e di raccomandazioni (per fare un esempio che ha fatto molto discutere: il silenzio elettorale).

Le linee guida sembrano poi prefigurare interventi della stessa Autorità negli interstizi consentiti dalla possibile applicabilità di altre fonti rispetto alla legge 28/2000: si tratta del secondo profilo che ci consente di comprendere l'attuale condizione di carenza normativa.

Al momento, gli unici margini di applicazione di norme cogenti sembrano offerti dalla rilevanza più o meno indiretta di altri corpi normativi, di altre discipline di settore che incrociano la comunicazione politica via *social*, come la normativa sull'*e-commerce*¹¹ e sulla *privacy*. Ad esempio, le linee guida dell'Autorità sembrano voler favorire la tempestività della reazione di fronte a comportamenti che risulterebbero illeciti, come la diffusione di messaggi o videomessaggi con contenuti illeciti, lesivi dell'onore e della reputazione di altri candidati o che, con montature artefatte di interventi o dichiarazioni di un soggetto, attribuiscono a questi false affermazioni o posizioni non rispondenti al vero¹². Una sorta di contributo all'*enforcement* di altri corpi normativi cogenti, per

sulle piattaforme digitali è assunta ogni utile iniziativa al fine di promuovere l'adozione condivisa di misure di contrasto ai fenomeni di disinformazione e lesione del pluralismo informativo online.

2. L'Autorità promuove, mediante procedure di autoregolamentazione, l'adozione da parte dei fornitori di piattaforme di condivisione di video di misure volte a contrastare la diffusione in rete, e in particolare sui social media, di contenuti in violazione dei principi sanciti a tutela del pluralismo dell'informazione e della correttezza e trasparenza delle notizie e dei messaggi veicolati.

3. Le piattaforme si impegnano ad assicurare il rispetto dei divieti sanciti dalla disciplina legislativa e regolamentare in materia di comunicazione e diffusione dei sondaggi».

⁹ Il Tavolo è stato istituito con la delibera n. 423/17/CONS.

¹⁰ Le "Linee guida per la parità di accesso alle piattaforme online durante la campagna elettorale per le elezioni politiche 2018" sono state adottate il 1° febbraio 2018.

¹¹ V. spec. art. 14, direttiva 2000/31/CE e art. 1 del d.lgs. 70/2003.

¹² V. par. 3 della già menzionate linee guida.

finalità tuttavia ulteriori rispetto a quelle alla base dei medesimi.

La promozione della autoregolamentazione sembra dunque costituire la via principale di intervento, secondo una strategia osservabile del resto anche a livello sovranazionale.

A seguito di iniziative assunte dalla Commissione europea, alcuni giganti (come Google, Facebook, Twitter e Mozilla), nonché alcune associazioni che rappresentano il settore pubblicitario hanno firmato nell'ottobre 2018 un codice di buone pratiche contro la disinformazione e alcune piattaforme (come Facebook e Twitter) hanno integrato di conseguenza i propri codici di condotta.

Inoltre, è di pochi mesi fa la decisione di Facebook di limitare ulteriormente profilazione e *microtargeting* nelle competizioni elettorali che si terranno in alcuni importanti stati (il primo caso rilevante è stato quello delle elezioni britanniche del 12 dicembre 2019). Ed è notizia di poco precedente la rinuncia da parte di Twitter rinuncerà alla pubblicità politica a pagamento.

3. Oltre l'autoregolazione: definizione di spazi controllati, limiti di spesa, divieti di manipolazione, “azioni positive” a tutela del pluralismo

Quella della *self regulation* – e della sua promozione attiva da parte dell'autorità pubblica – non rappresenta, dunque, una strada infruttuosa. Tuttavia, ci si deve interrogare se tale approccio sia sufficiente a perseguire le finalità di tutela che richiamavamo in apertura.

A favore di un simile orientamento depongono indubbiamente gli argomenti che fanno leva sulla difficoltà che gli ordinamenti nazionali e perfino quello eurounitario potrebbero avere nell'imbrigliare con norme cogenti i soggetti in campo. Tenuto conto che destinatari di eventuali obblighi non sarebbero soltanto le piattaforme social, bensì anche i medesimi fruitori dei social (si pensi alla vicenda della chiusura del profilo di Casa Pound su Facebook, nella quale, prima della decisione del Tribunale di Roma che ha definito ha infine ne ha ordinato il ripristino, una soluzione pratica era stata trovata dall'associazione interessata grazie alla “ospitalità” offerta da un social network avente sede nella Federazione russa¹³).

