mediaLAWS

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 (*vice 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 Suor 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 Allevato, 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 Senor, Stefania Stefanelli, Giulia Tiberi, Bruno Tonoletti, Emilio Tosi, Lara Trucco, Luca Vanoni, Gianluca Varraso, Michelangela Verardi, Thomas Wischmeyer

ANNO 2020 - CODICE ISSN 2532-9146
Impaginazione a cura di Chiara Pavesi

MediaLaws - Rivista di diritto dei media è una rivista quadrimestrale telematica, ad accesso libero, che si propone di pubblicare saggi, note e commenti attinenti al diritto dell'informazione italiano, comparato ed europeo.

La rivista nasce per iniziativa di Oreste Pollicino, Giulio Enea Vigevani, Carlo Melzi d'Eril e Marco Bassini e raccoglie le riflessioni di studiosi, italiani e stranieri, di diritto dei media.
I contributi sono scritti e ceduti a titolo gratuito e senza oneri per gli autori. Essi sono attribuiti dagli autori con licenza Creative Commons "Attribuzione – Non commerciale 3.0" Italia (CC BY-NC 3.0 IT). Sono fatte salve, per gli aspetti non espressamente regolati da tale licenza, le garanzie previste dalla disciplina in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (l. 633/1941).
Il lettore può utilizzare i contenuti della rivista con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza Creative Commons "Attribuzione – Non commerciale 3.0 Italia" (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare menzionando la fonte e, laddove necessario a seconda dell'uso, conservando il logo e il formato grafico originale.
La rivista fa proprio il Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors elaborato dal COPE (Comittee on Publication Ethics).
La qualità e il rigore scientifici dei saggi della Rivista sono garantiti da una procedura di *double-blind peer review* affidata a un comitato di esperti per la valutazione individuato secondo criteri di competenza e rotazione e aggiornato ogni anno.

MediaLaws - Rivista di diritto dei media
Regolamento per la pubblicazione dei contributi

1. "MediaLaws – Rivista di diritto dei media" è una rivista telematica e ad accesso aperto che pubblica con cadenza quadrimestrale contributi attinenti al diritto dell'informazione.

2. Gli organi della rivista sono il Comitato di direzione, il Comitato scientifico e il Comitato degli esperti per la valutazione. L'elenco dei componenti del Comitato di direzione e del Comitato scientifico della rivista è pubblicato sul sito della stessa (www.medialaws.eu/rivista). Il Comitato degli esperti per la valutazione è sottoposto ad aggiornamento una volta l'anno.

3. La rivista si compone delle seguenti sezioni: "Saggi", "Note a sentenza" (suddivisa in "Sezione Europa", "Sezione Italia" e "Sezione straniera"), "Cronache e commenti" e "Recensioni e riletture". I singoli numeri potranno altresì ospitare, in via d'eccezione, contributi afferenti a sezioni diverse.

4. La sezione "Saggi" ospita contributi che trattano in maniera estesa e approfondita un tema di ricerca, con taglio critico e supporto bibliografico.

5. La sezione "Note a sentenza" ospita commenti alle novità giurisprudenziali provenienti dalle corti italiane, europee e straniere.

6. La sezione "Cronache e commenti" ospita commenti a questioni e novità giuridiche di attualità nella dimensione nazionale, europea e comparata.

7. La sezione "Recensioni e riletture" ospita commenti di opere rispettivamente di recente o più risalente pubblicazione.

8. La richiesta di pubblicazione di un contributo è inviata all'indirizzo di posta elettronica submissions@medialaws.eu, corredata dei dati, della qualifica e dei recapiti dell'autore, nonché della dichiarazione che il contributo sia esclusiva opera dell'autore e, nel caso in cui lo scritto sia già destinato a pubblicazione, l'indicazione della sede editoriale.

9. La direzione effettua un esame preliminare del contributo, verificando l'attinenza con i temi trattati dalla rivista e il rispetto dei requisiti minimi della pubblicazione.

10. In caso di esito positivo, la direzione procede ad assegnare il contributo alla sezione opportuna.

11. I saggi sono inviati alla valutazione, secondo il metodo del doppio cieco, di revisori scelti dall'elenco degli esperti per la valutazione della rivista secondo il criterio della competenza, della conoscenza linguistica e della rotazione. I revisori ricevono una scheda di valutazione, da consegnare compilata alla direzione entro il termine da essa indicato. Nel caso di tardiva o mancata consegna della scheda, la direzione si riserva la facoltà di scegliere un nuovo revisore. La direzione garantisce l'anonimato della valutazione.

12. La direzione comunica all'autore l'esito della valutazione.
Se entrambe sono positive, il contributo è pubblicato.
Se sono positive ma suggeriscono modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. La direzione si riserva la facoltà di sottoporre il contributo così come modificato a nuova valutazione, anche interna agli organi della rivista. Se solo una valutazione è positiva, con o senza modifiche, la direzione si riserva la facoltà di trasmettere il contributo a un terzo valutatore. Se entrambe le valutazioni sono negative, il contributo non viene pubblicato.

13. Per pubblicare il contributo, l'Autore deve inviare una versione definitiva corretta secondo le regole editoriali della rivista pubblicate sul sito della stessa, un abstract in lingua italiana e inglese e un elenco di cinque parole chiave. Il mancato rispetto dei criteri editoriali costituisce motivo di rigetto della proposta.

14. Le valutazioni vengono archiviate dalla direzione della rivista per almeno tre anni.

15. A discrezione della direzione, i saggi di autori di particolare autorevolezza o richiesti dalla direzione possono essere pubblicati senza essere sottoposti alla procedura di referaggio a doppio cieco ovvero essere sottoposti a mero referaggio anonimo, previa segnalazione in nota.

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

Indice
Index

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**
Ilenia 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.

Editoriale

Primi spunti per una più efficace comunicazione delle ragioni della giustizia penale*

Glauco Giostra

Sommario

1. Le scelte di civiltà giuridica si nutrono anche di parole. – 2. È necessario cambiare anche i moduli comunicativi. – 3. Lasciare marcire i condannati in galera è pericoloso per la collettività. – 4. Alzare il livello della risposta punitiva non ha alcuna efficacia generalpreventiva. – 5. Apprestare antidoti efficaci agli slogan populistici.

1. Le scelte di civiltà giuridica si nutrono anche di parole

Due mesi fa il Board of Supervisors di San Francisco, l'assemblea legislativa della città e della Contea, ha approvato una risoluzione che ha avuto una certa eco, anche internazionale. La risoluzione contiene alcune linee-guida cui la comunicazione istituzionale dovrebbe attenersi, soprattutto quando fa riferimento ai condannati, affinché venga adottato un linguaggio che collochi al primo posto l'individuo (*person-first language*). L'obbiettivo è quello di evitare parole eccessivamente stigmatizzanti come *criminale*, *galeotto*, *pregiudicato*, perché creano «barriere attitudinali e stereotipi persistenti, che impediscono l'accesso all'impiego, agli alloggi, alle licenze professionali (…) e ad altri aspetti integranti della vita di comunità», rendendo ancor più difficile il reinserimento nella società di coloro che hanno avuto problemi con la giustizia. Quelle parole, come una sorta di lettera scarlatta, marchiano gli individui, sospingendoli irreversibilmente ai margini della società. Di qui l'idea di sostituirle con «un linguaggio che colloca al primo posto le persone», promuovendo «una comunicazione positiva, sana e imparziale», per fare in modo che «l'individuo non venga definito in misura esclusiva o determinante in base ai suoi precedenti penali, ai suoi arresti, o ad altri contatti con il sistema giudiziario penale». Un'attenzione, anche verbale, alla dignità della persona condannata che fa tornare alla mente la Circolare con cui il Capo del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del nostro Ministero della giustizia poco più di due anni fa – era il 31 marzo 2017 – invitava le direzioni competenti a «intraprendere tutte le iniziative necessarie al fine di dismettere nelle strutture penitenziarie, da parte

* Contributo pubblicato come editoriale in *Processo penale e giustizia,* 6, 2019, 1359 ss. Si ringraziano l'Autore e la rivista ospitante per la gentile concessione alla ripubblicazione

di tutto il personale, l'uso sia verbale che scritto, della terminologia infantilizzante e diminutiva» che caratterizza il gergo corrente all'interno degli istituti penitenziari (ad esempio: *domandina*, per indicare la richiesta; *dama di compagnia*, per indicare la presenza di un altro detenuto nella stessa cella). Accomuna le due iniziative la condivisibile convinzione che parole stigmatizzanti o umilianti compromettono, o quanto meno ostacolano, l'opera di recupero sociale del condannato.
Si va dunque affermando la consapevolezza che i migliori principi – come nel nostro caso quello del recupero sociale del condannato – rischiano di essere "soffocati", quando non stravolti, nella loro attuazione da una terminologia discriminatoria; più in generale, che una migliore convivenza civile passa anche attraverso una "ecologia" del linguaggio.
Una consapevolezza condivisibile e molto importante, ma che si pone – per così dire – "a valle". Ancora più importante è cominciare a ragionare su quali siano gli strumenti della comunicazione per affermare o per difendere l'irrinunciabile valore di quei principi.

2. È necessario cambiare anche i moduli comunicativi

Limitarsi a disinfettare il vocabolario sociale, eliminando le parole culturalmente inquinanti, non basta. Pur dopo questa bonifica, rimarrebbero messaggi e slogan in grado di corrodere presso l'opinione pubblica la fiducia in alcune scelte di civiltà e di preparare il terreno per opzioni regressive. Del resto, facciamo l'esperimento di apportare alla frase "quel criminale deve marcire in galera", espressione dell'attuale (in)cultura della pena, gli opportuni adattamenti linguistici suggeriti dal Board of Supervisors: "quella persona coinvolta con la giustizia penale deve marcire in galera". L'indecenza del messaggio non viene meno, perché non era nella parola "criminale", bensì nell'auspicio che l'imputato sconti la pena marcendo in galera. Proviamo allora, interpretando lo spirito più che i suggerimenti terminologici di quella risoluzione, a riformulare l'intera frase con espressioni meno rozze: "sarebbe bene che l'accusato di questo delitto venga condannato e che sconti la pena in carcere, nell'assoluta inedia, sino all'ultimo giorno". L'auspicio, pur dopo il *restyling*, resterebbe inaccettabile. Ma il problema non è deprecarlo, bensì disinnescarlo culturalmente, affinché intorno ad esso non si coaguli un consenso politicamente significativo. Pensare di contrastare quell'invocazione di cieca inesorabilità della pena facendo notare che contiene una grave sgrammaticatura costituzionale, poiché per la nostra Carta costituzionale le pene debbono tendere alla rieducazione del condannato, sarebbe tanto sacrosanto, quanto inefficace: sul nobile precetto dell'art. 27, c. 3, Cost. farebbero brutalmente premio i grossolani proclami "chi sbaglia paga", "sbattiamolo dentro e buttiamo le chiavi, un delinquente in meno in circolazione"; o il più anodino "la certezza della pena", che, sebbene scritto come uno dei principi cardine del diritto penale liberale (relativo alla predeterminazione legale della risposta sanzionatoria dello Stato), è ormai stentoreamente pronunciato, e acriticamente inteso, come "inesorabile fissità della pena".
Bisogna cercare di capire, invece, per quale ragione questi slogan finiscono oggi per

avere la meglio.
Sino all'avvento dei mezzi di comunicazione di massa e soprattutto dei *social media* l'esito sarebbe stato presumibilmente diverso. Possiamo dire, infatti, semplificando molto, che gli orientamenti politici e culturali maturavano in seno alla «sfera pubblica», intesa come il complesso di attività di quei consociati i cui giudizi, commenti, suggerimenti, critiche, richieste, manifesti culturali sono in grado di influenzare l'opinione pubblica e la classe politica (Habermas, Pizzorno). Così, per rientrare nel nostro perimetro tematico, la politica penale si avvaleva prevalentemente degli apporti di giuristi, criminologi, politologi, sociologi, filosofi. Naturalmente erano necessari il filtro e la mediazione della politica, anche perché spesso, in particolare l'accademia si esibiva nella costruzione di eleganti architetture astratte, in cui – per dirla con Calamandrei – sembrava che non circolasse l'aria del mondo. Spettava alla politica convincere la collettività della bontà delle soluzioni che aveva scelto di mutuare da quel laboratorio di idee che era la "sfera pubblica", per aggregare il consenso democraticamente necessario.
Con l'affermazione dei *social media* e con il declino dell'arte del governare il processo di formazione degli indirizzi politici segue un percorso inverso, solo apparentemente più democratico. Slogan e parole d'ordine si diffondono epidemicamente generando convinzioni *a la càrte* che aggregano consenso e costituiscono un ghiotto boccone per una politica più intenta ad accodarsi alle processioni del comune sentire, piuttosto che a guidarle.
In un simile contesto, replicare al demagogico "devono scontare sino all'ultimo giorno in galera" affermando "la Costituzione vuole che l'esecuzione della pena tenda ad un progressivo reinserimento sociale del condannato" è una risposta emotivamente imbelle. Essa anzi finisce per accreditare la diffusa, mistificante, impressione che vede, da una parte, coloro che con rassicurante rigore pretendono che la pena detentiva sia scontata fino in fondo, rinchiudendo ermeticamente i pericolosi criminali entro le mura del carcere; dall'altra, i buonisti, gli indulgenzialisti, coloro che sono monotematicamente preoccupati della sorte del condannato e del suo recupero sociale. Una siffatta risposta non ha presa perché non si preoccupa di tutelare l'interesse di cui mostra di farsi carico l'opposto approccio. Se questo trasmette un implicito messaggio rassicurante – "non siate preoccupati, questo pericoloso individuo verrà recluso entro mura ben presidiate" – l'altro risponde: "è un suo diritto costituzionalmente garantito, se dimostrerà un significativo e protratto progresso di riabilitazione sociale, veder abbassare i ponti levatoi di quelle mura".

3. Lasciare marcire i condannati in galera è pericoloso per la collettività

Bisognerebbe, invece, contrapporre alle esibite rodomontate punitive un perentorio *warning*: la segregazione senza speranza mette a grave rischio la sicurezza sociale. Un'affermazione perentoria di cui non sarebbe difficile alla bisogna dimostrare il fondamento. Fatta eccezione per coloro che scontano un ergastolo c.d. ostativo, i condannati prima o poi, espiata la pena, escono dal carcere. Sovente per tornare a commettere

reati: l'indice di recidiva, con qualche sensibile oscillazione da Paese a Paese – ad esempio, supera più dell'80% in Brasile (non a caso il Paese con il tasso di carcerazione tra i più alti del mondo), in Inghilterra si attesta intorno al 50% – è sempre molto alto. Questa inclinazione a ri-delinquere diminuisce fortemente quando il condannato sconta la pena in un regime carcerario che ne rispetti la dignità, lo responsabilizzi e gli offra la possibilità di guadagnarsi – anche adoperandosi in favore della collettività e delle vittime dei reati – un graduale, controllato reinserimento sociale. Pure in tal caso gli indici statistici oscillano (in Italia si scende al 19%, in Inghilterra al 22%, in Brasile, limitatamente ai penitenziari pilota Apac, al 12%) sino a registrare circoscritte realtà con percentuali di recidiva ad una cifra (il 5%, per i dimessi dal penitenziario La Stampa di Lugano). Sarebbe intellettualmente poco onesto non riconoscere che si tratta di percentuali non certo affidabili al decimale, essendo spesso frutto di metodiche diverse di rilevazione e di calcolo. Ma sarebbe intellettualmente disonesto negare l'esistenza di una forbice molto significativa tra i crimini commessi da ex condannati, a seconda che questi abbiano subìto una pena ciecamente segregativa, orfana di ogni speranza di cambiamento, oppure una pena severa, ma non insensibile alla loro effettiva partecipazione ad un progetto di riabilitazione che li abbia preparati a rientrare nella società civile, con l'intento e la capacità di viverci come avrebbero sempre dovuto. Se poi opportune provvidenze di assistenza e sostegno accompagnano il condannato quando ha terminato di scontare la pena anche nelle modalità attenuate delle misure alternative nella sua "convalescenza sociale", quasi sempre viene restituito alla società un buon cittadino. Dunque, quando lo Stato sa offrire tali opportunità e il condannato sa meritarle, la collettività ne trae un beneficio molto significativo non solo in termini di civiltà, ma proprio in termini di sicurezza.

Il proposito di lasciar marcire i detenuti in galera sino all'ultimo giorno della pena inflitta, pertanto, non è solo in contrasto con la Costituzione e con la Convenzione europea: è un attentato alla sicurezza sociale. Questa è l'idea che si deve riuscire a inoculare nelle vene mediatiche.

Si tratta soltanto di un esempio per cercare di cambiare il modulo comunicativo. Bisogna, nell'ordine, individuare l'interesse (securitario, economico, etico o d'altra natura) sulla cui ostentata tutela fa presa la posizione che riscuote ingiustificato consenso, denunciare l'inconferenza dello strumento proposto per garantire quell'interesse e indicare le provvidenze effettivamente utili per farsene carico. Un modulo comunicativo che si potrebbe applicare a diversi temi di attualità per sbugiardare slogan di successo (da "la difesa è sempre legittima" a "i porti chiusi servono a combattere gli scafisti"), senza ignorare le preoccupazioni sociali che mirano strumentalmente ad intercettare.

4. Alzare il livello della risposta punitiva non ha alcuna efficacia generalpreventiva

Ma restiamo al tema della punizione penale. Da sempre, e sempre più negli ultimi tempi, i Governi di fronte a forme di criminalità che inquietano l'opinione pubblica imboccano la via meno impegnativa e più inefficace dell'innalzamento della pena. Non

sanno far altro che esibire una muscolarità sanzionatoria: mettono mano alla "fondina legislativa", innalzando il livello della pena e restringendo i diritti dei condannati.
In questa corsa al rialzo punitivo si è arrivati anche ad adombrare la possibilità di introdurre la pena di morte per i reati più efferati (tra l'altro, inquietanti sondaggi riferiscono che il 30% degli italiani sarebbe favorevole). Anche in questi casi, sarebbe inutile obiettare che la pena di morte è vietata dalla nostra Costituzione o che comporta la certezza di uccidere degli innocenti (più del 4% dei giustiziati, secondo studi statunitensi). Verità intangibili, ma che sul piano dialettico-emotivo costituiscono un'*aberratio ictus*. Bisogna ribattere con forza che l'entità della pena non ha alcun effetto generalpreventivo (consapevolezza, che non è di oggi, né dei soli giuristi: in un quadro del XV secolo, il pittore fiammingo Dieric Bouts raffigurava un patibolo, in cui viene impiccato un ladro: tra la folla assiepata intorno alla forca per assistere all'esecuzione si vede un uomo sfilare banconote a colui che gli volge le spalle). Anzi, la minaccia della pena di morte sembra avere effetti controproducenti. Emblematico il caso degli USA, dove è largamente ammessa. Secondo i dati forniti dalle Nazioni Unite, non soltanto vi si registrano mediamente 5,3 omicidi ogni 100.000 abitanti, mentre in Italia la media flette sensibilmente ad uno 0,8. Ma negli Stati degli USA che non ammettono la pena di morte si conta un minor numero di omicidi rispetto a quelli che la prevedono. Anche l'idea che aumentare le pene serva a prevenire la commissione di reati, dunque, è un'idea dileggiata dalla realtà.

5. Apprestare antidoti efficaci agli slogan populistici

Bisogna allora contrastare certe pericolosissime derive, non tanto dicendo che sono incivili o incostituzionali, quanto che sono sempre inutili, talvolta pericolose, per la collettività. È necessario elaborare moduli comunicativi nuovi, che contrastino gli slogan populistici sul terreno dove mettono più facilmente radici: la paura e l'insicurezza sociale.
Beninteso, non bastano questi accorgimenti comunicativi per debellare radicalmente la tendenza dei singoli ad agognare pene spietate e della classe politica dominante a cavalcare questa istintiva propensione.
Trent'anni fa, in uno scritto emblematicamente intitolato *A futura memoria (se la memoria ha un futuro)*, Leonardo Sciascia con la sua prosa cristallina avvertiva: «i cretini, e ancor più i fanatici, son tanti; godono di una così buona salute non mentale che permette loro di passare da un fanatismo all'altro con perfetta coerenza […]. Bisogna loro riconoscere, però, una specie di buona fede: contro l'etica vera, contro il diritto, persino contro la statistica, loro credono che la terribilità delle pene (compresa quella di morte), la repressione violenta e indiscriminata, l'abolizione dei diritti dei singoli, siano gli strumenti migliori per combattere certi tipi di delitti […]. E continueranno a crederlo».
Il presente non sembra propriamente smentire il grande scrittore siciliano.
Ma, proprio per questo, in una "democrazia dell'opinione pubblica" come l'attuale bisogna trovare antidoti comunicativi che sappiano smascherare gli imbonitori di turno, andando sul loro terreno preferito dell'insicurezza e della paura. Se si sapranno trovare

slogan demistificatori (naturalmente sorretti dalla testarda realtà delle statistiche), gran parte della collettività – eccetto gli inguaribili fanatici, appunto – potrebbe accogliere con favore una risposta penale che si faccia più credibilmente carico delle sue inquietudini, senza seminare sentimenti di paura, di odio e di vendetta.

Se non temessi di essere equivocato, direi che oggigiorno, per condurre la società verso una convivenza più sicura e più civile, cioè verso il suo vero interesse, si deve imparare ad esercitare una virtuosa demagogia.

Saggi

La decisione amministrativa nell'età degli algoritmi: primi spunti*

Lucia Musselli

Abstract

La diffusione delle decisioni automatizzate e dell'intelligenza artificiale nell'ambito della Pubblica Amministrazione pone alcune questioni particolari con riferimento al rispetto dei principi contenuti nella legge sul procedimento amministrativo, la n. 241/1990. I primi orientamenti del giudice amministrativo sembrano ispirati ad un certo scetticismo nell'accogliere procedure interamente automatizzate, richiedendosi specifici doveri di trasparenza degli algoritmi.

The implementation of artificial intelligence and Automated Decision Making in Public Authorities might impact on the provisions under Law no 241/1990 (the Italian Administrative Procedure Act). The first judicial decisions of Administrative Tribunals are against the extension of the area of Automated Decision Making to complex contests. In particular, transparency of algorithms becomes the very topical issue.

Sommario

1.Introduzione. - 2. Il processo (ancora incompiuto) della digitalizzazione della pubblica Amministrazione. - 3. Decisione automatizzata e procedimento amministrativo. - 4. Qualche conclusione.

Keywords

pubblica amministrazione - decisione automatizzata - attività discrezionale - algoritmi - intelligenza artificiale

1.Introduzione

La digitalizzazione della P.A. (la c.d. "tecnificazione dell'amministrazione"), appare oggi un processo inarrestabile, in continua evoluzione che incide sull'organizzazione e sull'attività amministrativa[1].

* Il testo costituisce una rielaborazione di quanto presentato nel corso del Workshop "Diritti, partecipazione e rappresentanza nell'età degli algoritmi" (15 marzo 2019, Università degli Studi di Milano, Milano Digital Week 2019). Su determinazione della direzione, il contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo in conformità all'art. 15 del regolamento della Rivista.

[1] Tra le opere più recenti cfr. S. Civitarese Matteucci-L. Torchia, *La tecnificazione,* vol. IV, Firenze, 2016;

A livello sovranazionale, sia nell'ottica UE che in ambito OCSE, ove è dato particolare rilievo all'aspetto dell'*open government*[2], troviamo atti, prevalentemente di *soft law,* che indicano gli obiettivi e le tappe da raggiungere[3].
Ma al di là della definizione dei cronoprogrammi contenuti in documenti diversamente denominati (piani, Agende digitali ecc.), peraltro attuati in modo piuttosto disomogeneo tra i vari paesi europei, tale processo è reso necessario dal mutare dei rapporti sociali ed economici che ha visto una diffusione sempre maggiore del calcolo algoritmico utilizzato sovente in contesti di *big data*[4].
In particolare, la diffusione degli algoritmi sta producendo grandi vantaggi per la collettività con particolare riferimento all'immediatezza dei risultati prodotti[5].
Tale aspetto, collegato alle forti aspettative di velocità e razionalità dei processi decisionali, è stato particolarmente enfatizzato nella lettura del fenomeno rendendolo fortemente *appealing* anche con riferimento all'attività amministrativa, caratterizzata nel nostro paese dalla perenne ricerca di "ricette" per migliorarne l'efficienza[6].
L'utilizzo di sistemi automatizzati nell'adozione di decisioni amministrative, destinati nel futuro ad aumentare attraverso l'affinamento dei processi di *machine learning* e *deep learning* (mediante cui la macchina può imparare da se stessa ed elaborare nuovi percorsi di apprendimento)[7] offre poi ulteriori vantaggi, oltre a quello di economicità temporale, quali il minor rischio di errori e l'aumento dell'imparzialità dell'azione amministrativa[8]. Da un certo punto di vista anzi il ricorso a procedure algoritmiche risulta necessitato qualora si debbano processare grandi masse di dati.
Tuttavia, al di là di alcune problematiche generali relative ai limiti degli algoritmi che

P. Otranto, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.,* in *Federalismi.it*, 17 gennaio 2018, 4-5 e da ultimo G. Avanzini, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici,* Napoli, 2019. Per un inquadramento generale della questione relativa all'informatizzazione della p.A. cfr. G. Duni, *Teleamministrazione,* in *Enc. Giur.,* XXX, 1993, 3 e A. Masucci, *L'atto amministrativo informatico,* Napoli, 1993.

2 Sul punto F. Martines, *La digitalizzazione della Pubblica Amministrazione,* in *questa Rivista,* 2, 2018, 146 ss. Con la formula "amministrazione aperta" si intende un modello di amministrazione che mira a rendere i processi decisionali più trasparenti ed aperti alla partecipazione degli *stakeholder* con il risultato complessivo di far sì che le amministrazioni pubbliche risultino maggiormente responsabili del proprio operato davanti ai cittadini (*accountability*). Al riguardo merita una menzione l'*Open Government Partnership*, iniziativa internazionale multilaterale composta oggi da 79 Stati e la Raccomandazione dell'OCSE C(2017)140 in materia di *open government*.

3 Cfr. ad esempio il piano d'azione per l'egov nell'ambito dell'Agenda digitale europea. Sugli ultimi sviluppi M. Tresca, *I primi passi verso l'Intelligenza Artificiale al servizio dei cittadini: brevi note sul Libro Bianco dell'Agenzia per l'Italia digitale,* in *questa Rivista*, 3, 2018, 245 ss.

4 Su tale profilo, con riferimento alle numerose implicazioni anche problematiche che sorgono con riferimento alla decisione amministrativa, G. Avanzini, *op. cit.*

5 G. Avanzini, *op. cit.,* 14.

6 Per il collegamento tra l'impiego degli strumenti digitali e il miglioramento dell'efficienza amministrativa G. Duni, *Il procedimento amministrativo tra L. 7 agosto 1990, n. 241 e l'introduzione dell'amministrazione telematica,* in *Foro Amm.,* 1995, 226 ss.

7 Sul punto S. Crisci, *Intelligenza artificiale ed etica dell'algoritmo,* in *Foro Amm.,* 2018, 1787 ss.

8 Cfr. G. Avanzini (*op. cit.*, 14 ss.) che sottolinea come «i risultati cui perviene l'analisi algoritmica tendono ad essere considerati in sé prevedibili e precisi, e ciò soddisfa il bisogno o l'aspirazione alla certezza giuridica, lascito della modernità politica e divenuta così cruciale nei rapporti tra cittadini e amministrazione nella società contemporanea e nel mercato».

risultano, come ampiamente dimostrato, in alcuni casi fallibili[9], la caratterizzazione particolare sotto il profilo finalistico e contenutistico dell'attività amministrativa, identificata in una cura di interessi orientata al perseguimento dell'interesse pubblico individuato dalla legge, impone alcune prime riflessioni a carattere problematico circa il perimetro di estensione della sostituibilità di decisioni umane con particolare riferimento alle attività "discrezionali"[10].

2. Il processo (ancora incompiuto) della digitalizzazione della pubblica Amministrazione

Che cosa si intende per amministrazione digitale? In via di prima approssimazione si può rispondere che tale espressione fa riferimento all'utilizzo delle tecnologie informatiche nell'organizzazione e nello svolgimento dell'attività amministrativa.
In ottica più ampia, prestando attenzione ai processi politici non solo nazionali, ma anche sovranazionali (europei e non) possiamo registrare come gli interventi normativi in materia possono essere letti nel più ampio processo denominato *eGovernment*[11], ove l'applicazione delle tecnologie informatiche all'Amministrazione viene finalizzata ad un aumento del grado di efficienza e produttività nelle attività svolte e nei servizi resi, restituendo nel contempo centralità alla figura del cittadino-utente a cui deve essere costantemente offerta la possibilità di interloquire con l'Amministrazione e di esprimere il proprio gradimento nei confronti del suo operato.
La digitalizzazione della p.A. risulta frutto di una disciplina normativa di tipo multilivello contrassegnata da fonti normative di diversa cogenza.
Storicamente la nozione di *eGovernment* si sviluppa negli USA negli anni Ottanta con un primo momento segnato da iniziative dal basso di tipo *grassroot*, comunità *on line* di cittadini per i cittadini (quali *freenet* e *civic networks*), ovvero promosse dalle pubbliche Amministrazioni per rendere fruibili informazioni di pubblico interesse[12]. Sarà poi durante l'amministrazione Clinton degli anni Novanta che si definisce un ruolo più preciso per le Amministrazioni e si introduce il termine di *eGovernment*. Nel seguito il processo conoscerà una svolta decisiva, in particolare all'atto del suo insediamento nel 2009 Barack Obama emana un *memorandum* di indirizzo rivolto ai dirigenti delle amministrazioni su trasparenza e *Open Government* in cui quest'ultimo concetto viene costruito attorno ai tre pilastri della trasparenza, partecipazione e collaborazione.
A livello europeo la digitalizzazione assume un ruolo importante a partire dagli anni 2000 nell'ambito della c.d. "Strategia di Lisbona" [13] e conosce un significativo punto di

[9] Cfr. G. Avanzini, *op. cit.,* 18 ss.

[10] La questione è altamente problematica e parte della dottrina e la giurisprudenza tende a negare la possibilità di impiego di procedure automatizzate nell'esercizio di poteri discrezionali; sul punto cfr. di recente la ricostruzione critica svolta da G. Avanzini, *op. cit.*, 91.

[11] Su cui F. Merloni, *Introduzione all'e-government. Pubblica amministrazione e società dell'informazione,* Torino, 2005.

[12] Sul punto F. Di Donato, *Lo Stato trasparente- Linked open data e cittadinanza attiva,* Napoli, 2011.

[13] Nel marzo 2000 i leader politici dell'Unione Europea si sono riuniti a Lisbona con lo scopo di fare dell'Unione «l'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo, in

svolta con l'approvazione da parte dei ministri responsabili dell'*eGovernment* nei paesi membri della Dichiarazione di Malmö del 2009[14]. Se l'*eGovernment* viene in un primo momento strettamente collegato alla realizzazione del mercato unico ed all'attuazione della libera circolazione di imprese e cittadini in seguito e parallelamente all'affermarsi dei principi in materia di buona amministrazione così come definito dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali esso si carica anche di una valenza autonoma come processo che mira a migliorare la qualità dei servizi, ne omogeneizza il livello qualitativo, realizza il principio di trasparenza ed inclusività[15]. In verità i due aspetti appaiono fortemente intrecciati in quanto un'amministrazione aperta ad approcci innovativi risulta più efficiente facilitando quindi gli scambi e gli investimenti nell'UE.

Venendo alla situazione italiana occorre ricordare come lo sviluppo delle ICT applicato alle p.A. sia stato oggetto di interventi legislativi piuttosto tardivi e non sempre coordinati e che di conseguenza anche gli studi sul punto abbiano registrato un certo ritardo.

Come eccezione a tale quadro si possono ricordare gli studi pionieristici di Alberto Predieri[16] e di Giovanni Duni[17] così come fondamentale (e non solo per questi aspetti) risulta il contributo di Massimo Severo Giannini che nel Novembre del 1979 nel suo "Rapporto sui principali problemi dell'Amministrazione dello Stato"[18] intuì le potenzialità rappresentate dagli strumenti informatici applicati alla P.A. ponendo in luce, in modo assai lungimirante, come tale processo non avrebbe dovuto interessare solamente *l'organizzazione interna*, ma avrebbe dovuto riguardare anche *l'attività amministrativa rivolta all'esterno*, quella, d'altra parte, che più da vicino interessa i cittadini.

È solo tuttavia a partire dagli inizi degli anni Novanta che il processo di informatizzazione della p.A. iniziò ad essere concepito in modo organico[19].

In questa fase l'Italia, se appare sempre in posizione arretrata rispetto agli altri paesi europei quanto ad investimenti pubblici in ICT, si caratterizza per l'approvazione di importanti novità normative tese ad introdurre significativi elementi di modernizza-

grado di realizzare una crescita economica sostenibile con nuovi e migliori posti di lavoro e una maggiore coesione sociale» entro il 2010. Tale strategia rinnovata viene riproposta nel 2005 ed uno dei pilastri è rappresentato proprio dall'Egov. Sul punto si ricordano i seguenti atti: Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 1° giugno 2005, intitolata "i2010 – Una società europea dell'informazione per la crescita e l'occupazione" (COM (2005) 229 def.). Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni – Relazione sulla competitività digitale in Europa: principali risultati della strategia i2010 nel periodo 2005-2009 (COM(2009) 390 def.).

[14] Tale Dichiarazione muove dal basso e cioè dalla presentazione del documento *An open Declaration on European Public Services,* promossa da cittadini ed ONG.

[15] Sugli aspetti però anche problematici collegati all'impiego dell'IA cfr. D. U. Galetta-J.C. Corvalàn, *Intelligenza artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it,* 3, 2019.

[16] V. *Gli elaboratori elettronici nell'amministrazione dello Stato*, Bologna, 1971.

[17] *L'utilizzabilità delle tecniche elettroniche nell'emanazione degli atti e nei procedimenti amministrativi. Spunti per una teoria dell'atto amministrativo elaborato nella forma elettronica,* in *Riv. Amm.,* 1978, 407 ss.

[18] Tale testo può essere letto in *tecnichenormative.it*.

[19] In tali anni infatti si assiste al passaggio dalla "meccanizzazione" alla "informatizzazione della P.A." come ben descritto da F. Martini, *Il sistema informativo pubblico,* Torino, 2006.

zioni nell'organizzazione e nel funzionamento dell'Amministrazione che la portano ad essere uno dei primi paesi al mondo a riconoscere il valore giuridico del documento elettronico e della firma digitale[20].
L'approvazione della l. 241/1990, che pure nella sua formulazione originaria non prevede quasi nulla in materia (sul punto vd. però la nozione ampia di "documento amministrativo" di cui all'art. 22, c. 1, lett. *d*), fornisce tuttavia i principi di riferimento (principi di efficacia, economicità, trasparenza) per gli interventi sull'informatizzazione pubblica che tutti, in modo più o meno esplicitato, si inseriranno nel solco riformista da tale legge inaugurato.
Venendo agli atti normativi che costituiscono in senso più specifico le "fonti" del diritto dell'amministrazione digitale, possiamo ricordare le seguenti:
il d.lgs. 39/1993, che tra le sue novità più significative introduceva il principio della dematerializzazione (art. 3) e istituiva l'Autorità per l'informatica nelle p.A. (art. 4);
l'art. 15, c. 2, della l. 59/1997 (e il relativo decreto attuativo d.P.R. 513/1997) che attribuisce pieno valore giuridico agli atti pubblici e privati in forma elettronica e che fu salutato come il momento di svolta verso un'amministrazione smaterializzata;
il d.P.R. 445/2000 "Testo unico sulla documentazione amministrativa";
il d.lgs. 82/2005 "Codice dell'amministrazione digitale".
Il Codice dell'amministrazione digitale che a dispetto del nome «non esaurisce in sé tutte le possibili declinazioni dell'amministrazione dematerializzata»[21] è stato più volte modificato nel corso degli anni, da ultimo con i d.lgs. 179/2016 e d.lgs. 217/2017 che hanno semplificato e razionalizzato alcune previsioni.
Se il quadro normativo e paranormativo appare denso di norme il processo di passaggio al digitale non si è però ancora pienamente attuato[22]. L'Italia si trovi non solo assente dalla *top ten* dei paesi più avanzati in materia di *eGovernment*, ma si colloca solo al 24° posto (United Nations E-Government Survey 2018)

3. Decisione automatizzata e procedimento amministrativo

Com'è noto a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, con la disciplina introdotta dalla l. 241/1990[23], abbiamo assistito all'imporsi del procedimento come modalità

[20] Ricorda tale aspetto F. Bassanini, *le riforme amministrative degli anni Novanta: che cosa si è fatto che cosa resta da fare,* in *Astrid Rassegna*, 17, 2008, pur ritenendo che l'informatizzazione della PA costituisse un esempio di riforme ancora incompiute nel paese.

[21] Basti pensare infatti alle norme in materia di trasparenza contenute nel d.lgs. 33/2013; per una descrizione dei contenuti del Codice F. Cardarelli, *Amministrazione digitale Trasparenza e principio di legalità,* in *Dir. Inf.,* 2, 2015, 227 ss.

[22] Sul punto sottolinea bene G. Avanzini, *op. cit.,* 31-32, come le affermazioni contenute nei vari atti normatici rimangono chiuse «in una visione ottativa volta a creare le condizioni in cui possa svilupparsi la digitalizzazione, ma inidonea ad affrontare le questioni derivanti dai limiti e dai possibili pregiudizi insiti negli stessi processi di digitalizzazione e automazione», emblematico in tal senso è l'assenza di riferimento normativo alla realtà degli algoritmi.

[23] Legge 7 agosto 1990, n. 241 recante "Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto d'accesso ai documenti amministrativi".

ordinaria di esercizio del potere amministrativo[24]. Rispetto all'amministrazione tradizionale, che agiva unilateralmente, il procedimento, inteso come forma della funzione amministrativa, si carica di importanti significati garantistici, sia in riferimento alla predeterminazione delle scansioni procedimentali, sia con riferimento alla possibilità di "influire" in modo dinamico sulla decisione amministrativa da parte dei portatori di interessi, seppure nelle forme e nei modi previsti dalla disciplina procedimentale[25]. In tal senso un ruolo di assoluto rilievo è rivestito dalla partecipazione dei privati che rendendo possibile l'emersione dei vari interessi nella fase istruttoria, assume un'importanza valenza in chiave difensiva e collaborativa. Poco o nulla nella legge sul procedimento veniva invece previsto con riferimento alla possibilità di assumere decisioni automatizzate anche se con una successiva modifica della l. 241 si introduce l'art. 3 bis che incentiva l'uso della telematica nei rapporti interni tra amministrazioni ed esterni con i privati[26].

Parallelamente alla disciplina procedimentale grazie a successive normative si disciplina l'utilizzo delle tecnologie digitali con riferimento a "singoli segmenti del procedimento", quali l'invio della domanda, la protocollazione, la sottoscrizione dell'atto e la sua conservazione[27]. Quello che però è mancato, come ben sottolineato in dottrina, è stata una rilettura più profonda dell'intera disciplina del procedimento ove questo venisse inteso come «un unico processo informatizzato»[28] comportando anche un ripensamento della realtà organizzativa in cui veniva calato[29]. Successivamente con la c.d. riforma Madia ed i suoi decreti attuativi per perseguire il principio del *digital first* viene per la prima volta prefigurato «il passaggio ad un procedimento amministrativo digitalizzato mediante la ridefinizione e semplificazione delle relative regole accompagnate da adeguate misure concernenti l'organizzazione»[30].

Allo stato attuale si possono identificare due diverse modalità di procedimento amministrativo informatico che, solo in parte, ricalcano la distinzione in precedenza proposta tra atto su supporto elettronico ed atto ad elaborazione elettronica[31].

---

[24] La letteratura in materia è amplissima; sul punto G. Morbidelli, *Il principio del procedimento,* in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa,* Napoli, 2006 e R. Villata-G. Sala, *Procedimento amministrativo,* ad vocem, in *Dig. Disc. Pubbl.,* 1996.

[25] M. D'Alberti, *La "visione" e la "voce": le garanzie di partecipazione a procedimenti amministrativi,* in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.,* 2000, 1 ss. e M.A. Sandulli, *Il procedimento amministrativo fra semplificazione e partecipazione,* Milano, 2000.

[26] Tale norma tuttavia non ha efficacia precettiva configurandosi come "norma programmatica generica"; sul punto in senso critico G. Avanzini, *op. cit.*, 82

[27] In tal senso si esprime C. Notarmuzi, *Il procedimento amministrativo informatico,* in *Astrid Rassegna,* 36, 2006.

[28] *Ibidem.*

[29] Come peraltro aveva già richiesto il Cons. Stato nella sua Ad. Plen. 31/2006 (Parere sullo schema di decreto correttivo del d.lgs. 82/2005).

[30] P. Otranto, *Decisione amministrativa,* cit., 12.

[31] Nel primo il contenuto dell'atto è determinato dai funzionari ma trasfuso in forma elettronica, nel secondo invece è il contenitore a venire in rilievo e questo deve essere necessariamente immateriale, l'atto dunque nasce già *ab origine* in forma elettronica e il contenuto viene predisposto direttamente dal computer tale forma appare quella oggi più interessante. A. Masucci, *Il documento amministrativo informatico*, in Aa. Vv., *La documentazione amministrativa*, Rimini, 2001, 173 ss.; M. Torsello-M. Minerva, *Documento informatica e Pubblica Amministrazione,* in *Giustizia-Amministrativa.it*; A.G. Orofino, *La patologia*

In un primo modello di procedimento amministrativo ai fini di speditezza ed efficienza, vengono digitalizzate attività in precedenza cartacee e le tecnologie svolgono una funzione di supporto ad un'attività procedimentale che per il resto segue le regole tradizionali e trova come soggetto di riferimento il funzionario[32].
In una seconda accezione invece più spinta, quella della "cooperazione applicativa", il procedimento viene ad essere svolto direttamente dalle macchine che collegate in banche dati interoperanti, come dovrebbe avvenire oggi nel sistema pubblico di connettività, svolgono l'intera procedura. Risulta evidente come questa seconda ipotesi esiga delle profonde trasformazioni di tipo organizzativo e funzionali all'interno della pubblica Amministrazione.
Nel modello di procedimento amministrativo interamente digitalizzato la ricostruzione tradizionale dell'*iter* inteso come fattispecie a formazione progressiva perde di senso in favore di una sua configurazione di tipo policentrica o com'è stato detto «a stella»[33].
La sostituzione in taluni casi di un'attività procedimentale classica che può svolgersi anche in modalità digitale con un'attività di tipo automatizzata in cui la selezione di interessi viene compiuta da un programma, esclude sicuramente il ricorso ad errori o favoritismi, ma presenta alcuni aspetti problematici per il diritto amministrativo costruito attorno alla teoria dell'atto adottato da persone[34]. In modo più puntuale le criticità ravvisare nell'ambito delle decisioni automatizzate fanno riferimento ai seguenti aspetti:

- interpretazione delle norme, laddove queste come sovente accade si esprimano in concetti giuridici indeterminati;
- discrezionalità amministrativa;
- difficoltà della trasferibilità di conoscenza semantica al computer;
- maggiore vulnerabilità degli atti amministrativi digitali.