Il peso dei valori costituzionali in gioco, a nostro avviso, rende però assai persuasiva la posizione di chi chiede anche – non in alternativa all'autoregolamentazione – un intervento legislativo¹⁴. Non è un caso che i codici di condotta poc'anzi evocati non contengano, ad esempio, norme sui tetti di spesa per messaggi e altri servizi a pagamento. Da qui le proposte *de iure condendo*, le quali sono eterogenee e possono ricostruirsi astrattamente lungo una scala d'intensità crescente.

¹³ Spunti ricostruttivi in C. Melzi d'Eril - G.E. Vigevari, *Facebook vs Casapound: un social network è davvero un servizio pubblico?*, in *Il Sole 24 Ore*, 15 dicembre 2019.

¹⁴ Di particolare interesse, ad esempio, le considerazioni a questo riguardo di G. De Minico, *Pubblicità elettorale on line: regole o anarbia*, intervento al convegno “Social network, formazione del consenso e istituzioni politiche: quanto hanno influito i social sulle elezioni europee?” (Roma, 24 giugno 2019). La registrazione dell'evento è [disponibile al sito radioradicale.it](http://www.radioradicale.it).

Simposio: I *social network* fra comunicazione e partecipazione politica

Alcune vanno nel senso di estendere i principi della legge sulla *par condicio* alle piattaforme *social* e pongono, naturalmente, una serie di problemi non soltanto di adattamento, bensì, ancor prima, di configurabilità di tali soggetti quali esercenti un servizio pubblico (aspetto il cui rilievo andrebbe approfondito a partire dalla ricostruzione della *ratio* legislativa della *par condicio* operata dalla Corte costituzionale: v. sent. 155/2002). Altre proposte puntano specialmente sulla riduzione di impatto del potere economico (ad esempio con la previsione di tetti pubblicitari e di obblighi di trasparenza incombenti su finanziatori e finanziamenti). Sono proposte che, in generale, tendono ad attrarre i *social network* nell'orbita di misure, potremmo dire, tradizionali.

Soluzioni ulteriori potrebbero incidere in maggiore profondità proprio sulle caratteristiche tecniche alla base del successo dei *social* come strumento di costruzione del consenso, con la previsione, per quanto attiene alla comunicazione politica, ad esempio di divieti di profilazione degli utenti e di utilizzo di *bot/troll* e altri simili meccanismi di manipolazione del dibattito. Capitolo a parte, benché strettamente interconnesso, è quello delle sanzioni forti per le *fake news*¹⁵.

Questo secondo tipo di interventi normativi sarebbe notevolmente più impattante e pone, come s'intuisce, una serie di questioni certamente non secondarie: già soltanto la circoscrivibilità di tali misure ai rapporti di natura politica costituisce una sfida non facile.

La discussione, del resto, potrebbe anche spingersi oltre, interrogandosi circa la possibilità di utilizzare quegli stessi meccanismi di funzionamento dei *social network* quali strumenti per costruire un ambiente deliberativo adeguato e aumentare le garanzie di pluralismo delle informazioni e delle opinioni. In altri termini, sarebbero concepibili a questo riguardo "azioni positive"? Sarebbe immaginabile che, ad esempio, di fronte a *hate speech* o di acclamate *fake news* si imponessero, oltre alle sanzioni, anche obblighi di controinformazione? Sarebbe ipotizzabile la rottura delle c.d. *filter bubbles* attraverso la promozione attiva dell'incontro con un pensiero divergente? Sarebbe possibile prevedere che in campagna elettorale i soggetti politici, intesi anche come individui, siano chiamati a praticare la comunicazione politica mediante appositi profili e per questi valgano regole apposite? E in questi spazi vi possa essere il presidio, temporaneo, dell'autorità indipendente?

Il terreno è delicatissimo. Da un certo punto di vista, ragionare su quel limitato segmento che è la comunicazione politica in campagna elettorale può essere, sì, riduttivo, ma può anche aiutare ad affrontare analiticamente i problemi, grazie peraltro ad un contesto in cui gli attori sono meno sfuggenti, così favorendo la ricerca di soluzioni puntuali e sperimentali.

Sono domande difficili, alla cui risposta non basta il contributo del diritto costituzionale. Ma per il diritto costituzionale sono domande non eludibili.

¹⁵ Su questo fronte, si è spinta particolarmente avanti la legislazione francese con la Loi n° 2018-1202 del 22 dicembre 2018 relativa alla "*lutte contre la manipulation de l'information*".