Al riguardo però occorre fare una distinzione importante tra attività amministrativa vincolata, senza esplicazione di discrezionalità amministrativa, ove l'impiego degli strumenti informatici in funzione decisionale (anche se non meramente servente) non pone particolari problemi[35] ed attività decisionale che concede qualche spazio di alternativa e quindi una facoltà di scelta che invece presenta sicuramente criticità maggiori.
Come esempio del primo tipo, classico caso di procedimento amministrativo totalmente informatizzato, troviamo la procedura di accertamento di sanzioni del codice della strada per mezzo dei c.d. autovelox. La macchina in questo caso ravvisa un discostamento dal parametro tipico impostato (il limite di velocità) e produce un provvedimento amministrativo di tipo afflittivo, la sanzione. In questa ipotesi la discrezionalità è azzerata[36] e il soggetto destinatario del provvedimento sfavorevole può solo

dell'atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela, in *Giur. Mer.,* 2003, 400.

[32] G. Avanzini, *op. cit.*, 85 ss.

[33] Così G. Duni, *L'amministrazione digitale,* Milano, 2008, spec. 47 ss.

[34] Sul punto A. Masucci, *L'atto amministrativo informatico,* cit.; D. Marongiu, *L'attività amministrativa automatizzata*, Rimini, 2005.

[35] Sull'attività vincolata v. F. Follieri, *Decisione amministrativa e atto vincolato,* in *Federalismi.it,* 2017.

[36] In quanto l'elaboratore trasforma dati quantificabili (input) in output senza svolgere alcun

contestare un errato funzionamento dell'apparecchio o qualche vizio di tipo formale attinente alla sua corretta installazione ed indicazione. Proprio in quest'ottica la giurisprudenza ha affermato che l'apparecchio deve essere previamente indicato, posizionato in modo visibile, così come deve essere soggetto periodicamente a verifiche della funzionalità e taratura[37].

Maggiormente problematica risulta invece la situazione con riferimento ad attività decisionale complessa - dove sono previste delle alternative legali ovvero laddove la fattispecie normativa faccia riferimento a concetti giuridici non analitici- che in qualche modo sfugge alla logica tradizionale del sillogismo giuridico.

L'atteggiamento della giurisprudenza amministrativa, soprattutto di primo grado, appare piuttosto conservativo circa l'ammissibilità di decisioni automatizzate in procedimenti complessi

In sentenze recenti, aventi ad oggetto la procedura di assegnazioni delle sedi dei docenti in attuazione del piano straordinario di assunzioni a tempo indeterminato di personale docente ai sensi della l. 107/2015 (la c.d. "buona scuola"), il Tar Lazio[38] respinge in modo netto la possibilità di attribuire ad un algoritmo capacità decisionali in un caso in cui il *software* relativo all'assegnazione dei posti aveva peraltro prodotto risultati scarsamente razionali[39]. Con riferimento a tale attività informatizzata il Tar mostra un atteggiamento di netta chiusura affermando come «fosse mancata nella fattispecie in esame una vera e propria attività amministrativa, essendosi demandato ad un impersonale algoritmo lo svolgimento dell'intera procedura di assegnazione dei docenti alle sedi disponibili nell'organico dell'autonomia della scuola». L'utilizzo di tale procedura informatizzata (definito «meccanismo informatico o matematico del tutto impersonale e orfano di capacità valutazionale») avrebbe leso in particolare le garanzie procedimentali di cui agli artt. 2, 6, 7, 8, 9, 10 della l. 241/1990 nonché il generale obbligo di motivazione degli atti amministrativi con ricadute significative sotto il versante delle garanzie processuali e del diritto di difesa.

In senso maggiormente aperto si esprime invece il Consiglio di Stato[40], il quale, investito in sede di appello, sempre nell'ambito di una controversia avente ad oggetto la procedura di trasferimento dei docenti, sottolinea «gli indiscutibili vantaggi derivanti dall'automazione del processo decisionale dell'amministrazione mediante l'utilizzo di un procedura digitale ed attraverso un algoritmo». L'utilizzo degli algoritmi per valutare e graduare una moltitudine di elementi risulta dunque conforme ai principi di economicità dell'azione amministrativa e del buon andamento comportando una significativa riduzione della tempistica e esclusione delle interferenze dovute a negligenza o dolo del funzionario e una maggiore garanzia di imparzialità.

Se dunque in linea di massima l'adozione di procedure "robotizzate" in procedimenti

ragionamento autonomo ma sulla base del programma v. P. Otranto, *op. cit.,* 15.

[37] Sul punto Cass. civ., sez. II, 22 gennaio 2019, n. 1661.

[38] Tar Lazio, Roma, sez. III-*bis,* 27 maggio 2019, n. 6606, ma v. anche sentt. 9224/2018 e 9227/2018.

[39] Si parlò al riguardo di "algoritmo impazzito" in quanto sulla base di tale programma alcuni docenti venivano destinati a sedi lontane centinaia di chilometri dalla residenza anche in presenza di sedi vacanti più vicine e non erano state rispettate correttamente le preferenze di sede.

[40] Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270.

complessi (privi di discrezionalità) non deve, a parere del supremo consesso, essere stigmatizzata nella seconda parte della sentenza si introducono una serie di *caveat* atti a limitarne il pratico utilizzo.
Punto di partenza del ragionamento del giudice è l'assimilazione dell'algoritmo ad un atto amministrativo informatico[41]. Se comprensibile risulta la *ratio* per estendere al *software* le garanzie procedimentali di cui alla l. 241/1990 e per consentire la cognizione del giudice amministrativo[42] tuttavia sotto un profilo concettuale tale assimilazione non convince pienamente ed andrebbe meglio approfondita (quantomeno, come fatto in dottrina, distinguendo tra *software* e le sue regole di utilizzo[43]), in considerazione delle caratteristiche tecniche e peculiari dell'algoritmo.

4. Qualche conclusione

Gli straordinari sviluppi tecnologici in corso stanno conducendo a risultati poco tempo fa inimmaginabili; si pensi, ad esempio, alla c.d. guida automatizzata ove un'attività umana considerata tradizionalmente tra le più pericolose, viene demandata in tutto o in parte ad una macchina[44]. Sulla base quindi di tali dirompenti sviluppi si impone all'interprete un atteggiamento di vigile apertura nei confronti della possibilità che una decisione amministrativa (qui si ritiene anche a bassa discrezionalità[45]) sia automatizzata, questo in particolare alla luce degli sviluppi in tema di *machine learning* in cui sistemi esperti possano raggiungere decisioni sempre più attendibili e complesse[46].
Se come si è ricordato visto non si pongono problemi particolari nel caso di attività semplice a carattere vincolato[47], maggiori problemi si pongono nei casi, di verificazione molto più frequente, di attività complesse che pongono alternative. Tuttavia, negare, come fa parte della giurisprudenza amministrativa di primo grado, in questi casi la possibilità che procedimenti amministrativi siano completamente automatizzati ritenendo che risultino frustrati i principi garantistici previsti nella l. 241/1990[48] o non sia possibile la cognizione del giudice amministrativo appare francamente eccessivo[49].

[41] Tale tesi riprende peraltro orientamenti dottrinali tesi a considerare tale atto come "atto generale" (Fantigrossi), "atto interno" (Usai) o "atto amministrativo strumentale" (Masucci). Per la ricostruzione di tali orientamenti cfr. *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte,* in *Foro Amm.,* 2018, 1598 ss.

[42] Sul punto G. Avanzini, *op. cit.*, 155 ss.

[43] L. Viola, *op. cit.,* che distingue le regole della programmazione pre-software dal vero e proprio programma informatico di emanazione dell'atto. Sul punto anche G. Avanzini, *op. cit.*, 138.

[44] Su cui M.G. Losano, *Il progetto di legge tedesca sull'auto a guida automatizzata,* in *Dir. Inf.,* 1, 2017, 1 ss.

[45] In tal senso cfr. C. Notarmuzi, *op. cit.*

[46] Sulla necessità di non demonizzare l'impiego degli algoritmi nelle decisioni amministrative cfr. anche G. Avanzini, *op. cit.,* 81 che richiama la necessità di interrogarsi «sulla possibilità di declinare in maniera diversa le regole già esistenti per fornire adeguate garanzie all'esercizio del potere in forma automatizzata o semiautomatizzata».

[47] Invero rari sono i casi oggi di attività amministrativa totalmente vincolata sul punto cfr. L. Viola, *op. cit.* e F. Follieri, *op. cit.,* 15.

[48] Cfr. L. Viola, *op. cit.*

[49] Come ben sottolinea G. Avanzini, *op. cit.,* 88 ss. la mancanza di garanzia non può essere usata come

Maggiormente interessante, seppure costantemente ispirata ad un'esigenza di bilanciamento tra efficienza e garanzie, appare l'apertura dimostrata dal Consiglio di Stato che spostando il *focus* sulla regola algoritmica afferma la necessità che questa sia sottoposta ai principi generali dell'attività amministrativa di pubblicità, trasparenza, ragionevolezza e proporzionalità, ritagliando nel contempo un importante ruolo per la pubblica Amministrazione in un momento *ex ante* di definizione dell'algoritmo e di controllo sullo stesso[50].

Meno convincente, seppure siano pienamente comprensibili sotto un profilo garantistico le ragioni di tale operazione ermeneutica, invece è la tendenza giurisprudenziale e dottrinale a spingere verso un'"amministrativizzazione" dell'algoritmo e cioè la sua riconduzione *tout court* alla nozione di atto amministrativo[51].

Risulta d'altro canto vero che l'utilizzo di algoritmi sempre più sofisticati se presenta grandi potenzialità ai fini di un miglioramento dell'efficienza solleva anche alcune rilevanti problematiche di ordine giuridico ed etico.

Qui ci limitiamo ad individuare in via di prima approssimazione due diversi aspetti del problema.

Un primo, più generale, appare quello collegato alla tutela dei diritti fondamentali delle persone in cui proprio alla luce degli aspetti potenzialmente pericolosi che l'utilizzo di procedure automatizzate evoca (opacità della decisioni, rischio di introdurre dei bias, problema del controllo dei dati nella formulazione dell'algoritmo) ci si interroga sulla possibilità/necessità di stabilire alcune regole etiche (operazione complessa stante le diversità socio culturali dei diversi paesi)[52] e giuridiche. In tale prospettiva particolare rilievo assume la disciplina del trattamento dei dati personali[53].

Con riferimento invece al diritto amministrativo, avendo riguardo alla nostra tradizione di diritto amministrativo europeo e continentale, una questione cruciale risulta quella relativa alla «conoscenza della logica algoritmica» [54] nonchè la necessità del rispetto dei principi generali dell'attività amministrativa (*in primis* quelli di ragionevolezza, proporzionalità e parità di trattamento). Sul punto la giurisprudenza amministrativa si è dimostrata da subito particolarmente attenta, riconoscendo il diritto d'accesso in modo esteso anche al c.d. codice sorgente del programma[55].

---

argomento con cui negare l'uso degli algoritmi, ma come peraltro anche espresso in giurisprudenza, occorre prevedere la possibilità di modalità procedurali alternative a fronte di anomalie del sistema.

[50] In tal senso l'esercizio del potere verrebbe ad essere predeterminato così G. Avanzini, *op. cit.,* 131; in generale sulla predeterminazione del potere cfr. A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative,* Napoli, 1998.

[51] Sulla tendenza della dottrina e giurisprudenza a "digerire" ed integrare l'innovazione in una sistematica consolidata v. L. Viola, *op. cit.*

[52] Sul punto cfr. E. Stradella, *Le regole della robotica e dell'intelligenza Artificiale: il dibattito, le proposte, le prospettive. Alcuni spunti di riflessioni,* in *questa Rivista,* 1, 2019, 73 ss.

[53] Cfr. F. Pizzetti (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione,* Torino, 2018.

[54] Così G. Avanzini, *op. cit.,* 113 ss. Ricorda però l'autrice come la possibilità di comprendere in un linguaggio chiaro e comprensibile il funzionamento di un algoritmo non è sempre possibile e come «un certo grado di opacità rimane ineliminabile» (153).

[55] Tar Lazio, Roma, sez. III-*bis*, 22 marzo 2017, n. 3769.

Al di là poi della controversa questione relativa alla natura giuridica del software[56] risulta invece assai condivisibile il collegamento fatto in dottrina con la teoria della predeterminazione dei limiti dell'attività decisionale che permetterebbero di estendere l'automazione anche in territori caratterizzati da una bassa *discrezionalità* [57]. Rimane aperta la questione su come garantire l'apporto umano ed in particolare dell'uomo poi funzionario nella progettazione del programma e come garantire in tale contesto di *Screen-Level Bureaucracy* ai destinatari degli atti ed al giudice (che dovrà verificare l'esercizio del potere) una intelligibilità degli stessi per superare il rischio dell'affermarsi di quella che con toni evocativi è stata definita come «un'amministrazione invisibile»[58].

[56] Come si è visto considerato prevalentemente in dottrina come atto amministrativo, mentre si ritiene concetto da approfondire una sua lettura nell'ambito della *soft law*, come proposto dalla dottrina francese richiamata da G. Avanzini, *op. cit.,* 138.

[57] Sul punto v. A. Masucci, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie,* Torino, 2011, 131. Sull'autolimite amministrativo v. M. P. Vipiana, *L'autolimite della Pubblica Amministrazione,* Milano, 1990.

[58] In tal senso v. M. D'Angelosante, *La consistenza del modello dell'amministrazione "invisibile" nell'età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni,* in S. Civitarese Matteucci-L. Torchia, *op. cit.,* 155 ss.

Le *fake news* e il ruolo degli algoritmi*

Gloria Marchetti

Abstract

L'articolo si concentra sul rapporto tra informazione e algoritmi. In particolare, viene esaminato il ruolo degli algoritmi nel creare e diffondere le notizie false, da un lato, e nel contrastarle, dall'altro.

The essay analyzes the relationship between information and algorithms. It focuses, more specifically, on the role of algorithms in creating and spreading fake news, on the one hand, and in countering them, on the other hand.

Sommario

1. Cenni introduttivi. — 2. Il ruolo degli algoritmi nel creare e diffondere le *fake news*. 3. Il ruolo degli algoritmi nel contrastare il fenomeno delle *fake news* — 4. Considerazioni conclusive.

Keywords

informazione - algoritmi - *fake news* - opinione pubblica - *fact checking*

1. Cenni introduttivi

Negli ultimi anni, il tema dell'informazione, o meglio, della disinformazione online, è stato, sempre più, messo in relazione alle problematiche connesse all'utilizzo e al funzionamento degli algoritmi. Sono principalmente due gli aspetti, relativi al rapporto tra la disinformazione online e gli algoritmi, attorno ai quali si è sviluppato un intenso dibattito, sia pubblico sia scientifico: il ruolo degli algoritmi nel creare e diffondere le notizie false, da un lato, e nel contrastarle, dall'altro.

* Il testo costituisce una rielaborazione di quanto presentato nel corso del Workshop "Diritti, partecipazione e rappresentanza nell'età degli algoritmi" (15 marzo 2019, Università degli Studi di Milano, Milano Digital Week 2019). Su determinazione della direzione, il contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo in conformità all'art. 15 del regolamento della Rivista.

2. Il ruolo degli algoritmi nel creare e diffondere le *fake news*

Gli algoritmi utilizzati dagli *Internet Server Providers* (d'ora innanzi ISP) hanno un importante ruolo nel creare e diffondere le *fake news,* ovvero quelle notizie false diffuse intenzionalmente nella rete Internet che possono tranne in inganno i lettori, i consumatori, i cittadini e gli elettori[1].

Da un lato, è noto che gli *ISP* utilizzano algoritmi che sono in grado di selezionare le informazioni da proporre all'utente; selezione che non tiene conto tanto delle notizie più attendibili e veritiere ma mira a "ritagliare" le notizie sul profilo dell'utente. All'utente, pertanto, proprio nell'ambito di un ambiente mediatico che offre un'enorme quantità di informazioni, arrivano notizie "selezionate", in base al proprio profilo, spesso non veritiere ma che rispecchiano il proprio modo di pensare. Di conseguenza, l'utente tende a chiudersi dentro una sorta di "bolla" — *The Filter Bubble* per usare un termine coniato nel 2011 da Eli Pariser[2] — costruita sulla base delle idee e delle opinioni di determinati utenti[3]. Si creano così delle "bolle" che, oltre a limitare il confronto con diversi punti di vista[4], tendono a filtrare la realtà dei fatti e creano un

[1] Sulla nozione di *fake news*, si veda T.E. Frosini, *No news is fake news*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4, 2017, V. Al riguardo, A. Papa (*"Democrazia della comunicazione" e formazione dell'opinione pubblica*, nel numero speciale di *federalismi.it*, 1, 2017, 15 ss., ora in P. Bilancia (a cura di), *Crisi della rappresentanza politica nella democrazie contemporanea*, Torino, 2018, 301 ss.) evidenzia che «le *fake news* [...] si inseriscono in un fenomeno più complesso e articolato, che è quello della post-verità, o dei fatti alternativi [...], basato su notizie prive di fondamento, immesse "consapevolmente" in Rete in modo da essere velocemente e rapidamente condivise con la finalità di creare un dibattito, che si sviluppa partendo da un oggetto che formalmente si presenta come una *notizia* e viene quindi concepita dai più come attendibile, perché ritenuta — a torto — assoggettata [...] a precise regole di veridicità e pertinenza». Alcuni autori ritengono che le *fake news* consistono in qualsiasi articolo contenente notizie o informazioni che sono intenzionalmente false, difficilmente verificabili, in grado di ingannare i lettori, a prescindere dalle finalità perseguite da chi le crea o le diffonde. In tal senso, H. Allcott–M. Gentzkow, *Social Media and Fake News in the 2016 Election*, in *Journal of Economic Perspectives*, 31(2), 2017, 211 ss.; V. Visco Comandini, *Le* fake news *sui* social network*: un'analisi economica*, in *questa Rivista*, 2, 2018, 183 ss. Secondo la maggior parte degli studiosi, con la quale qui si concorda, per *fake news* si dovrebbero intendere, invece, le notizie false diffuse per determinate finalità e nella consapevolezza, da parte di chi le diffonde, della falsità dei contenuti stessi. In tal senso, si vedano, F. Pizzetti, *Fake news e allarme sociale: responsabilità, non censura*, in *questa Rivista,* 1, 2017, 49; L.K. Royster, Fake News*: Potential Solutions to the Online Epidemic*, in *N.C. L. Rev.*, 96, 2017, 270 ss. Compie una classificazione delle *fake news* G.E. Vigevani, in M. Bassini–G.E. Vigevani, *Primi appunti su* fake news *e dintorni*, in *questa Rivista* 1, 2017, 16. Si veda, al riguardo, anche C. Melzi d'Eril–G.E. Vigevani, *Difesa giuridica dal social-chiacchiericcio*, in *ilsole24ore.it*, 2 aprile 2017.

[2] E. Pariser, *The Filter Bubble. What The Internet Is Hiding From You*, Londra, 2011 (trad. it. *Il Filtro. Quello che Internet ci nasconde*, Milano, 2012).

[3] Si vedano, al riguardo, F.J. Zuiderveen Borgesius—D. Trilling—J. Möller—B. Bodó—C.H. De Vreese—N. Helberg, *Should we worry about filter bubbles?*, in *Internet Policy Review*, 5(1), 2016.

[4] In proposito, si veda, G. Pitruzzella (*Libertà di informazione nell'era di* Internet, in G. Pitruzzella–O. Pollicino–S. Quintarelli, *Parole e potere. Libertà d'espressione,* hate speech *e* fake news, Milano, 2017, spec. 69), il quale sottolinea come tale fenomeno porti alla frammentazione del discorso pubblico ed alla chiusura piuttosto che al confronto. Sul tema, inoltre, si veda P. Costa, *Motori di ricerca e social media: i nuovi filtri nell'ecosistema dell'informazione online e il potere oscuro degli algoritmi*, in G. Avanzini—G. Matucci (a cura di), *L'informazione e le sue regole. Libertà, pluralismo e trasparenza*, Napoli, 2016, spec. 254, il quale ritiene che «anziché connettere individui con punti di vista e ideologie differenti, i social media tendono a rafforzare i pregiudizi, a causa dell'effetto di riverbero ("*echo chamber effect*"), ossia la tendenza dell'informazione a rimbalzare all'interno di sistemi chiusi».

effetto eco, di amplificazione delle notizie false all'interno di sistemi chiusi. Quel che più rileva, ai fini in esame, è che gli utenti sono propensi a cercare le informazioni che vorrebbero ricevere, all'interno delle cd. *echo chambers*[5], perché filtrate sulla base delle proprie idee e convinzioni, a prescindere dalla loro veridicità. È in questo particolare contesto che si è vieppiù sviluppato quel fenomeno definito come "*confirmation bias*", secondo il quale gli utenti sono propensi a ritenere attendibili le notizie che confermano le proprie opinioni e i propri pregiudizi[6]. Inoltre, gli utenti tendono a credere alle notizie false non solo perché sono credibili, in quanto in linea con il loro modo di pensare, ma, talora, perché vogliono crederci: essi preferiscono credere a notizie false che però rispecchiano le proprie opinioni, rimanendo così intrappolati in una bolla e confrontandosi solo con un gruppo di persone che la pensano allo stesso modo. Le *fake news*, dunque, hanno successo perché sono sapientemente create, grazie agli algoritmi, da coloro che conoscono le tendenze, le opinioni e le convinzioni degli utenti. Per altro verso, poi, gli utenti, oltre a ricevere notizie selezionate sulla base delle proprie opinioni, sono inclini a cercare informazioni che rispecchiano il loro modo di pensare. Oltre a ciò, l'utente medio spesso non verifica la veridicità delle notizie ma è propenso, comunque, a condividerle con gli altri utenti perché tende a crederci — anche sulla base del numero di condivisioni, visualizzazioni e *like* — o vuole credere che siano vere, in quanto rispecchiano le sue convinzioni. Per di più, coloro che creano e diffondono le *fake news* si servono di frequente di nomi di fantasia, di *fake account*, ossia profili digitali anonimi o finti, spesso creati da robot, che sono, comunque, in molti casi, ritenuti veri dagli utenti[7]. Gli algoritmi, pertanto, hanno un forte impatto sulla disinformazione online e sul processo di formazione dell'opinione pubblica[8], sempre meno influenzata, invece, dai media tradizionali[9]. Non va trascurato, al riguardo, che

---

[5] Si cfr. G. Ziccardi, *Tecnologie per il potere. Come usare i social network in politica*, Milano, 2019, 78.

[6] Sull'argomento, si veda R.S. Nickerson, *Confirmation Bias: a ubiquitous phenomenon in many guises*, in *Review of General Psychology*, 2, 1998, 175 ss.

[7] In proposito, F. Donati (Fake news *e libertà di informazione*, in *questa Rivista,* 2, 2018, 440) evidenzia che «La più recente tecnologia permette [...] l'utilizzo di robot che creano artificialmente falsi profili e falsi contenuti, che gli utenti generalmente scambiano per veri. L'anonimato garantito alle comunicazioni in rete, inoltre, rende generalmente difficile, se non impossibile, identificare l'autore delle *fake news*». Sull'argomento, M. Orofino (*La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti. Il dinamismo dei diritti in una società in continua trasformazione*, Torino, 2014, 187) osserva che «l'individuazione di chi si cela dietro un *account* anonimo è nella maggior parte dei casi possibile, ma non per questo né semplice né a costo zero sia in termini di risorse finanziarie sia di personale».

[8] Al riguardo, F. Donati, *Fake news e libertà di informazione*, in *I diritti dell'uomo*, 1, 2017, 51, il quale osserva che l'acceso dibattito «sugli effetti distorsivi che la diffusione di *fake news* può avere sulla formazione dell'opinione pubblica e quindi [...] sulle scelte dei cittadini e sul funzionamento della democrazia [...] ha potenziato le richieste e le proposte finalizzate ad introdurre forme di controllo volte a prevenire o comunque a sanzionare la diffusione in rete delle notizie false». Sulle dinamiche della formazione dell'opinione pubblica in un sistema democratico, si vedano, più recentemente, le riflessioni di A. Papa, *op. cit.*, 301 ss., la quale sottolinea, in particolare, come «assume rilevanza non solo la "presenza di una opinione pubblica formatasi in modo libero e plurale, ma anche la "qualità" della stessa, diventando quindi necessario che essa si formi a valle dell'"acquisizione di un sapere e di una competenza sull'oggetto della decisione da adottare" e che questi ultimi (sapere e competenza) siano formati su contenuti plurali, attendibili e, nella misura massima possibile, imparziali».

[9] In tal senso, M. Cuniberti, *Il contrasto alla disinformazione in rete tra logiche del mercato e (vecchie e nuove) velleità di controllo*, in *questa Rivista*, 1, 2017, 28, osserva che, sebbene il fenomeno della disinformazione fosse già presente da tempo, le vicende relative al voto sulla Brexit e le elezioni americane «hanno [...]

moltissimi cittadini, soprattutto i più giovani, non hanno più fiducia nell'informazione fornita dai tradizionali mezzi di comunicazione e, di conseguenza, non la prendono neppure più in considerazione.
Dall'altro lato, poi, gli algoritmi utilizzati dalle piattaforme cercano di "mantenere" gli utenti più a lungo possibile sulle stesse e ciò porta ad amplificare le notizie più sensazionali, in grado di suscitare emozioni negli utenti e reazioni "di pancia", facendo leva, grazie alla "profilazione", sulle loro opinioni e sui loro pregiudizi. Il risultato è un'eccessiva penalizzazione di un'informazione corretta, completa e veritiera.
Non essendo possibile in questa sede soffermarsi ulteriormente sui fenomeni finora richiamati, si rileva, per quanto qui più interessa, che essi portano a due gravi conseguenze sulla garanzia dei diritti. La prima conseguenza è che la "profilazione", ad opera degli algoritmi, implica un forte impatto sull'opinione degli utenti, limitando, spesso anche inconsapevolmente, la loro possibilità di confronto con una pluralità di posizioni e informazioni e rafforzando, invece, le loro opinioni di partenza. Questo porta a un detrimento del principio del pluralismo dell'informazione[10]. La seconda conseguenza è che, proprio attraverso gli algoritmi, è sempre più facile non solo orientare ma anche "manipolare" le diverse opinioni degli utenti. Ciò pregiudica un altro principio fondamentale della democrazia: quello della libertà di informazione come fondamento per la formazione di un'opinione pubblica che porti ad un esercizio consapevole dei diritti politici e civili[11].

3. Il ruolo degli algoritmi nel contrastare il fenomeno delle *fake news*

Allo stesso tempo, però, gli algoritmi possono costituire strumenti di *fact checking* per identificare automaticamente le notizie false[12]. Tant'è vero che Google e Facebook

reso evidente, forse per la prima volta in modo così netto, che i grandi media tradizionali non hanno più il controllo della "opinione pubblica"». Si veda, al riguardo, E. Morozov, *The Net Delusion. The Dark Side of Internet Freedom* (2011), trad. it. *L'ingenuità della rete. Il lato oscuro della libertà di* internet, Torino, 2011. Sulla diversa modalità di diffusione delle informazioni sui *social* rispetto ai media tradizionali, si vedano: K. Lerman–X. Yan–X.Z. Wu, *The "Majority Illusion" in Social Networks*, in *PLoS ONE,* 11(2), 2015.

[10] Sui problemi del pluralismo informativo in Internet, si vedano: F. Donati, *Il principio del pluralismo delle fonti informative al tempo di internet*, in *Diritto e Società*, 2013, 663 ss.; Id., *Democrazia, pluralismo delle fonti di informazione e rivoluzione digitale*, in *federalismi.it*, 20 novembre 2013; O. Pollicino, *Tutela del pluralismo nell'era digitale: ruolo e responsabilità degli Internet Service Provider*, in *ConsultaOnline*, 10 febbraio 2014; V. Pampanin, *Tutela del pluralismo informativo e regolazione economica nel mercato convergente della comunicazione*, in G. Avanzini—G. Matucci (a cura di*), L'informazione e le sue regole. Libertà, pluralismo e trasparenza*, cit., 163 ss.; R. Borrello, *Alcune riflessioni preliminari (e provvisorie) sui rapporti tra i motori di ricerca ed il pluralismo informativo*, in *questa Rivista*, 1, 2017, 69 ss. Sull'argomento, più in generale, si veda M. Manetti, *Pluralismo dell'informazione e libertà di scelta*, in *Rivista AIC*, 1, 2012.

[11] Sul rapporto tra informazione, formazione dell'opinione pubblica e democrazia, si vedano: J.M. Balkin, *Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation*, in *U.C. Davis Law Rev.*, 51 (3), 2018, 1149 ss.; G. Boccia Artieri—A. Marinelli, *Introduzione: piattaforme, algoritmi, formati. Come sta evolvendo l'informazione online*, in *Problemi dell'informazione*, 3, 2018, 349 ss.; A. Gurumurthy—D. Bharthur, *Democracy and the Algorithmic turn*, in *27 SUR-International Journal on Human Rights*, 2018, 39 ss.; M. Mezza, *Algoritmi di libertà. La potenza del calcolo tra dominio e conflitto*, Roma, 2018.

[12] Propone questa soluzione A.O. Larsen, *Constitutional Law in an Age of Alternative Facts, Faculty*

hanno iniziato a darsi un'autoregolamentazione che prevede, tra l'altro, il ricorso ad algoritmi che scoraggiano la diffusione di informazioni false.
Al riguardo, mentre, in generale, appare opportuna l'introduzione di strumenti di *fact checking*, volti a individuare soprattutto quelle notizie false che minacciano la libertà e i diritti dei cittadini, non vanno trascurate le implicazioni legate, più specificatamente, all'utilizzo di algoritmi per perseguire tale finalità. Il contrasto al fenomeno delle *fake news,* basato su strumenti di *fact checking* che ricorrono ad algoritmi, suscita, infatti, perplessità e pone problemi di non facile soluzione.
In primo luogo, ci si chiede se sia opportuno ed efficace affidare a un algoritmo il compito di valutare le notizie e di verificarne la veridicità. Gli algoritmi, infatti, si basano su sistemi indiretti per la valutazione del contenuto della notizia, attraverso l'analisi delle caratteristiche derivanti dal canale *social* attraverso cui il contenuto è stato creato e diffuso (profilo dell'autore e degli utenti che hanno contribuito alla sua diffusione mediante *like*, condivisioni e commenti) e del testo (delle caratteristiche linguistiche, sia a livello lessicale, sia a livello sintattico-semantico). Gli algoritmi, tuttavia, operano sulla base di dati che, pur provenendo dal mondo reale, possono essere viziati, parziali ed hanno i loro *bias*. Nel migliore dei casi, dunque, un algoritmo sarebbe solo in grado di identificare determinati "contenuti" che sono il frutto di notizie false secondo modelli informatici che possono basarsi sugli stessi pregiudizi determinati da altri algoritmi. Ed invero, gli strumenti di *fact checking* che ricorrono ad algoritmi non sono ancora del tutto affidabili e possono far incappare gli utenti nella stessa notizia falsa. In ogni caso, quindi, andrebbero migliorati i meccanismi di funzionamento degli algoritmi, introducendo eventuali correzioni nel sistema di ordinamento delle notizie e riducendo la possibilità di replicare i pregiudizi che si erano precedentemente prodotti. Se gli algoritmi replicano e amplificano i pregiudizi degli utenti, questi ultimi potrebbero insistere a leggere le *fake news* nonostante i *warning,* confermando le loro posizioni e convinzioni, o continuare a credere alle notizie false lette prima del *fact checking*.
Per queste ragioni gli esperti hanno cercato, recentemente, di mettere a punto algoritmi che sembrano essere maggiormente in grado di verificare la correttezza di un'informazione. Ciò anche nella consapevolezza che, a fronte della quantità di informazioni create e diffuse attraverso la rete, sarebbe irrealistico pensare di individuare le *fake news* attraverso un mero controllo umano. Per effettuare dei controlli massicci appare, infatti, inevitabile ricorrere all'utilizzo di algoritmi. Significativa, al riguardo, è una notizia dell'estate del 2018 relativa ad una ricerca condotta da alcuni ricercatori dell'Università del Michigan che hanno sviluppato un sistema basato su un algoritmo che attraverso l'analisi linguistica dei testi si è dimostrato in grado di rilevare le notizie false in modo migliore rispetto a quanto possa fare l'uomo. Secondo questo studio, l'algoritmo è riuscito a trovare notizie false fino al 76% delle volte, rispetto a un tasso di successo umano del 70%[13].

Publications 1884, 2018. Si veda, al riguardo, Á. Figueira—N. Guimarães—L. Torgo, *Current state of the art to detect fake news in Social Media: Global trendings and next challenges*, in *WEBIST*, 2018, 332 ss.

[13] Il documento si intitola "Rilevamento automatico di notizie false". La ricerca è stata supportata dal Michigan Institute for Data Science della U-M e dalla National Science Foundation (numero di concessione 1344257).

In secondo luogo, gli strumenti di *fact checking* che utilizzano gli algoritmi pongono problemi legati a una possibile censura generalizzata delle notizie online. L'utilizzo degli algoritmi è utile a bloccare la diffusione di notizie false che comportano un danno alla collettività o un pregiudizio ai diritti dei cittadini ma, al contempo, operando in maniera indiscriminata e massiva, potrebbe comportare una censura di una parte di informazione che dovrebbe ancora essere a disposizione degli utenti[14].
In terzo luogo, bisogna tenere conto dell'effettiva volontà degli ISP di adottare tali sistemi: essi, infatti, agirebbero non certo per tutelare la veridicità dell'informazione ma piuttosto nella consapevolezza degli effetti dannosi che le *fake news* potrebbero avere sul proprio business; effetti che, però, non sono facilmente dimostrabili. Né, d'altro canto, ci si può aspettare che le piattaforme vadano contro i propri interessi.
Infine, vi sono problemi legati all'opportunità di adottare sistemi di *fact checking* che ricorrono ad algoritmi dei quali gli utenti non conoscono le modalità di funzionamento. In effetti, si ha una scarsa conoscenza di come operano gli algoritmi, al fine di personalizzare le notizie, sulla base di una profilazione degli utenti, e di quale impatto effettivo tali notizie possano avere nel rafforzare le loro opinioni e i loro pregiudizi, da un lato, e nel credere alle *fake news*, dall'altro. Ciò pone problemi di trasparenza e di neutralità nella rete — secondo cui gli ISP non possono favorire certi contenuti rispetto ad altri[15] — che potrebbe pregiudicare l'esercizio della libertà di espressione in Internet. Appare significativo, al riguardo, che le società di *fact checking* che lavorano per Facebook hanno spesso evidenziato come la mancanza di trasparenza, da parte dell'azienda, renda difficile valutare l'effettivo impatto dei loro controlli sulle *fake news*.
In questo contesto, diventa quindi importante il tema di una maggior trasparenza dei meccanismi di funzionamento degli algoritmi che selezionano le notizie[16]. Tema

[14] Si cfr. F. Giglietto e altri, *Fake news and the election: A new taxonomy for the study of misleading information within the Hybrid Media System*, Università di Urbino, Working Paper No. 15-17, 2016; B. Nyhan, *Why the Fact-Checking At Facebook Needs to be Checked*, in *New York Times* (23 ottobre 2017).

[15] La cd. "*net neutrality*" (neutralità della rete). Nel 2016 l'Unione Europa ha pubblicato delle linee guida per il rispetto e la tutela della *Net Neutrality*. Gli Stati Uniti hanno, invece, eliminato la *net neutrality*, che era prevista in una legge del 2015, quando la maggioranza democratica guidata da Obama aveva equiparato gli *Internet provider* a fornitori di servizio pubblico, obbligandoli così a non esercitare alcun tipo di discriminazione sui contenuti veicolati attraverso le proprie reti. Nel dicembre 2017 la Federal Communication Commission, con 3 voti contro 2, ha deciso di abrogare le norme a tutela della *net neutrality*.

[16] Al riguardo, F. Di Porto (*Fake news, una possibile soluzione: algoritmi più trasparenti*, in *Agenda digitale*, 26 gennaio 2018) ribadisce l'utilità di una regolamentazione finalizzata a «intraprendere percorsi di "*disclosure*" *co-regulation* [...] su questi algoritmi. Ovverosia: in collaborazione con gli altri *stakeholder* (operatori ed utenti), si potrebbe ipotizzare di condurre sessioni sperimentali (*behavioural*) per testare gli algoritmi con regolarità al fine di individuare quelli che riducano i rischi di *bias*. Un simile procedimento, trasparente e partecipato, aumenterebbe la *disclosure* e l'*accountability* nell'uso di tali algoritmi, caratteristiche oggi carenti e reclamate a gran voce dalle istituzioni comunitarie». Secondo l'Autrice «Una maggiore *disclosure* sull'uso degli algoritmi che definiscono l'ordine di apparizione delle notizie sui social potrebbe [...] consentire di ridurre la "propagazione" delle *fake news* in quanto: (i) limiterebbe l'impatto dei *bias* cognitivi (specie il *confirmation bias*) grazie alla sperimentazione; (ii) non comporterebbe alcuna censura di chi crea la *fake news* (fatte salve le responsabilità penali e civili, ove esistenti); (iii) interverrebbe sul momento della diffusione della notizia falsa (quando attuata mediante *botnet*, *account* falsi o intelligenza artificiale)». Sul tema si veda J.A. Kroll—J. Huey—S. Barocas—E.W. Felten—J. R. Reidenberg—D.G. Robinson-H. Yu, *Accountable Algorithms*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 165, 2016, 1 ss.

che, peraltro, è entrato anche nell'agenda dell'Unione europea[17]. Nelle linee guida che appaiono nella Comunicazione della Commissione dell'aprile 2018, intitolata "Contrastare la disinformazione online: un approccio europeo", è previsto che le piattaforme consentano alla comunità di ricerca di analizzare il funzionamento degli algoritmi. Tuttavia, le piattaforme che hanno firmato il Codice di autoregolamentazione per le piattaforme digitali (tra le quali Facebook, Google e Mozilla)[18], adottato dalla Commissione europea nel settembre 2018, non si sono impegnate a consentire alla comunità di ricerca di studiare il funzionamento degli algoritmi[19], discostandosi, pertanto, dalle linee guida della Commissione[20].

4. Considerazioni conclusive

Si sono finora evidenziate le problematiche relative alla rilevazione delle notizie false da parte di algoritmi. Oltre a ciò, non è sufficiente la creazione di potenti algoritmi capaci di verificare i dati, al fine di scoprire la veridicità dei fatti, per far fronte al fenomeno delle *fake news*. Fenomeno che, invece, va affrontato anche attraverso un approccio socio-culturale, oltre che tecnologico. Vi sono diversi fattori, infatti, che portano a ritenere che gli strumenti di *fact checking*, anche qualora fossero perfezionati gli algoritmi a ciò preposti, non portino a grandi successi nel contrasto alle *fake news*. In realtà, il fenomeno delle *fake news* trova terreno fertile in un contesto sociale caratterizzato da una serie di elementi: una sempre più scarsa fiducia delle persone nei confronti delle istituzioni, della politica e dei mass media tradizionali; un elevato livello di analfabetismo funzionale (ossia l'incapacità di comprendere il significato di ciò che si legge) e di ritorno (fenomeno attraverso il quale un individuo alfabetizzatato, senza l'esercitazione delle competenze alfanumeriche, regredisce perdendo la capacità di utilizzare il linguaggio scritto per formulare e comprendere messaggi); i pregiudizi di conferma nell'ambito di una quantità elevatissima di informazioni, spesso di scarsa qualità; la tendenza degli utenti a credere alle notizie false perché in linea con le loro

[17] A seguito di un incarico, da parte della Direzione generale delle Reti di comunicazione, dei contenuti e delle tecnologie della Commissione Ue, un Gruppo indipendente di esperti (l'*High Level Expert Group on Fake News and Disinformation*) ha pubblicato, nel marzo del 2018, il suo Rapporto finale, intitolato "Un approccio multi-dimensionale alla disinformazione", in cui, oltre ad evidenziare le criticità dell'informazione, vengono individuate precise linee guida per gli operatori e prevede "dieci principi" chiave che le piattaforme dovrebbero rispettare. Le linee guida, successivamente recepite nella Comunicazione della Commissione del 26 aprile 2018, intitolata "Contrastare la disinformazione online: un approccio europeo", nella quale vengono proposte misure eterogenee, finalizzate a contrastare la disinformazione online e, più nello specifico, a circoscrivere tale fenomeno in ragione dell'impatto nelle decisioni politiche e sull'opinione pubblica.

[18] E da alcune associazioni di piattaforme (EDIMA-Associazione delle piattaforme) e pubblicitari.

[19] In proposito, durante la Conferenza sul "*Fact-Checking*" nell'Unione europea, tenutasi il 27 settembre 2018 al Parlamento europeo, si è ricordato che una delle aree di intervento sulle quali agire è quella di "costringere" piattaforme e social media a fare chiarezza sul funzionamento degli algoritmi.

[20] In effetti, il Codice non ha rispettato le linee guida stilate dall'*High Level Expert Group* nel suo Rapporto finale, successivamente recepite nella Comunicazione della Commissione dello scorso aprile, soprattutto in merito alla previsione di una maggiore trasparenza, sia in termini di risorse che di sponsorizzazioni, e alla problematica degli algoritmi.

opinioni e con i loro pregiudizi. In questo contesto, è ravvisabile un elemento soggettivo del fenomeno della diffusione delle *fake news* che dipende dalla propensione degli utenti a chiudersi in una bolla informativa e a diffondere le informazioni a prescindere dai contenuti e dalla veridicità dei fatti[21].

Per altro verso, poi, bisogna tener conto che i sistemi informatici che permettono la creazione e la diffusione delle *fake news* sono molto complessi e i meccanismi del loro funzionamento rimangono in gran parte oscuri sia agli utenti sia a coloro che dovrebbero adottare soluzioni di contrasto.

Alla luce di queste considerazioni, pertanto, sembra difficile che le soluzioni algoritmiche possano essere efficaci sul piano del contrasto alle *fake news*.

[21] Come emerge da una recente indagine dell'AGCOM «gli utenti tendono a selezionare le informazioni che sono coerenti con il loro sistema di credenze, formando gruppi polarizzati di persone con idee simili su narrazioni condivise, in cui le informazioni discordanti vengono ignorate, rendendo spesso inutili i tentativi di *debunking*».

Conflitto sociale e decisione pubblica nell'era digitale: il *Grand Débat National* nella Francia di Macron*

Arianna Angeli

Abstract

Al fine di arginare l'ondata di proteste che ha investito la Francia a partire dal settembre 2018, il Presidente della Repubblica, Emmanuel Macron, nel dicembre 2018, ha annunciato lo svolgimento di una consultazione a livello nazionale, il *Grand Débat National* o GDN. Tale nuovo strumento, ideato per rispondere ad un bisogno di partecipazione nell'ambito di una grave crisi di consenso, presenta innegabili elementi di novità legati al contesto nel quale è stato introdotto ed all'ampiezza dei temi affrontati, pur inserendosi nella consolidata tradizione giuspubblicistica francese del *débat public*.

In December 2018, the President of the Republic, Emmanuel Macron, launched a national public consultation, called "*Grand Débat National*". This new instrument was originally designed to answer to the impellent need for participation, in the context of wide protests started in September 2018. The GDN could be considered as a "new tool", in relation to the emergency context in which it was adopted and to the complexity of the challenges it had to address. At the same time, the GDN finds itself in line with the French consolidated tradition of the public debate, or "*débat public*".

Sommario

1. La nascita del movimento dei "gilet gialli" e i primi tentativi dell'esecutivo per arginare le proteste. – 2. Il *Grand Débat National*. – 2.1 La conclusione dei lavori del GDN – 3. Caratteristiche e criticità del GDN.

Keywords

Francia - Grand Débat National - Débat Public - e-democracy - democrazia partecipativa

* Il testo costituisce una rielaborazione di quanto presentato nel corso del Workshop "Diritti, partecipazione e rappresentanza nell'età degli algoritmi" (15 marzo 2019, Università degli Studi di Milano, Milano Digital Week 2019). Su determinazione della direzione, il contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo in conformità all'art. 15 del regolamento della Rivista.

1. La nascita del movimento dei "gilet gialli" e i primi tentativi dell'esecutivo per arginare le proteste

Nel settembre del 2018, l'annuncio del Ministro dei trasporti Élisabeth Borne di un nuovo aumento della tassa sul consumo dei prodotti energetici (*Taxe intérieure de consommation sur les produits énergétiques* TICPE), a partire dal gennaio 2019[1], ha provocato un'ondata di proteste in Francia, dalle quali ha avuto origine il c.d. movimento dei gilet gialli[2].

Quest'ultimo, oltre alle contestazioni relative all'aumento dei prezzi dei carburanti, ha progressivamente fatto proprie una serie di rivendicazioni più complesse ed eterogenee. Si tratta di richieste di carattere sociale, come l'indicizzazione dei salari, il miglioramento dei servizi pubblici, la reintroduzione dell'imposta di solidarietà[3], e politico, come la previsione di nuovi istituti di democrazia diretta tra i quali i referendum di iniziativa popolare[4] (proposta ampiamente dibattuta nei mesi successivi), la riforma della politica fiscale, l'indizione di referendum sulle politiche sociali, ed il passaggio ad un sistema elettorale proporzionale per le elezioni legislative[5]. Il movimento, tuttavia, non è dotato né di una struttura organizzativa interna di coordinamento né di una *leadership* e le sue attività sono gestite unicamente attraverso i *social media*, ed in particolare Facebook, Twitter e YouTube.

Il 17 novembre 2018 i gilet gialli hanno organizzato una prima grande protesta in tutto il paese, alla quale hanno preso parte quasi 290.000 persone (c.d. *premier «act»*)[6]. Successivamente, ogni sabato sono state organizzate proteste a livello nazionale nelle quali non sono mancati episodi di violenza.

L'associazione nazionale dei sindaci dei comuni rurali di Francia (*Association des maires ruraux de France*, AMRF), al fine di contenere il malcontento, ha invitato tutti i sindaci, a partire dall'8 dicembre 2018, a mettere a disposizione dei cittadini dei «*Cahiers de doléances et de propositions*», ovvero dei registri sui quali annotare proposte e considerazioni. Il 14 gennaio 2019 l'AMRF ha consegnato al Presidente della Repubblica un documento di sintesi della propria attività[7].

Nel dicembre 2018, sempre al fine di arginare la grave crisi di consenso, il Governo ha annunciato la rinuncia all'aumento delle tasse sui carburanti e l'introduzione di misure a favore dei cittadini in difficoltà, ed il Parlamento ha approvato la legge «Sulle misure d'emergenza economiche e sociali»[8].

---

[1] *Hausse annoncée de la fiscalité du carburant, in legifiscal.fr*, 18 settembre 2019.

[2] « Gilets jaunes » : le gouvernement suspend la hausse des prix du carburant et de l'énergie, in latribune.fr, 4 dicembre 2018.

[3] M. Meichler, *La liste de revendications des gilet jaunes*, in *cnews.fr*, 28 febbraio 2019.

[4] *Infra.*

[5] Des Gilets jaunes lancent un appel : « Nous voulons être les porte-parole d'une colère constructive », in lejdd.fr, 1 dicembre 2018.

[6] De l'acte I à l'acte XXIII, la mobilisation des «gilets jaunes» en chiffres, in lefigaro.fr, 20 aprile 2019.

[7] *Les maires ruraux ont confié les cahiers de doléance à Emmanuel Macron*, in *courrierdesmaires.fr*, 15 gennaio 2019.

[8] Legge n. 2018-1213 del 24 dicembre 2018 «portant mesures d'urgence économiques et sociales», in

2. Il *Grand Débat National*

Il 10 dicembre 2018 il Presidente della Repubblica, Emmanuel Macron, ha annunciato lo svolgimento di una consultazione a livello nazionale, il *Grand Débat National* o GDN su quattro grandi temi: sistema fiscale e spesa pubblica, organizzazione dello Stato e dei servizi pubblici, democrazia/cittadinanza e transizione ecologica[9]. Tale nuovo strumento si pone in continuità con l'esperienza consolidata in questo paese – ma ben più circoscritta in relazione sia alle tematiche affrontate che alla dimensione territoriale – del *débat public* o DP[10]. Il GDN persegue infatti gli stessi obiettivi e si serve dei medesimi strumenti del DP: entrambe le consultazioni mirano ad assicurare ai cittadini la possibilità di partecipare al dibattito – attraverso una molteplicità di strumenti, tra i quali riunioni pubbliche, incontri tematici e consultazioni telematiche[11] – in una fase preliminare rispetto all'assunzione delle decisioni pubbliche, al fine di smorzare la potenziale conflittualità tra la società e le istituzioni. Il GDN, al pari del *débat public*, viene dunque fatto rientrare dalla dottrina maggioritaria tra gli istituti di "democrazia partecipativa"[12].

Il Presidente della Repubblica ha incaricato dell'organizzazione del GDN il Primo Ministro Édouard Philippe, il quale a sua volta ha chiesto la collaborazione della *Commission national du débat public,* CNDP ed in particolare del suo presidente, Chantal Jouanno. La CNDP, come già detto, è un'autorità amministrativa indipendente, incaricata di assicurare la partecipazione pubblica nell'elaborazione dei progetti di interesse nazionale dello Stato, delle collettività territoriali, degli enti pubblici e dei privati, che hanno un grande impatto socio-economico, ambientale o sulla gestione del territorio

---

legifrance.gouv.fr.

[9] *La lettre du Président de la République aux Français*, in *granddebat.fr.*

[10] Il *débat public* è un istituto, introdotto dalla c.d. "legge Barnier" nel 1995, che assicura la partecipazione della società civile nell'elaborazione di progetti che hanno un grande impatto sul territorio (ad es. grandi infrastrutture, gestione delle scorie nucleari, ecc.). La *Commission national du débat public* – un'autorità amministrativa indipendente – è incaricata del coordinamento del *débat public*. G. Pepe, *Dibattito pubblico ed infrastrutture in una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it*, 5, 2019, 13. Vedi anche A. Di Gregorio, *La mediazione ambientale in Francia*, in Aa.Vv., *La mediazione dei conflitti ambientali. Linee guida operative e testimonianze degli esperti*, Fondazione Pubblicità progresso, in *camera-arbitrale.it*, 229 ss.; M. Dell'Omarino, *Il dibattito pubblico come strumento di democrazia partecipativa. Una breve indagine comparata in occasione della sua introduzione nell'ordinamento italiano*, in *Diritti comparati*, Working Paper n. 7, 2017; V. De Falco, *Azione amministrativa e procedimenti nel diritto comparato*, Padova, 2018, 180-187. Cfr. V. Molaschi, *Le arene deliberative: contributo allo studio delle nuove forme di partecipazione nei processi di decisione pubblica*, Napoli, 2018.

[11] H. Belrhali-Bernard, *La pratique des consultations sur Internet par l'administration*, in *Revue Française d'Administration Publique*, 2011, 181-192 ; M. Doyon, *Conflit et processus participatif d'un processus d'aménagement territorial : de la consultation publique au recours aux urnes*, in *VertigO. La revue électronique en sciences de l'environnement*, Vol. 11, No. 2, 2011 ; D. Autissier et al. (coordonné par), *Démocratie participative digitale: Angoulême expérimente les projets participatifs digitaux*, Caen, 2019. Cfr. M. Macaluso, *Democrazia e consultazione on line*, Milano, 2003; G. Lo Cascio, *Consultazioni pubbliche online: quadro normativo e analisi di casi*, in *Informatica e diritto*, Vol. XXV, 2, 2016, 63 ss.; M. Pietrangelo, *Le pubbliche amministrazioni sul web tra comunicazione, consultazione e partecipazione*, in L. Ferrara - D. Sorace (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana: La tecnificazione*, Firenze, 2017, 95 ss.

[12] P. Piciacchia, *Oltre il Grand Débat National: La proposta di modifica del regolamento dell'Assemblea nazionale e la rivincita del diritto interno delle Camere"*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 1, 2019, 16. Trettel considera invece il GDN tra gli istituti di democrazia deliberativa. M. Trettel, *Il "grand Débat national": un'altra occasione per riflettere sulla democrazia deliberativa*, in *lacostituzione.info*, 24 febbraio 2019.

(art. L 121-1, Codice dell'ambiente)[13]. Dopo avere accettato l'incarico con la decisione del 17 dicembre 2018 ed avere attribuito al proprio presidente il ruolo di coordinamento delle attività connesse all'organizzazione del GDN[14], la CNDP si è ritirata con la decisione del 9 gennaio 2019, a seguito di un disaccordo con il Governo sulle garanzie di indipendenza del dibattito[15].

Il Primo Ministro ha infine incaricato il Ministro della transizione ecologica Emmanuelle Wargon ed il Ministro per le collettività territoriali Sébastien Lecornu di supervisionare lo svolgimento del GDN.

Con il decreto n. 2019-23 del 14 gennaio 2019 è stata istituita la «missione incaricata dell'organizzazione e del coordinamento del GDN», investita in particolare della funzione di controllo della qualità e della veridicità delle informazioni fornite al pubblico, della correttezza nello svolgimento del dibattito e della possibilità dei cittadini di contribuirvi (art. 2)[16]. Successivamente, con il decreto n. 2019-61 del 31 gennaio 2019 è stato introdotto il «collegio dei garanti sul *Grand Débat National*»[17] composto da Jean-Paul Bailly, Isabelle Falque-Pierrotin, Pascal Perrineau, Guy Canivet, Nadia Bellaoui – ovvero cinque personalità di grande rilievo pubblico, politicamente indipendenti e riconosciute per il loro impegno a servizio dell'interesse generale – ed incaricato di vigilare sull'imparzialità e trasparenza del GDN, con particolare riferimento alle modalità di organizzazione e svolgimento dei lavori ed all'elaborazione dei documenti di sintesi (art. 2).

A partire dal 15 gennaio 2019, è stato possibile per i cittadini interessati contribuire in diverse modalità al GDN: attraverso l'annotazione di proposte nei *cahiers citoyen* disponibili nei comuni, l'organizzazione e la partecipazione a riunioni a livello locale (*réunions d'initiatives locales*, dal 15 gennaio al 15 marzo 2019), recandosi presso gli stand (*stands de proximité*) allestiti all'interno delle stazioni e negli uffici postali, attraverso la partecipazione alle conferenze cittadine regionali (per i cittadini estratti a sorte, che si sono tenute tra il 15-16 e il 22-23 marzo 2019) e tramite il sito web, rispondendo ad una serie di domande aperte e/o ai questionari (dal 15 gennaio al 18 marzo 2019)[18]. Infine, si sono tenute quattro conferenze a livello nazionale sui quattro temi del GDN (11 e 13 marzo 2019), che sono stati infine dibattuti dall'Assemblea nazionale (2, 3 e 9 aprile 2019) e dal Senato (10 aprile 2019).

Nonostante gli sforzi del Governo di far fronte con diversi strumenti alle pressioni provenienti dal movimento, la risposta dell'esecutivo non è stata considerata sufficiente dai manifestanti, e le proteste – seppure in scala più ridotta – sono continuate nelle settimane successive alla chiusura del GDN. Il movimento dei gilet gialli ha creato

[13] La CNDP è stata istituita con la c.d. *loi Barnier*, legge n. 101-95 del 3 febbraio 1995 «Sul rafforzamento della protezione dell'ambiente», in *legifrance.gouv.fr*, ed è disciplinata oggi dal Codice dell'ambiente. Con la legge n. 2002-276 del 27 febbraio 2002 «De la démocratie de proximité» la CNDP è diventata un'autorità amministrativa indipendente.

[14] Decisione n. 2018/121/GDN/1.

[15] Decisione n. 2019/13GDN/2.

[16] Decreto «sull'istituzione della missione di organizzazione e coordinamento del grand débat national», *legifrance.gouv.fr.*

[17] Decreto «sull'istituzione di un collegio di garanti sul grand débat national», in *legifrance.gouv.fr*.

[18] In *granddebat.fr.*

inoltre una piattaforma alternativa a quella del GDN, denominata «*Le vrai débat*», attiva dal 30 gennaio al 3 marzo 2019[19].

2.1 La conclusione dei lavori del *Grand Débat National*

L'8 aprile 2019 si è tenuta, al Grand Palais a Parigi, la presentazione dei risultati del *Grand Débat National*. Come emerge dal documento di sintesi, elaborato sotto la supervisione del collegio dei garanti, dopo oltre tre mesi di consultazioni sono pervenute oltre 27 mila lettere ed e-mail, si sono tenute 9 mila riunioni a livello locale, più di 16 mila comuni hanno predisposto dei *cahiers citoyen* e 1,9 milioni di persone hanno contribuito al dibattito utilizzando la piattaforma online[20].
Il Primo Ministro Philippe, nel discorso pronunciato a conclusione dell'evento, ha riassunto in quattro punti – corrispondenti ai quattro grandi temi affrontati nel GDN – le considerazioni e le esigenze emerse nell'ambito della consultazione, ossia: la necessità di una riforma del sistema fiscale e di una riduzione delle imposte, il rafforzamento della "prossimità" contro i rischi di isolamento e abbandono delle persone e del territorio, l'emergenza climatica e la creazione di nuovi strumenti di democrazia partecipativa a livello nazionale, oltre a quelli già esistenti a livello locale. Per quanto concerne quest'ultimo aspetto, il Primo Ministro ha sottolineato come per rispondere al bisogno di partecipazione sia stato necessario ideare un nuovo strumento, ossia il GDN. L'esigenza che ha portato alla creazione di tale nuovo strumento non può però considerarsi esaurita e l'esperienza del GDN deve dunque porsi alla base della costruzione della «democrazia partecipativa nel lungo termine»[21]. Ciò, a parere del Primo Ministro non comporta il superamento della democrazia rappresentativa, o la sua sostituzione con forme di «democrazia diretta e mediatica continua», ma la sua trasformazione in una democrazia «più rappresentativa, più trasparente e più efficace»[22].
Nella conferenza stampa con la quale si sono conclusi i lavori del GDN del 25 aprile[23], anche il Presidente della Repubblica si è concentrato sulla necessità di introdurre una riforma «della democrazia, dell'organizzazione dello Stato e dell'amministrazione» che assicuri maggiore inclusione e partecipazione. Allo stesso tempo però Macron ha ribadito l'importanza degli istituti di democrazia rappresentativa e del Parlamento, che non dovrebbe risultare in ogni caso indebolito: secondo il Presidente è necessario in primo luogo assicurare una maggiore rappresentatività dell'organo legislativo, attraverso l'introduzione di un sistema elettorale misto con una quota proporzionale, ed in secondo luogo migliorarne l'efficienza, attraverso la riduzione del numero dei

[19] In *le-vrai-debat.fr*. I risultati della consultazione sono stati pubblicati dall'l'université Toulouse-III-Paul-Sabatier il 27 marzo 2019.

[20] *Paroles de Français. Restitution du grand débat national*, in *granddebat.fr.*

[21] *Discours de M. Édouard PHILIPPE, Premier ministre Restitution du Grand débat national Paris, le lundi 8 avril 2019*, in *gouvernement.fr*, 8 aprile 2019.

[22] *Ibidem*.

[23] *Conférence de presse du Président Emmanuel Macron à l'issue du Grand Débat national*, in *elysee.fr*, 25 aprile 2019.

parlamentari.
Il capo dello Stato si è mostrato contrario all'introduzione del voto obbligatorio, del contrasto alla scheda bianca e dei "referendum di iniziativa cittadina"[24] – uno dei temi più importanti emersi nell'ambito delle proteste dei gilet gialli e che ha raccolto un ampio consenso anche sulla piattaforma *Le vrai débat* – che a suo avviso rimetterebbero in discussione l'importanza della democrazia rappresentativa. Macron ha invece sostenuto la necessità di riformare il "referendum di iniziativa condivisa" ex art. 11 Cost. – proposta in alternativa al referendum di iniziativa cittadina –, di rafforzare il diritto di petizione a livello locale, di integrare la composizione del Consiglio economico, sociale e dell'ambiente con 150 cittadini "estratti a sorte"[25].
Macron ha inoltre posto particolare enfasi su una serie di riforme necessarie – sulla base delle proposte formulate nell'ambito del GDN ed al centro delle proteste dei gilet gialli – relative alle modalità di selezione dei funzionari pubblici, alle collettività territoriali (più prossimità, differenziazione territoriale, sostegno per le aree rurali), al sistema fiscale (con particolare riferimento alla riduzione delle imposte ed alla lotta all'evasione fiscale), alla previdenza sociale, all'istruzione, all'indicizzazione delle pensioni sotto i 2000 euro, al clima, ecc.
Per quanto concerne la riforma del referendum di iniziativa condivisa – che richiederebbe la modifica dell'art. 11 della Costituzione – questa consentirebbe ad una petizione sostenuta da un milione di cittadini di trasformarsi un progetto di legge il quale, qualora non venisse esaminato dal Parlamento, potrebbe essere sottoposto a referendum.

3. Caratteristiche e criticità del GDN

Per rispondere alla crisi di consenso, emersa con veemenza nei mesi passati, si è fatto ricorso in Francia ad un nuovo strumento di democrazia partecipativa, il GDN[26]. Tale consultazione nazionale ha svolto una funzione «integrativo-correttiva degli schemi e delle forme della democrazia rappresentativa[27]», facendo ricorso ad una combinazione di strumenti diversi (*cahier citoyens*, *stand de proximité*, assemblee a livello locale, regionale

[24] L'introduzione dei referendum di iniziativa cittadina consentirebbe di indire referendum su richiesta di un determinato numero di cittadini aventi diritto di voto sull'introduzione o abrogazione di una legge, la revoca di un eletto e la convocazione di un'assemblea costituente. Il progetto di legge costituzionale presentato dal deputato Jean-Luc Mélenchon l'8 gennaio 2019 sull'introduzione dei *Référendums d'initiative citoyenne*, è stato rigettato in blocco dalla *Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République* il 13 febbraio 2019, in *assemblee-nationale.fr*. P. Piciacchia, *op. cit.*, 5 ss., spec. 8 ss.

[25] La proposta porterà alla creazione all'interno del Consiglio economico, sociale e dell'ambiente di una "convenzione cittadina per il clima" – ancora in fase di costituzione – formata da 150 cittadini individuati contattando indirizzi telefonici selezionati in maniera aleatoria da elenco un di 300,000 contatti generati automaticamente. La convenzione cittadina dovrebbe riunirsi per la prima volta il 4, 5 e 6 ottobre 2019, e le proposte finali da questa formulate saranno sottoposte al voto del Parlamento ed a referendum. *Convention citoyenne pour le climat : 150 participants tirés au sort,* in *gouvernement.fr*.

[26] M. Fromont, *Fondaments de la démocratie participative en droit français*, in U. Allegretti (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010; V. De Falco, *op. cit.*

[27] G. Pepe, *op. cit.*, 6.

e nazionale) ed avvalendosi delle nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione, al fine di assicurare il maggiore coinvolgimento possibile dei cittadini.
Anche se il *Grand Débat National* si inserisce nella tradizione giuspubblicistica francese[28] – individuandosi una chiara connessione concettuale con la ventennale esperienza del *débat public* – esso presenta sicuramente elementi di novità sia per l'ampiezza dei temi che per il contesto (ovvero il clima di protesta e di violenza che ha segnato la Francia a partire dal novembre 2018) nel quale è stato introdotto.
La piattaforma online del GDN, invece, non rappresenta uno strumento totalmente nuovo. In occasione dell'avvio del dibattito sulle riforme dell'Assemblea nazionale, nell'ottobre del 2017, era stata creata una piattaforma digitale per promuovere la partecipazione dei cittadini alla vita politica ed ampliare la riflessione del gruppo di lavoro incaricato di proporre gli emendamenti della Costituzione[29]. Di recente la *Commision de Lois* – una delle otto commissioni permanenti dell'Assemblea nazionale – ha lanciato una nuova consultazione online, che si è tenuta dal 18 aprile al 12 maggio 2019, sulla proposta di legge «Sulla lotta all'odio su internet», per la quale è stato elaborato un questionario a risposta multipla[30]. L'utilizzo di tali strumenti con riferimento a tematiche di diritto costituzionale non può dirsi per questo avulso dall'esperienza costituzionale francese[31].
Appare di conseguenza evidente quanto, in Francia, «le azioni di partecipazione dal basso ed il modello della "partecipazione"» stiano gradualmente acquistando un ruolo centrale nella dinamica democratica, superando l'idea che «gli elettori abbiano un monopolio sull'interesse generale e che sistema politico sia immune dalle pressioni dei cittadini»[32].
Il principale rischio connesso all'impiego di uno strumento come il GDN è legato all'alto grado di semplificazione e generalizzazione dei documenti riassuntivi con i quali si conclude il processo partecipativo. Il secondo grande elemento di criticità è legato al fatto che non si tratta di uno strumento vincolante. Di conseguenza l'esecutivo, dopo avere mobilitato un grande numero di cittadini con l'organizzazione del GDN, non deve necessariamente tenere conto delle considerazioni emerse[33]. L'incapacità di soddisfare le ampie aspettative generate, potrebbe dunque essere foriera di nuove tensioni o generare un'ulteriore disaffezione dei cittadini nei confronti della politica.

---

[28] Y. Mansillon, *L'esperienza del Débat public in Francia*, in *Democrazia e diritto*, 3, 2006 ; M. Fromont, *op. cit.*; J. Lebreton, *La démocratie participative: enjeux et réalités. (France, Brésil, Chine, Suisse, Union européenne)*, Paris, 2013.

[29] In una prima fase i cittadini hanno potuto contribuire con le proprie idee sulla piattaforma online ed i risultati della consultazione sono stati pubblicati in un documento di sintesi preparato da un comitato scientifico. Nella seconda fase, il comitato scientifico ha selezionato un gruppo di cittadini, tra coloro che avevano contribuito al dibattito ed avevano ottenuto un ampio numero di consensi, i quali sono stati invitati a discutere tali temi in un apposito evento all'Assemblea nazionale e con il gruppo di lavoro per la riforma della Costituzione. *Démocratie numérique et participation citoyenne*, in *assemblee-nationale.fr*.

[30] *Haine sur Internet*, in *assemblee-nationale.fr*.

[31] P. Piciacchia, *op. cit.*, 7.

[32] M. Rogoff, *La democrazia partecipativa e la democrazia di prossimità*, in E. Garcia – E. Palici di Suni – M. Rogoff, *Gli istituti di democrazia diretta nel diritto comparato,* Trattato di Diritto pubblico comparato fondato e diretto da G.F. Ferrari, Padova, 2018, 103.

[33] M. Trettel, *op. cit.*

Inoltre, per quanto concerne l'organizzazione del GDN, qualche dubbio emerge con riferimento alle modalità con le quali si è potuto contribuire al dibattito. La facilità con la quale era possibile procedere alla registrazione sul sito ufficiale ha rappresentato un grande incentivo alla partecipazione pubblica, e deve per questo essere valutata molto positivamente. Tuttavia, l'assenza di qualsiasi requisito di identificazione (documento di identità valido) – che ha consentito ad esempio registrazioni multiple – getta delle ombre sulle modalità di svolgimento della consultazione popolare. Nonostante i risultati del GDN non fossero vincolanti per l'esecutivo, infatti, la correttezza formale del procedimento avrebbe dovuto essere assicurata.

L'algoritmo come pastore del giudice? Diritto, tecnologie, prova scientifica*

Giovanni Tuzet

Abstract

Il lavoro è diviso in due parti, dedicate rispettivamente all'influenza delle nuove tecnologie sugli studi giuridici e sul diritto stesso. Nella prima parte si sostiene che le nuove tecnologie rendono meno difficili di un tempo gli studi empirici e che i giuristi dovrebbero essere più aperti a questo genere di studi. Nella seconda si sostiene che le nuove tecnologie trasformano significativamente alcuni aspetti del diritto, sia sostanziale che processuale, fra cui la determinazione dell'elemento soggettivo del reato, della prova scientifica, degli standard probatori e del rischio di recidiva. La metafora dell'algoritmo come pastore del giudice suggerisce che, nel loro migliore utilizzo, gli algoritmi possono fungere da guide alla decisione giudiziale, senza sostituirsi a essa.

The work has two parts, dedicated respectively to the influence of new technologies on legal studies and on law itself. In the first part it is argued that new technologies make empirical studies less difficult than before and that jurists should be more open to this kind of approach. In the second, it is argued that new technologies significantly transform some aspects of law, both substantive and procedural, including the determination of the subjective element of crime, of the value of scientific evidence, of the standards of proof and of the risk of recidivism. The metaphor of the algorithm as shepherd of the judge suggests that, in their best use, algorithms can act as a guide to judicial decision, without replacing it.

Sommario

1. Introduzione. – 2. *"Empirical Legal Studies"*, questi sconosciuti. – 3. Diritto e tecnologie, la sfida *ex ante*. – 3.1. Prove scientifiche, tassi d'errore e standard probatori. – 3.2. Regole individualizzate e giustizia predittiva.

Keywords

algoritmi - neuroscienze - prove scientifiche - studi giuridici - diritto e tecnologia

* Elaborazione di un intervento a una tavola rotonda su studi giuridici e tecnologia, coordinata da Oreste Pollicino all'Università Bocconi, il 19 ottobre 2019, in occasione del ventennale del corso di laurea in giurisprudenza in detta Università.
Su determinazione della direzione, il contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo in conformità all'art. 15 del regolamento della Rivista

1. Introduzione

In questo lavoro mi propongo di discutere alcuni effetti di certe recenti tecnologie sul diritto, il suo studio e la sua applicazione. Non pretendo di rendere conto di tutti i problemi e gli spunti che la letteratura discute in questi tempi di mutazioni rapidissime. Parlerò solo di alcuni aspetti che mi paiono meritevoli di particolari riflessioni.
Non solo il diritto dei media segue a fatica i cambiamenti tecnologici, è tutto il diritto – compreso il diritto processuale e delle prove – che si affanna a trovare soluzioni e regole per problemi nuovi e pressanti.
Il lavoro si divide in due parti, dedicate all'influenza delle nuove tecnologie sugli studi giuridici e al ruolo di tali tecnologie per il diritto stesso. Sosterrò, nella prima parte (§ 2), che certe nuove tecnologie rendono operativamente meno difficili di un tempo gli studi empirici e che pertanto i giuristi dovrebbero essere più aperti a questo genere di studi e più coinvolti nella loro realizzazione; sosterrò inoltre, nella seconda parte (§ 3), che certe nuove tecnologie trasformano significativamente alcuni aspetti del diritto, sia sostanziale che processuale, fra cui la determinazione dell'elemento soggettivo del reato, della prova scientifica, degli standard probatori e del rischio di recidiva. Con ciò non solo l'intervento *ex post* del diritto viene modellato dalle tecniche disponibili, ma anche e soprattutto la sua funzione *ex ante*.
Il titolo che ho dato al presente lavoro si spiega con il fatto che gli algoritmi utilizzabili nei sistemi di "giustizia predittiva" si prospettano, nel loro miglior utilizzo, come *guide* per la decisione umana. Il che, da un lato, risolve il problema dell'utilizzo automatico e cieco degli algoritmi ma, dall'altro, rinnova il problema del rapporto fra il giudice e la prova scientifica o esperta.

2. *"Empirical Legal Studies"*, questi sconosciuti

Chi si è formato in una facoltà giuridica negli ultimi anni del secolo scorso ricorderà bene che l'approccio prevalente allo studio del diritto era normativo e concettuale[1]. Ho detto "prevalente" ma ho avuto la tentazione di dire "esclusivo". Si studiavano le norme del diritto positivo e la loro sistematizzazione concettuale. Non che questo significasse una supina accettazione del diritto positivo in quanto tale. Anzi, ricordo che in alcuni casi l'approccio era fortemente critico e il docente dissezionava la disciplina legislativa mettendone in luce le incongruenze e le inadeguatezze. Talora l'analisi e la critica riguardavano la giurisprudenza. Ricordo, in tema di procedura penale, i toni a dir poco accesi con cui venivano criticate le cd. sentenze inquisitorie della Corte costituzionale, che nel 1992 avevano azzoppato il nuovo codice di procedura. Ma nell'insieme l'approccio dominante era lo studio delle norme accompagnato e guidato da un apparato concettuale in grado di sistematizzarle. Nulla di male in questo, intendiamoci. Anzi, credo che fosse e sia tuttora un approccio molto formativo. Ma gli studi empirici erano del tutto assenti, o quasi.

[1] La mia esperienza è stata all'Università di Ferrara, ma ho ragione di credere che non sia stata dissimile da quella offerta in altre sedi accademiche in tali anni.

Il problema non è nuovo. Il Realismo giuridico americano negli anni '20 e '30 del Novecento invocava un approccio maggiormente empirico al diritto e al suo studio. In opposizione ad approcci formalisti, i suoi esponenti attiravano l'attenzione sulla reale "vita del diritto" (per riprendere la celebre espressione di Oliver W. Holmes)[2]. Cioè sull'insieme di esigenze ed esperienze sociali da cui il diritto si genera, sulle sue concrete applicazioni e le conseguenze empiriche che ne derivano. La "vita del diritto" o il "diritto in azione" (questa la celeberrima formula di Roscoe Pound) è ciò che conta in ottica realista, non la "logica" formale (Holmes) o il "diritto nei libri" (Pound). L'idea non era confinata allo studio del diritto: si estendeva alla regolazione stessa poiché, nell'ottica realista, il diritto può essere efficace nella misura in cui viene empiricamente modellato, tenendo conto dei risultati empirici di precedenti regole o decisioni, dei loro costi e benefici, comparati ai risultati che si prevedono adottando regole diverse.
Beninteso l'approccio realista affondava le proprie radici in discussioni che già si erano svolte in Europa. Gli appelli realisti erano in continuità con l'appello di Jhering a una "giurisprudenza degli interessi" opposta alla "giurisprudenza dei concetti". L'attenzione per le conseguenze economiche e sociali di regole e decisioni giuridiche era in continuità con gli approcci sociologici affacciatisi alla cultura giuridica europea a fine Ottocento e inizio Novecento. Ma negli Stati Uniti, complici il pragmatismo e una società aperta alla scienza e alle innovazioni tecnologiche, gli approcci empirici hanno conosciuto una particolare fortuna. L'analisi economica del diritto si è affermata dagli anni '60 in poi, gli studi giuridici hanno fatto un uso crescente di metodi quantitativi, in anni recenti è nato un particolare movimento – gli *Empirical Legal Studies* – che si propone di studiare e modellare i fenomeni giuridici con metodi empirico-statistici[3].
Ora, non solo l'approccio del giurista italiano ed europeo è ancora lontano da questi fronti. Quello che voglio notare è che le tecnologie contemporanee consentono un approccio empirico al diritto a costi straordinariamente inferiori rispetto al passato. La raccolta e l'analisi di dati non sono mai a costo zero. Qualsiasi ricerca empirica richiede uno sforzo e delle risorse. Ma i costi e le difficoltà che oggi incontra chi conduce una ricerca empirica su un certo fenomeno di carattere giuridico sono un problema minore rispetto al passato. Le tecnologie e i media ci mettono a disposizione dati di ogni genere in grande mole. (Prescindo qui dal problema etico-giuridico della loro protezione e utilizzabilità). Decisioni giudiziali, scelte dei consumatori, multe non pagate, recidive criminali, tempi per ottenere un'autorizzazione amministrativa, numero dei motociclisti addetti al recapito urgente di plichi, e tanto altro ancora: in linea di principio, su qualsiasi fenomeno di rilevanza giuridica possiamo raccogliere e diffondere dati con una facilità prima sconosciuta. Semmai, si tratta di avere la consapevolezza metodologica di come è corretto trattarli e di quello che è giustificato ricavarne. È importante sapere che, per condurre una ricerca empirica in modo metodologicamente corretto, si deve partire da una domanda di ricerca precisamente formulata e da una definizione degli strumenti concettuali e di misurazione che si adotteranno, per procedere poi alla

[2] Ne ho parlato in G. Tuzet, *Dover decidere. Diritto, incertezza e ragionamento*, Roma, 2010, 237 ss. e G. Tuzet, *La pratica dei valori. Nodi fra conoscenza e azione*, Macerata, 2012, 34 ss.

[3] Come introduzione all'approccio, v. L. Epstein-A.D. Martin, *An Introduction to Empirical Legal Research*, Oxford, 2014.

raccolta e all'analisi dei dati.
Tutto questo per dire che il giurista contemporaneo non ha più molti alibi per sottrarsi all'adozione di metodi empirici. Piuttosto, c'è un problema di formazione e sensibilità. Se formiamo giovani giuristi trasmettendo loro l'idea che l'analisi normativa e concettuale sia sufficiente, non possiamo aspettarci che sviluppino da loro stessi un interesse per le analisi empiriche e che per grazia ricevuta divengano capaci di condurle.
Beninteso, per evitare un possibile fraintendimento, non propongo di *sostituire* i metodi tradizionali con metodi quantitativo-matematici o empirico-statistici. Come ho detto, partire dai concetti fondamentali è estremamente formativo. La comprensione e la sistematizzazione del diritto positivo non può prescinderne. Ma gli studi giuridici non possono esaurirsi in questo. Specialmente oggi, quando le tecnologie rendono più semplice e meno costoso il raccogliere dati e trattarli.

3. Diritto e tecnologie, la sfida *ex ante*

Che le nuove tecnologie trasformino anche aspetti del diritto sostanziale e processuale non è una gran scoperta. Il fenomeno è ben noto da secoli, ma negli ultimi anni ha subito una sensazionale accelerazione. Il diritto dei media ne è un esempio molto significativo.
Uno strumento tradizionale per far fronte alle novità è l'analogia: si estende per analogia, a una nuova fattispecie, la regola prevista per fattispecie precedenti con cui la prima presenta una somiglianza rilevante. Per fare un esempio, la Costituzione americana del 1787 non poteva contemplare le forze aeree come parte dell'apparato militare della nazione: la sez. 8 dell'art. I della Costituzione prevede al n. 14 che il Congresso abbia il potere di stabilire regole per le forze navali e di terra. Assumendo che sul punto la Costituzione sia lacunosa, la lacuna può essere colmata estendendo per analogia il potere del Congresso. Il che può essere fatto correttamente quando, come in questo caso, vi è una somiglianza rilevante fra fattispecie regolata e non regolata: le forze aeree servono gli stessi scopi di difesa della nazione che servono altri apparati militari come le forze navali e di terra.
Talora l'analogia è sufficiente, talora non lo è. Talora occorre configurare dei nuovi assetti normativi per far fronte alle nuove esigenze. Un esempio in questo senso è lo sforzo di maneggiare con regole nuove e appropriate i fenomeni della prova scientifica o più latamente esperta.
La prova scientifica, per definizione, è diversa da quella non scientifica in quanto chi la offre lo fa sulla base di conoscenze, competenze o tecnologie che non sono nella disponibilità della persona comune. O meglio, non solo della persona comune che potrebbe far parte di una giuria ma anche di un decisore giuridicamente titolato. Il giudice che chiede un parere tecnico lo fa proprio perché manca della competenza per giudicare il merito della particolare questione. Così la "testimonianza esperta" non può essere semplicemente trattata come analoga alla testimonianza ordinaria; occorrono regole almeno parzialmente diverse.
Il fenomeno delle prove scientifiche è solitamente inquadrato in una prospettiva *ex*

post, in quanto le prove servono a ricostruire quanto accaduto nel contesto rilevante. Ad esempio la dinamica di un reato in ambito penale, o la catena causale di un danno risarcibile in civile. Ma la sfida più recente è sull'uso *ex ante* di date tecnologie, come l'uso di algoritmi per determinare il rischio di recidiva.
Nel seguito farò alcuni rilievi sull'uso di tecnologie nella prospettiva *ex post* (§ 3.1) e nella prospettiva *ex ante* (§ 3.2). L'algoritmo come pastore del giudice rileva specialmente nella seconda, pur se può trovare alcune collocazioni anche nella prima, come dirò accennando al tema degli standard di prova.

3.1. Prove scientifiche, tassi d'errore e standard probatori

La letteratura sulle prove scientifiche è ormai vastissima. Un punto di svolta è stata la cd. trilogia *Daubert*, ossia le tre decisioni della Corte suprema statunitense in tema di prova scientifica ed esperta, fra 1993 e 1999, su casi civili dove la prova era invocata per mostrare cosa avesse causato un determinato danno[4]. Tali decisioni hanno scatenato una tempesta di commenti, opinioni, articoli, libri e trattati su ciò che conta come "prova scientifica" in ambito giuridico, sui criteri con cui distinguere la scienza genuina dalla "scienza spazzatura" e sulle regole del suo utilizzo al fine di decidere una controversia di natura giuridica. Questo è accaduto non solo negli Stati Uniti ma anche in sistemi continentali come il nostro[5] o quelli di lingua spagnola[6].
In *Daubert*, la decisione del 1993 che ha dato avvio al putiferio, la Corte indicava, a titolo esemplificativo, alcuni criteri per distinguere la scienza genuina dalla scienza spazzatura, chiedendo ai giudici di compiere tale valutazione in sede di ammissione della prova. Una volta ammessa, in un processo con giuria la prova viene assunta a beneficio dei giurati che, come noto, decideranno nel merito senza rendere motivazione (pur ricevendo "istruzioni" dal giudice sulle regole e gli standard rilevanti). Il fatto che non venga resa motivazione spiega perché occorra, in un sistema come quello statunitense, un significativo "filtro" in sede di ammissione. Non si vuole che ai giurati arrivi "scienza spazzatura" o pseudoscienza condita in modo tale da essere persuasiva su quei non esperti che sono appunto i giurati. Quindi si chiede al giudice di svolgere tale selezione escludendo ciò che non soddisfa i criteri della scienza genuina e ammettendo ciò che li soddisfa.
I noti criteri indicati in *Daubert* – nella parte II.C della decisione – sono i seguenti:

[4] Per una discussione v. S. Haack, *Legalizzare l'epistemologia. Prova, probabilità e causa nel diritto*, Milano, 2015, spec. 62 ss., 128 ss., 157 ss. Cfr. fra gli altri M. Taruffo, *Verso la decisione giusta*, Torino, 2020, 283 ss. in ambito civile, nonché O. Dominioni, *La prova penale scientifica*, Milano, 2005 in ambito penale.

[5] Fra i tanti lavori segnalo G. Canzio-L. Lupária (a cura di), *Prova scientifica e processo penale*, Padova, 2017 nonché G. Carlizzi-G. Tuzet (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, Torino, 2018. Su un fenomeno correlato, ossia l'opacità delle norme che fanno riferimento a nozioni tecnico-scientifiche, v. D. Canale, *Norme opache. Il ruolo degli esperti nel ragionamento giuridico*, in *Rivista di Filosofia del Diritto*, numero speciale, 2015, 93 ss.; sul punto v. anche G. Zaccaria, *Interpretazione della legge*, in *Enciclopedia del diritto*, *Annali V*, Milano, 2012, 704.

[6] Vedi fra gli altri M. Gascón Abellán, *Cuestiones probatorias*, Bogotà, 2012, 88 ss. e C. Vázquez, *De la prueba científica a la prueba pericial*, Madrid, 2015.

1) se la teoria o tecnica da cui dipende la prova possa essere (e sia stata) testata empiricamente;
2) se la teoria o tecnica sia stata oggetto di *peer review* e pubblicata;
3) quale sia il tasso di errore noto o potenziale della tecnica in questione;
4) se la teoria o tecnica sia stata generalmente accettata nel proprio campo.

Ricordiamo che la Corte li elenca come indici di scientificità, non come gli unici criteri da prendere in considerazione. Né la Corte dice che tutti i criteri presi in considerazione debbano essere soddisfatti. Fatto sta che il trend applicativo seguitone in ambito civile è stato più restrittivo di quello che la Corte pareva immaginare, poiché i giudici hanno preso molto sul serio il ruolo di *gate-keeping* affidato loro da *Daubert* e hanno applicato in maniera oltremodo rigorosa tali indicazioni[7]. Il che è stato accompagnato da comprensibili perplessità generate dal fatto che decisori giuridicamente competenti (i giudici) si trovino a dirimere questioni (scientifiche) che esulano dalla loro preparazione.

In Italia la discussione su *Daubert* è stata svolta specialmente in ambito penale, al netto del fatto che *Daubert* era un caso civile e che il punto era l'ammissibilità della prova, mentre da noi si è discusso soprattutto dei criteri di valutazione delle prove scientifiche ai fini della decisione nel merito. Essendo modesto il ruolo delle giurie nel nostro sistema processuale non occorre un filtro così selettivo in sede di ammissione, ma occorre interrogarsi sui criteri con cui apprezzare la prova per la decisione finale e con cui motivare quest'ultima. Una decisione quale *Cozzini* (Cass. pen., sez. IV, n. 43786/2010) ha moltiplicato i criteri di *Daubert* fornendone a titolo indicativo – al § 16 della motivazione – una nutrita lista con cui la Cassazione penale ha ritenuto di mettere i giudici in grado di giustificare le proprie decisioni su questioni scientifiche.

Fra i criteri di *Daubert* qui mi interessa richiamare il terzo (che *Cozzini* non menziona espressamente). Poter precisare il tasso di errore di una tecnica probatoria, unitamente agli standard di controllo operativo della tecnica (come richiesto in *Daubert*), è di estrema importanza in un'ottica scientifica. Una tecnica diagnostica, ad esempio, può produrre falsi positivi e falsi negativi, ossia qualificare come ammalate persone che non lo sono e viceversa. Vorremmo disporre di tecniche infallibili, ma dato che perfezione e infallibilità non sono di questo mondo dobbiamo accontentarci di tecniche imperfette e fallibili purché se ne possa determinare il tasso di errore. Nessuno prende sul serio una tecnica o un metodo che sbaglia un responso su due. A tal punto è più economico lanciare una moneta. Se però siamo in grado di stimare che una data tecnica (ad es. di riconoscimento vocale) offre responsi corretti in 9 casi su 10 siamo anche in grado di stimarne il tasso di errore e di tenerne conto nel momento in cui dobbiamo prendere decisioni basate su tale tecnica[8]. Questo punto mi pare di grande importanza, poiché è la naturale conseguenza del primo criterio di *Daubert* (testare le teorie o tecniche) e in quanto offre maggiori garanzie di oggettività del secondo e quarto criterio (pubblica-

[7] Così S. Haack, *op. cit.*, 64-65, secondo cui tale trend restrittivo non si è registrato in ambito penale rispetto alle "testimonianze forensi dubbie".

[8] Nell'esempio del riconoscimento vocale sarebbe interessante capire se l'errore ogni dieci casi sia un falso positivo o negativo, se cioè viene riconosciuta come mia una voce che non è la mia o non viene

zione con *peer review* e generale accettazione).
L'astrologo non offre predizioni definite, bensì generici presagi ("Vi accadrà qualcosa di importante") e vaghi consigli ("Fate attenzione a un collega"). Se offrisse predizioni definite se ne potrebbe mostrare il tasso d'errore.
Il gran parlare di prove neuroscientifiche che si fa anche da noi da alcuni anni trarrebbe senz'altro giovamento da una minore enfasi sulle questioni metafisiche (siamo veramente liberi?) e una maggiore enfasi sugli aspetti metodologici ed empirici di tali tecniche probatorie. Come noto, le neuroscienze e le annesse tecnologie vengono invocate per provare la presenza o assenza dell'elemento soggettivo del reato, se cioè l'agente avesse o meno l'intenzione di fare quello che ha fatto – o più radicalmente nel giudizio di imputabilità, per negare che potesse averne l'intenzione perché incapace. Orbene, siamo in grado di dire in che percentuale di casi tali tecniche attribuiscono intenzioni dove intenzioni non ci sono (falsi positivi) e non attribuiscono intenzioni dove invece ci sono (falsi negativi)? Se sì – e se i tassi d'errore sono sufficientemente bassi – abbiamo a disposizione delle tecniche con una patente di scientificità; altrimenti no[9].
Ma ancor prima, è giustificato assumere che all'attivarsi di certe aree cerebrali corrisponda l'avere uno stato mentale come un'intenzione? Qui la filosofia è d'aiuto, in quanto mostra la complessità di tale questione e la cautela metodologica che occorre nel momento in cui si vogliano rintracciare, in configurazioni neuronali, stati mentali come credenze, intenzioni o desideri.
Le neuroscienze possono leggere la mente delle persone? Con l'attivarsi di una mia area cerebrale l'osservatore che dispone di una data tecnologia può capire che sto desiderando una donna? Può addirittura capire che sto desiderando una donna di carnagione olivastra con lunghi capelli bruni? Può cogliere la mia intenzione di andare a teatro ad ascoltare un quartetto d'archi? Può anche individuare le mie aspettative sull'esecuzione? Questa è fantascienza, ovviamente. Il punto metodologico importante è che occorre esplicitare le assunzioni su "cosa conta come cosa" (ad es. cosa conta come stato mentale in una data tecnologia di rilevazione) e che tasso d'errore sconta la tecnica impiegata.
Una maniera di rispondere al problema di "cosa conta come cosa" è quello di elaborare delle "leggi ponte" che consentano di passare dagli stati mentali come usualmente

riconosciuta la mia. In termini giuridici, un conto è indicare come colpevole un innocente, un altro è indicare come innocente un colpevole; qui un test con soli falsi negativi ci preoccupa meno di uno con soli falsi positivi.

[9] Cfr. F. Schauer, *Can Bad Science Be Good Evidence? Neuroscience, Lie Detection, and Beyond*, in *Cornell Law Review*, 95, 2010, 1191 ss., sui limiti di tecniche come la risonanza magnetica funzionale (fMRI) nell'identificazione delle menzogne e sulle diverse finalità di scienza e diritto; v. anche M. Pardo-D. Patterson, *Minds, Brains, and Law: The Conceptual Foundations of Law and Neuroscience*, Oxford, 2013. Fra i contributi italiani si possono vedere O. Di Giovine, *Chi ha paura delle neuroscienze?*, in *Archivio penale*, 53, 2011, 837 ss.; Ead., *Ripensare il diritto penale attraverso le (neuro-)scienze?*, Torino, 2019; C. Grandi, *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi?*, Torino, 2016; Id., *Neuroscienze e capacità di intendere e volere: un percorso giurisprudenziale*, in *Diritto penale e processo*, 1, 2020, 24 ss.; I. Merzagora, *De servo arbitrio, ovvero: le neuroscienze ci libereranno dal pesante fardello della libertà?*, in *Rassegna Italiana di Criminologia*, 5, 2011, 7 ss.; Ead., *Il ruolo delle neuroscienze in relazione alla imputabilità e ai giudizi di predittività*, in *Diritto penale e processo*, 1, 2020, 14 ss. Nelle monografie di Grandi e Di Giovine si discutono diversi "programmi" dei rapporti fra neuroscienze e diritto penale.

li descriviamo (insiemi di credenze, desideri, ecc.) alle configurazioni neuronali come descritte dalla scienza, e viceversa[10]. Ma ovviamente tali leggi ponte devono essere attendibili, capaci di "mappare" i nostri stati mentali in configurazioni neuronali e viceversa, così da inferire veridicamente i primi dalle seconde.
Per concludere sugli usi *ex post* di date tecnologie mi sia permesso notare che, con un impiego massivo di tecniche probatorie di cui sia noto il tasso d'errore, potremmo avere un incentivo a usare standard di prova quantificati. Mi spiego. Gli standard di prova stabiliscono le soglie a cui un'ipotesi può ritenersi provata. Lo standard penale del ragionevole dubbio, come altri standard comunemente usati, esprime tale soglia in modo qualitativo richiedendo una comprensione o interpretazione di ciò che si deve intendere per dubbio "ragionevole". Le proposte di quantificare probabilisticamente tale soglia (0,90? 0,95? 0,99?) non hanno avuto finora grande successo – per motivi diversi che qui non posso approfondire[11] –, ma se in futuro aumentasse l'uso di tecniche probatorie fornite di tassi d'errore certificati non sarebbe sorprendente la tentazione di quantificare gli standard di prova e vedere se, sulla base di prove fornite con tecniche siffatte, sia raggiunta o meno una data soglia numerica. Si può anche immaginare che in tale contesto vengano forniti algoritmi in grado di computare i valori rilevanti e offrirli al giudice a fini decisori. L'algoritmo, come buon pastore, guiderebbe il giudice indicandogli la decisione da prendere pur non forzandolo a prenderla.

3.2. Regole individualizzate e giustizia predittiva

Da sempre il diritto agisce sia *ex ante* che *ex post*. Le norme giuridiche guidano la condotta, offrendo incentivi e disincentivi in termini di benefici e sanzioni e operando quindi *ex ante*. Ma i processi e le decisioni giudiziali intervengono *ex post*, per rimediare a quanto occorso. Se queste due dimensioni sono state sempre presenti, è però altrettanto vero che le tecnologie oggi disponibili consentono un'espansione dell'intervento *ex ante* del diritto.
Immaginiamo che le auto a guida automatica non prendano il totale sopravvento e rimangano almeno dei margini per auto a guida umana. Le tecniche di rilevamento ed elaborazione di informazioni potrebbero essere impiegate per fornire all'auto, con opportuni algoritmi, indicazioni sulla velocità da tenere, considerate le condizioni atmosferiche, le condizioni dell'asfalto, la presenza di altri veicoli nei paraggi, la presenza di ciclisti, di pedoni in procinto di attraversare la strada, ecc. L'auto potrebbe indicare al guidatore, in tempo reale, il limite di velocità appropriato date tali condizioni. A tal punto non avrebbe più senso avere *ex ante* delle regole generali sui limiti di velocità. Le regole sarebbero individualizzate, per ogni guidatore *hic et nunc* tenuto conto del complesso di informazioni di cui sopra. In date condizioni sarebbe lecito superare i 50 km

[10] Su questo problema teorico (incontrato da ogni forma di riduzionismo) v. il cap. 8 di C.G. Hempel, *Philosophy of Natural Science*, Upper Saddle River, 1966.

[11] Vedi J. Ferrer Beltrán, *La valutazione razionale della prova*, Milano, 2012, 87 ss., nonché, per l'importanza degli standard di prova e di una loro chiarificazione, J. Ferrer Beltrán-G. Tuzet, *Sulla necessità degli standard di prova per la giustificazione delle decisioni giudiziali*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 18, 2018, 455 ss.

orari in un centro urbano, per esempio, o non lecito superarli al di fuori di esso.
Se situazioni come quella appena descritta non fossero una curiosa eccezione ma divenissero il modo standard con cui il diritto guida *ex ante* la condotta, allora l'uso delle tecnologie avrebbe radicalmente modificato la regolazione giuridica. C'è già una teorizzazione in questo senso[12].
Un fenomeno analogo è quello della paventata "giustizia predittiva", cioè dell'uso di algoritmi per formulare predizioni sulla condotta criminale degli individui e applicare le opportune misure giuridiche qualora si prevedano reati. In particolare, certi algoritmi sono stati utilizzati per determinare il rischio di recidiva criminale. Tali algoritmi operano a partire da una serie di indici (il tipo di persona, le condizioni in cui versa, il tipo di reato, ecc.) con cui calcolano tale rischio. L'uso di questi strumenti ha suscitato, comprensibilmente, preoccupazioni e resistenze. Una delle obiezioni verte sulla non neutralità di tali tecnologie, in quanto queste incorporerebbero i pregiudizi di chi le crea. Se chi le crea ha un pregiudizio razziale e ritiene per ciò stesso che la probabilità di una recidiva sia più alta in una persona di colore rispetto ad altre, il sofisticato algoritmo che verrà messo a punto incorporerà tale pregiudizio. Un'altra obiezione è sulla non trasparenza del modo in cui funzionano questi strumenti, specie quando sono forniti da compagnie private che ne detengono legalmente il segreto.
C'è poi da segnalare che anche di questi strumenti si dovrebbero determinare i tassi d'errore, con la complicazione che l'oggetto stesso dei responsi offerti in questo contesto è in termini di *rischio*. Non ci sono i falsi negativi e i falsi positivi che affettano un test diagnostico, dove la malattia c'è o non c'è. Qui si formulano responsi sul rischio di recidiva, o su cose come la pericolosità sociale dell'individuo. L'individuo potrebbe essere pericoloso ma non fare poi nulla, o non esserlo ma poi fare qualcosa di criminale. L'algoritmo non dice cioè che Tizio commetterà un crimine o che non lo commetterà, ma che un suo futuro crimine ha una certa probabilità. Come si determinano i tassi d'errore quando l'oggetto stesso del responso è una probabilità? E non è tutto. Sotto il profilo metodologico si possono, in linea di principio, contare i casi in cui soggetti che l'algoritmo non ha considerato come pericolosi commettono poi un reato; così facendo si misurano i falsi negativi. Ma se gli individui considerati come pericolosi vengono soggetti a una misura restrittiva della libertà, come facciamo a sapere se avrebbero o non avrebbero commesso il crimine che è stato predetto a un certo grado di probabilità? In breve, non possiamo misurare i falsi positivi se i soggetti sono in galera[13].
C'è peraltro una specie di schizofrenia fra i fenomeni considerati in quest'ultima parte del presente lavoro. Da un lato abbiamo le spinte alla personalizzazione delle regole grazie alle tecnologie di raccolta dati e agli algoritmi che li elaborano; dall'altro c'è l'uso spersonalizzante degli algoritmi nel settore della giustizia predittiva, se è vero che essi operano sulla base di indici che tradiscono dei pregiudizi e non tengono conto delle reali condizioni dei soggetti considerati. Ma forse è solo una questione di qualità. I

[12] Vedi la discussione ospitata dalla *University of Chicago Law Review* nel secondo fascicolo del volume 86, fra cui O. Bar-Gill, *Algorithmic Price Discrimination When Demand Is a Function of Both Preferences and (Mis) perceptions*, ivi, 2019, 217 ss. e O. Ben-Shahar-A. Porat, *Personalizing Mandatory Rules in Contract Law*, ivi, 2019, 255 ss.

[13] Sulla questione v. più ampiamente O. Di Giovine, *Ripensare il diritto penale attraverso le (neuro-)scienze?*, cit., 21-24.

buoni algoritmi (anche nella giustizia predittiva) sono quelli che massimizzano l'individualizzazione del risultato, tenendo conto di tutte le informazioni rilevanti.

Per esaurire questo ampio spettro di considerazioni mi sia concesso tornare sulla metafora che ho lasciato in sospeso, l'algoritmo come *pastore del giudice*[14]. Le discussioni sull'uso di algoritmi in ambito giuridico e giudiziale sono spesso viziate da una polarizzazione, fra chi li ritiene sommamente utili e caldeggia un largo impiego dell'intelligenza artificiale in ambito giuridico e chi li ritiene funesti e difende la tradizionale autonomia del decisore umano. I primi aggiungono spesso considerazioni di economia processuale, sui vantaggi dell'uso di algoritmi in termini di tempo e costi processuali. I secondi insistono su alcune delle obiezioni ricordate sopra (una su tutte: chi programma i programmi?) e confidano nelle tradizionali capacità di discernimento e giudizio umano, fra cui l'attenzione per le particolarità di ogni singolo caso e non ultimo il senso di equità. Ora, se la polarizzazione giunge al punto di presentare una secca alternativa, fra algoritmi che sostituiscono i giudici e giudici che non usano algoritmi, si tratta evidentemente di un punto morto. Anziché discutere di un'alternativa secca e postulare una dicotomia fra decisione umana e decisione automatizzata si dovrebbe più fruttuosamente ragionare intorno alle possibilità di un'interazione fra algoritmi e decisori umani.

Una possibilità che mi pare a portata di mano è quella di utilizzare gli algoritmi come strumenti informativi, a supporto della decisione umana. L'algoritmo, sulla base dei dati disponibili, offrirebbe una risposta alla domanda rilevante (qual è il rischio di recidiva?); dopodiché spetterebbe al giudice umano prendere una decisione nel merito. In altre parole, il giudice deciderebbe *sentito l'algoritmo*. Il responso dell'algoritmo non sarebbe vincolante, sarebbe un supporto informativo alla decisione del giudice, che rimarrebbe libero e responsabile di soppesare le variabili conosciute, considerare le particolarità del caso, ecc. Insomma in questa prospettiva l'algoritmo non sostituisce il giudice in carne e ossa ma lo aiuta. Questa è la strada che mi sembra più promettente e che prevedibilmente verrà intrapresa dai nostri sistemi giuridici – almeno per i casi di una certa importanza, se è vero che le questioni di minor conto possono essere affidate all'intelligenza artificiale.

Ma occorre un molteplice *caveat*. Ancora una volta, ricordiamo che occorre trasparenza su chi crea gli algoritmi e come; occorrono garanzie sulla loro attendibilità e controlli sulla presenza di possibili pregiudizi. Inoltre occorre notare che l'impiego degli algoritmi qui prospettato rinnoverebbe il problema del rapporto fra giudice e prova esperta. Abbiamo detto che nel loro miglior utilizzo gli algoritmi si prestano a supportare la decisione umana, come forme di aiuto o di guida. Ma in che termini potrebbe il giudice allontanarsi dal responso della macchina? Quando sarebbe giustificato farlo? Nello scenario che ho brevemente descritto il giudice rimane libero e responsabile della decisione. Ma perché decidere diversamente da come suggerisce l'algoritmo? Sulla base dell'impressione che le circostanze del caso giustificano un esito diverso? Assumendo che l'algoritmo non sia viziato dai problemi di cui sopra e abbia superato gli eventuali

[14] L'idea mi è venuta ascoltando Fabrizio Fracchia richiamare il tema heideggeriano dell'uomo come pastore dell'essere (in occasione della tavola rotonda su studi giuridici e tecnologia coordinata da Oreste Pollicino, all'Università Bocconi, il 19 ottobre 2019). Ma riflettendoci la metafora heideggeriana riguarda l'uomo come *custode* dell'essere, mentre la mia concerne l'algoritmo come *guida* della decisione giudiziale.

test di affidabilità, perché disconoscerne la guida? Perché non seguire il buon pastore?

La tutela penale del sentimento religioso dopo la novella: il caso Oliviero Toscani*

Natascia Marchei

Abstract

Con la legge n. 85/2006 il legislatore ha modificato i reati che tutelavano il sentimento religioso collettivo (artt. 402-406 c.p.). La legge di modifica, in particolare, non ha riprodotto l'art. 402 che puniva il vilipendio generico. Quest'ultima, poiché era la fattispecie più ampia e indeterminata, poneva maggiori questioni di compatibilità con l'art. 21 della Costituzione. La giurisprudenza successiva alla novella interpreta le nuove norme con tale ampiezza da ripristinare di fatto l'art. 402 c.p.

By law no. 85/2006 the Italian legislator modified criminal law provisions intended to protect collective religious feelings (Arts. 402-406 of the Italian Criminal Code). In particular, the new law has not confirmed the pre-existing Art. 402 of the Criminal Code, which provided for the generic crime of blasphemy. Insofar as the latter crime was characterised for its broad definition and scope, it raised serious questions of consistency with Art 21 of the Italian Constitution. However, the modifications introduced by law no. 85/2006 have been interpreted so leniently in subsequent case law that the old Art. 402 has been re-introduced as a matter of fact.

Sommario

1. Premessa - 2. Brevi cenni all'impianto del Codice Rocco - 3. La novella del 2006 e la tutela delle confessioni religiose - 4. La giurisprudenza successiva alla novella: il caso Oliviero Toscani.

Keywords

tutela penale sentimento religioso - reati di vilipendio - confessioni religiose- libertà di espressione - diritto penale

1. Premessa

Il Tribunale di Milano ha recentemente condannato Oliviero Toscani per vilipendio nei confronti della religione cattolica (artt. 403 e 404 c.p.) a seguito di alcune affer-

* Su determinazione della direzione, il contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo in conformità all'art. 15 del regolamento della Rivista

mazioni offensive ai danni della Chiesa, dei preti, dei cattolici e, altresì, di alcuni Papi, proferite dal noto fotografo nel corso di un'intervista trasmessa nel programma radiofonico «la Zanzara» nel 2014.

Tra le affermazioni giudicate vilipendiose presentano una particolare carica offensiva che i preti che gestiscono collegi siano generalmente abusatori di bambini, che la Chiesa cattolica sembri un club sadomaso, in ragione dell'iconografia cattolica presente nelle chiese, che i cattolici siano legati ai crimini nazisti e all'Olocausto degli ebrei e che Giovanni Paolo II sia un «assassino» per avere contrastato l'utilizzo del preservativo nonostante la presenza dell'AIDS in Africa.

La sentenza di condanna offre l'occasione per tornare ancora a riflettere sugli artt. 403[1] e 404[2] c.p., così come novellati nel 2006, e sulla loro interpretazione da parte della giurisprudenza di merito e soprattutto di legittimità.

Con la legge n. 85 del 24 febbraio 2006 di «Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione», il legislatore è intervenuto su un cospicuo numero di articoli del codice Rocco riferibili ai così detti "reati di opinione", che, in aderenza all'impianto fascista del codice del 1930, punivano come reati comportamenti riconducibili a mere manifestazioni del pensiero e dunque potenzialmente scriminabili in forza dell'esimente dell'esercizio di un diritto (art. 51 c.p.)[3].

Lo scopo della novella, espressamente dichiarato a più riprese nel corso dei lavori preparatori, era quello ridurre gli spazi di punibilità delle vecchie fattispecie di reato e/o di sostituire le pene previste come detentive con pene pecuniarie, soprattutto nell'ottica di limare le più evidenti incompatibilità con l'art. 21 della Costituzione[4].

Tra le norme oggetto della modifica erano compresi i reati posti a tutela del "sentimento religioso" (artt. 402-406 c.p.) - baluardo dello Stato fascista e soprattutto confessionista - che proteggevano, da offese e vilipendi[5], il patrimonio dogmatico e fidei-

---

[1] Art. 403 ("Offese a una confessione religiosa mediante vilipendio di persone"): «Chiunque pubblicamente offende una confessione religiosa, mediante vilipendio di chi la professa, è punito con la multa da euro 1.000 a euro 5.000. Si applica la multa da euro 2.000 a euro 6.000 a chi offende una confessione religiosa, mediante vilipendio di un ministro del culto».

[2] Art. 404 ("Offese a una confessione religiosa mediante vilipendio o danneggiamento di cose"): «Chiunque, in luogo destinato al culto, o in luogo pubblico o aperto al pubblico, offendendo una confessione religiosa, vilipende con espressioni ingiuriose cose che formino oggetto di culto, o siano consacrate al culto, o siano destinate necessariamente all'esercizio del culto, ovvero commette il fatto in occasione di funzioni religiose, compiute in luogo privato da un ministro del culto, è punito con la multa da euro 1.000 a euro 5.000.
Chiunque pubblicamente e intenzionalmente distrugge, disperde, deteriora, rende inservibili o imbratta cose che formino oggetto di culto o siano consacrate al culto o siano destinate necessariamente all'esercizio del culto è punito con la reclusione fino a due anni».

[3] Sui reati di opinione la dottrina è molto ampia e generalmente critica proprio in ragione della compatibilità delle fattispecie di reato con l'art. 21 della Costituzione. Si segnalano tra i molti C. Fiore, *I reati di opinione,* Padova, 1972; F. Mantovani, *I reati di opinione,* in *Il Ponte,* 1971, 206 ss. Più recentemente L. Alesiani, *I reati d'opinione. Una rilettura in chiave costituzionale*, Milano, 2006.

[4] Tale obiettivo risulta chiaramente dalla Relazione di Carolina Lussana sulle linee essenziali del progetto di legge: «Nel nostro ordinamento, al pari di quanto avviene negli altri Stati democratici, le opinioni devono avere una rilevanza penale solo se associate a fatti concreti e violenti».

[5] Sul concetto di vilipendio come atto del denigrare, disprezzare e "tenere a vile" la dottrina è molto ampia. Tra i primi commentatori M. Piacentini, *I delitti contro il sentimento religioso,* in *Giust. pen.,* II, 1935, 538 ss.; F. P. Gabrieli, *Delitti contro il sentimento religioso e la pietà verso i defunti*, Milano, 1961, 92 ss.

stico[6] della religione dello Stato e dei culti ammessi nello Stato[7].
Questi reati, soprattutto in ragione della sperequazione tra la tutela riservata alla religione dello Stato e quella riservata agli altri culti soltanto "ammessi" nello Stato, già avevano subito importanti interventi ablativi e modificativi da parte della Corte costituzionale a fare data dalla metà degli anni novanta del secolo scorso[8].
Gli interventi della Corte, dopo un lungo e tortuoso percorso[9], erano approdati ad una parificazione della tutela per (tutti) i culti, ma non ad un superamento della stessa sul presupposto, mai messo in discussione né dalla Corte costituzionale né dal legislatore, che il "sentimento religioso" fosse un bene meritevole di essere protetto penalmente.
Anzi, a dire della Corte, la *ratio* delle vecchie norme trovava nell'art. 19 della Carta un ulteriore sicuro fondamento costituzionale, posto che il sentimento religioso «quale vive nell'intimo della coscienza individuale e si estende anche a gruppi più o meno numerosi di persone» costituisce un corollario del diritto di libertà religiosa[10].
Il legislatore ha seguito, solo parzialmente, le indicazioni della Corte.
La novella, infatti, ha parificato la tutela per tutte le confessioni religiose ma non ha riprodotto l'art. 402 c.p. che era stato dichiarato incostituzionale nel 2000 per contrasto con gli artt. 3 e 8 Cost.[11].
L'omissione è tutt'altro che irrilevante posto che si tratta, come si vedrà nel prossimo paragrafo, della fattispecie di reato più ampia e indeterminata, così detta "a forma libera", che puniva ogni manifestazione di vilipendio perpetrato con qualsiasi mezzo espressivo contro la (sola) "religione dello Stato".
La scelta omissiva del legislatore del 2006 si discosta dalle indicazioni della Corte

---

[6] I reati di vilipendio si distinguevano da quelli che proteggevano l'onore e il decoro di singoli o di gruppi quali quelli previsti dagli artt. 594 e 595 c.p. Sul punto tra i molti E. Musco, *Bene giuridico e tutela dell'onore,* Milano, 1974; A. Manna, *Tutela penale della personalità,* Bologna, 1993. In relazione alle confessioni religiose S. Lariccia, *Il diritto all'onore delle confessioni religiose e dei loro fedeli,* in *Diritto dell'informazione e dell'informatica,* 3, 1986, 466 ss.

[7] Faceva eccezione l'art. 405 c.p. che, punendo le turbative e l'intralcio al regolare svolgimento di riti religiosi, tutelava non il sentimento religioso in sé e per sé ma la libertà collettiva di esercizio del culto.

[8] La prima sentenza, parzialmente ablativa, è la sentenza C. Cost., 18 ottobre 1995, n. 440 in relazione al reato di bestemmia (art. 724, c. 1, oggi depenalizzato).

[9] Sul percorso della giurisprudenza costituzionale sia consentito il rinvio a N. Marchei, "*Sentimento religioso" e bene giuridico. Tra giurisprudenza costituzionale e novella legislativa,* Milano, 2006, 83 ss.

[10] Così già C. Cost., 14 febbraio 1973, n. 14 e C. Cost., 8 luglio 1975, n. 188 in cui si legge: «il sentimento religioso, quale vive nell'intimo della coscienza individuale e si estende anche a gruppi più o meno numerosi di persone legate tra loro dal vincolo della professione di una fede comune, è da considerare tra i beni costituzionalmente rilevanti, come risulta coordinando gli artt. 2, 8 e 19 Cost.». L'affermazione è confermata dalla giurisprudenza più recente: C. Cost., 14 novembre 1997, n. 329 che definisce il sentimento religioso un corollario del diritto di libertà religiosa: «la protezione del sentimento religioso è venuta ad assumere il significato di un corollario del diritto costituzionale di libertà di religione, corollario che, naturalmente, deve abbracciare allo stesso modo l'esperienza religiosa di tutti coloro che la vivono, nella sua dimensione individuale e comunitaria». Questo assunto è criticato dalla maggior parte della dottrina che nega al sentimento religioso rilievo costituzionale: così D. Pulitanò, *Spunti critici in tema di vilipendio della religione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1969, 229-230, che non riconosce l'esistenza di un diritto al rispetto delle proprie concezioni religiose, che non potrebbe ricavarsi dal riconoscimento dei diritti inviolabili o della pari dignità degli uomini: anzi l'attacco delle concezioni ideali dei consociati «è condizione imprescindibile di un'effettiva libertà di espressione» (230).

[11] C. Cost., 20 novembre 2000, n. 508.

costituzionale che, come si è visto, aveva ribadito più volte la meritevolezza del bene giuridico tutelato e invitato il legislatore a estenderne la tutela a tutti i culti, nel rispetto del principio di eguale libertà delle confessioni e di eguaglianza dei singoli senza distinzione di religione[12].
Si deve, dunque ritenere che la *ratio* di ridurre gli spazi di punibilità dei reati di opinione abbia prevalso sulle ragioni e sui moniti della Corte e abbia indotto il legislatore a *i*) non riproporre proprio la fattispecie che aveva una portata più ampia e quindi più lesiva della libertà di pensiero, vale a dire l'art. 402, e *ii*) riformulare i reati che punivano vilipendi specifici perpetrati attraverso il vilipendio di persone e cose (artt. 403 e 404) e il reato che puniva il turbamento di funzioni religiose (art. 405).

2. Brevi cenni all'impianto del Codice Rocco

Al fine di meglio comprendere la portata e le ragioni della novella è necessario premettere brevi cenni sull'impianto originario del codice Rocco in materia.
Gli artt. 402, 403, 404 e 406[13] c.p. nella loro originaria formulazione proteggevano da offese e vilipendi il sentimento religioso collettivo degli appartenenti alla religione dello Stato[14] e dei culti ammessi[15] (nello Stato).
Essi erano strutturati come fattispecie poste a tutela dei contenuti dogmatici e fideistici di collettività religiose nelle quali il titolare del bene protetto non era un singolo ma un ente portatore degli interessi degli appartenenti[16].
La protezione del singolo rimaneva sullo sfondo anche nelle fattispecie, come il vecchio (ed il nuovo) art. 403 c.p., nelle quali si puniva l'offesa al gruppo religioso perpetrata attraverso il vilipendio del credente o del ministro di culto.
In questi reati, definiti plurioffensivi in quanto posti a tutela e dell'onore del singolo oggetto del vilipendio e dei principi confessionali del gruppo[17], il secondo aspetto era prevalente sul primo e la tutela del singolo, credente o ministro di culto, era funzionale a quella della confessione/collettività.

[12] Così, da ultimo, anche C. Cost., 20 novembre 2000, n. 508, proprio in relazione all'art. 402 c.p.

[13] Completava la tutela del sentimento religioso l'art. 724, comma primo c.p. che puniva la bestemmia contro la sola religione dello Stato. Il reato è stato depenalizzato nel 1999 dopo un intervento parzialmente ablativo della Corte costituzionale (C. Cost., 18 ottobre 1995, n. 440).

[14] L'art. 1 del Trattato Lateranense, stipulato nel 1929 tra lo Stato italiano e la Chiesa cattolica, conteneva una vera e propria qualificazione formale della cattolica come "religione dello Stato".

[15] I culti ammessi erano tutti quei culti, diversi dalla religione cattolica, "ammessi" a vivere nell'ordinamento. L'ammissione, per espressa previsione dell'art. 1 della l. 1159/1929 (legge sui culti ammessi), era condizionata alla professione di principi ed all'esercizio di riti non contrari all'ordine pubblico ed al buon costume. I culti "ammessi" erano, dunque, un sottoinsieme di tutti i culti che vivevano nell'ordinamento ed erano oggetto di una disciplina di stampo giurisdizionalista ed illiberale che sopravvive ancora oggi nelle sue linee essenziali – pur depurata dalla Corte costituzionale delle più evidenti contraddittorietà con la Carta – e che regola, oggi, la condizione giuridica di tutte le confessioni che non hanno ancora stipulato un'intesa.

[16] Sulla diversa tutela prevista dal codice Zanardelli, del 1889, si veda P. Siracusano, *I delitti in materia di religione. Beni giuridici e limiti dell'intervento penale,* Milano, 1983, 37 ss.; A. Consoli, *Il reato di vilipendio della religione cattolica,* Milano, 1957, 40 ss.

[17] Tra i molti P. Siracusano, *op. ult. cit.*, 104 ss.

Le collettività richiamate erano la religione cattolica che, in forza dell'art. 1 del Trattato Lateranense, era divenuta a tutti gli effetti la religione dello Stato ed i culti diversi dal cattolico, esistenti sul territorio che, in quanto "graditi" (o meglio non sgraditi) al potere, erano "ammessi" nello Stato.
Sia l'una che gli altri erano protetti soprattutto in ragione della loro corrispondenza o vicinanza con i fini e gli interessi statali.
In quest'ottica appariva ragionevole la scelta del legislatore di prevedere il reato di vilipendio diretto o generico (art. 402) solo a protezione della religione dello Stato[18].
La norma puniva qualsiasi offesa, indipendentemente dal mezzo utilizzato, ai contenuti della religione cattolica, generalmente intesa, ai suoi dogmi, ai suoi principi, ai suoi riti[19].
La tutela "a tutto campo" dell'art. 402 prevista per la sola religione dello Stato era utilizzata dalla Corte di Cassazione penale (anche dopo l'entrata in vigore della Carta costituzionale e fino ad almeno gli anni sessanta del secolo scorso) per limitare, attraverso un'interpretazione a dire poco estensiva del concetto di vilipendio, il diritto di proselitismo dei culti diversi dal cattolico, benché questo fosse espressamente garantito dall'art. 19 Cost.[20].
La giurisprudenza penale, infatti, riteneva integrasse un vilipendio punibile qualsiasi critica non motivata, sommaria, irriguardosa o, comunque, scomposta e priva di supporto scientifico[21].
Non stupisce che una norma di una tale portata non fosse prevista a favore dei "culti ammessi", protetti (e con reati che prevedevano una pena diminuita: art. 406 c.p.) solo nei confronti di vilipendi così detti "qualificati" o "indiretti", ossia realizzati attraverso offese dirette a persone legate da uno speciale rapporto con il culto (fedeli o ministri di culto) od a cose materiali oggetto di culto in luoghi specifici (artt. 403 e 404 c.p.)[22].
Sia le persone sia le cose, oggetti materiali del reato, rilevavano in quanto emblemi o simboli o esternazioni della confessione oggetto di tutela.
Gli oggetti dell'azione vilipendiosa rappresentavano solo un tramite per colpire la confessione alla quale erano intimamente legati per esserne concrete espressioni.
In questo quadro, si riteneva coerentemente che l'art. 403 potesse essere applicato solo nei casi in cui le persone offese fossero determinate o determinabili – con esclusione,

[18] Art. 402 c.p. ("Vilipendio della religione dello Stato"): «Chiunque pubblicamente vilipende la religione dello Stato è punito con la reclusione fino a un anno».

[19] La dottrina maggioritaria sosteneva che l'oggetto di tutela "religione dello Stato", comprendesse il "patrimonio dogmatico", le "credenze fondamentali", i "sacramenti" e i "riti" della religione dello Stato, quale entità ideale: cfr. E. Florian, *Delitti contro il sentimento religioso e la pietà dei defunti. Delitti contro la libertà individuale. Titolo IV e titolo XII del libro II del codice penale,* Milano, 1936, 203; V. Manzini, *Trattato diritto penale italiano secondo il codice del 1930*, vol. VI, *Delitti contro la religione e i defunti; contro l'ordine pubblico, contro l'incolumità pubblica e contro la fede pubblica*, Torino, 1935,13; F.P. Gabrieli, *op. cit.,* 95 ss.

[20] Sulla differenza tra atto di proselitismo, critica e vilipendio, si veda J. Pasquali Cerioli, *Propaganda religiosa. La libertà silente,* Torino, 2018, 134 ss.

[21] Si vedano tra le molte Cass. pen., sez. III, 6 giugno 1961, n. 1734, in *Arch. ric. giur.,* III, 1962, 16 ss., con nota di A.C. Jemolo, *In tema di vilipendio,* 19 ss. e Cass. pen., sez. III, 20 febbraio 1967, n. 313, in *Giur. it.,* I, 1967, 273 ss.

[22] In realtà a favore dei culti ammessi era previsto, altresì, il reato di turbamento di riti religiosi (art. 405 c.p.) ma anche per questo reato le pene erano diminuite in forza dell'art. 406 c.p.

quindi, di una collettività di persone interminate o interminabili quali una confessione religiosa[23] – e che l'art. 404 fosse invocabile solo se la cosa fosse materiale e presente al momento della commissione del reato[24].

3. La novella del 2006 e la tutela delle confessioni religiose

In questo quadro normativo, a conclusione dei numerosi interventi della Corte costituzionale che aveva già provveduto a parificare la tutela dei culti e a dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 402 c.p.[25], si inserisce la legge n. 85 del 24 febbraio 2006 di modifica di tutte le norme del capo I del titolo IV del libro II del codice (artt. 402-406)[26].
La prima modifica è persino scontata: tutti gli articoli novellati non tutelano più né i culti ammessi né la religione dello Stato ma genericamente le "confessioni religiose".
Con l'entrata in vigore della Carta costituzionale, infatti, è introdotto il principio di eguale libertà di tutte le confessioni religiose (art. 8, primo comma Cost.) che impone al legislatore repubblicano di sostituire l'arcaico termine di culti ammessi e quello, superato, di religione dello Stato con l'espressione, costituzionalmente orientata, di "confessioni religiose", anche alla luce della circostanza che le condizioni di ammissibilità dei culti già previste dall'art. 1 della legge sui culti ammessi non erano più in vigore per essere state abrogate dall'art. 19 Cost.
Il legislatore, dunque, conferma la connotazione collettiva della tutela ma amplia il novero dei destinatari: i culti ammessi tutelati dal codice Rocco erano un sottoinsieme – determinato o determinabile – di tutte le confessioni religiose presenti nel paese, il riferimento alle "confessioni religiose" *sic et simpliciter* non consente, di contro, il ricorso a criteri distintivi o identificativi, tutte sono tutte.
L'estensione a tutte le confessioni religiose riapre, inoltre, il mai risolto problema della definizione di "confessione religiosa", che, in materia penale si presenta, se possibile, ancora più delicato.
Come è noto, la dottrina, sul punto, è ancora divisa, mentre la Corte costituzionale si è limitata a individuare alcune fonti autorevoli per la rilevazione della confessionalità

[23] D. Pulitanò, *op. cit.,* 196. Si veda Trib. Venezia, 10 marzo 1992.

[24] Si veda F. Basile, *Commento agli artt. 403 ss.*, in E. Dolcini-G. Marinucci (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2015, *sub* art. 404. L'Autore scrive che la cosa-oggetto di vilipendio o danneggiamento deve essere individuata nella sua materialità, e deve essere realmente presente al momento dell'offesa; in caso contrario, l'applicazione dell'art. 404 equivarrebbe a riesumare la fattispecie di vilipendio diretto della religione, non mediato, cioè, da un'aggressione alle cose.

[25] La Corte dichiara l'incostituzionalità dell'art. 402 c.p. per contrasto con gli artt. 3 e 8 Cost. Esclude di poter parificare la tutela estendendo il reato anche a favore degli altri culti poiché a ciò osta il principio di riserva di legge in materia penale: così C. Cost., 20 novembre 2000, n. 508, cit.

[26] F. Basile, *Commento agli artt. 403 ss.*, cit.; tra i primi commenti si veda A. G. Chizzoniti, *La tutela penale delle confessioni religiose: prime note alla legge n. 85 del 2006 «Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione»*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica,* 2, 2006, 437 ss. Più recentemente F. Basile, *I delitti contro il sentimento religioso: tra incriminazione dell'opinione e tutela della libertà di manifestazione del pensiero*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale,* rivista telematica, 20, 2018.

di un gruppo[27].
Non è certo questa la sede per analizzare il problema, neppure nelle sue linee essenziali. Qui è sufficiente ricordare che la definizione di "confessione religiosa" è stata efficacemente ritenuta una coperta troppo corta perché qualsiasi tentativo sfocia in un vicolo cieco: o si definisce troppo rischiando di irrigidire il concetto sulla fisionomia delle confessioni più note e presenti nel paese da lungo tempo, a scapito dei gruppi di nuova formazione, o non si definisce nulla rischiando di connettere esclusivo rilievo alla mera autoqualificazione del gruppo (è confessione religiosa quella che si definisce tale) già ritenuta insufficiente dalla Corte costituzionale[28].
Per uscire dall'*impasse* si è ritenuto che una definizione "forte" di confessione possa valere per identificare i soggetti beneficiari di speciali normative di favore (ad esempio in materia fiscale o di edilizia di culto) mentre una definizione "debole" potrebbe valere per identificare i soggetti destinatari dei diritti costituzionali di libertà. Non è facile stabilire a quale delle due definizioni si debba attingere in materia penale anche se, probabilmente, lo stretto legame, più volte ribadito dalla Corte tra tutela penale del sentimento e libertà religiosa, dovrebbe far propendere per una definizione quantomai debole[29].
L'ampliamento della tutela a tutte le confessioni, dunque, in assenza di precisi criteri discretivi e di definizioni certe rende del tutto indeterminati ed indeterminabili i destinatari ultimi della tutela. L'indeterminatezza è aggravata dalla circostanza che, per espressa previsione della Carta costituzionale, le confessioni non sono obbligate a darsi un'organizzazione, uno statuto o a dotarsi di un ente esponenziale dotato di soggettività giuridica separata da quella dei singoli fedeli, esse, con le parole della Corte, possono decidere di restare delle «semplici comunità di fedeli»[30] prive di organizzazione nelle quali anche stabilire il legame di appartenenza con i fedeli potrebbe risultare tutt'altro che agevole.
La legge di modifica, peraltro, bilancia l'ampliamento e l'indeterminatezza dei destinatari della tutela con la mancata riproduzione del vecchio art. 402.
Nella novella le offese alle confessioni religiose sono punite solo se sono perpetrate tramite vilipendio di persone determinate o cose materiali (nuovi art. 403 e 404).
Nelle intenzioni del legislatore, dunque, nessuna tutela dovrebbe essere più prevista per il patrimonio dogmatico dei gruppi religiosi, in assenza di offese a persone o cose: la necessaria presenza di oggetti mediati e specifici (le persone e le cose) stempera l'indeterminatezza del destinatario ultimo della tutela.
È appena il caso di aggiungere che, nei nuovi articoli, in ossequio alla *ratio* della novella, la pena detentiva è prevista solo per i vilipendi perpetrati con danneggiamento di cose (art. 404, comma secondo) e per il reato di turbamento di funzioni religiose (art. 405 c.p.) posto che solo in questi due casi l'azione criminosa non si estrinseca in una

[27] Così C. Cost., 27 aprile 1993, n. 195 che parla di precedenti riconoscimenti pubblici, dello statuto che ne esprima chiaramente i caratteri, o comunque della comune considerazione.

[28] Così C. Cost., 19 novembre 1992, n. 467.

[29] Si veda per tutti G. Casuscelli, *Ancora sulla nozione di "confessione religiosa": il caso Scientology*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica,* 3, 1998, 809.

[30] Così C. Cost., 27 aprile 1995, n. 195.

mera espressione del pensiero.
Per tutte le altre fattispecie di vilipendio è prevista la sola pena pecuniaria.

4. La giurisprudenza successiva alla novella: il caso Oliviero Toscani

La giurisprudenza successiva all'entrata in vigore della novella è piuttosto esigua ma sufficiente per individuare la tendenza, riconducibile soprattutto al giudice di legittimità, a interpretare con ampiezza le nuove fattispecie, fino a introdurre di fatto un "nuovo" art. 402 posto a tutela di tutte le confessioni religiose.
Le sentenze, con un istinto che potremmo definire conservativo, continuano a interpretare come vilipendi gli stessi comportamenti che qualificavano tali prima della novella ma invece di applicare l'art. 402, non più in vigore, applicano l'art. 403 e/o l'art. 404 c.p.
L'operazione di estensione del vilipendio generico a tutti i culti, peraltro, era già stata realizzata alla fine degli anni novanta del secolo scorso utilizzando allo scopo il reato di diffamazione che, già dalla metà degli anni ottanta, era ritenuto applicabile anche a collettività di persone indeterminate e indeterminabili quali le confessioni religiose[31].
Questa fattispecie di reato, che protegge l'onore quale bene della personalità, è stata infatti talvolta utilizzata per punire offese non solo alla reputazione del gruppo religioso ma, altresì, ai contenuti della religione.
È il caso del vilipendio alla confessione dei Testimoni di Geova, realizzato con «semplicistiche verbali aggressioni prive di supporto argomentativo/dialettico» nei confronti del credo religioso e diretto verso soggetti non specificamente individuati e, quindi collettivamente i fedeli della confessione, che è stato punito proprio facendo ricorso all'art. 595 c.p.[32].
Dunque, una parificazione di tutela tra culti verso l'alto era già stata realizzata dalla giurisprudenza prima della novella: il vilipendio ai culti ammessi, in assenza di offese dirette a persone determinate o determinabili, poteva essere punito, con una confusione tra gli oggetti di tutela, come diffamazione della confessione religiosa.
La giurisprudenza di legittimità più recente si inserisce in questo solco.
Più precisamente la Corte di Cassazione, nell'applicare l'art. 403 c.p., ritiene sufficiente che le offese «siano genericamente riferite alla indistinta generalità dei fedeli, tutelando la norma il sentimento religioso e non la persona (fisica o giuridica) offesa in quanto appartenente a una determinata confessione religiosa»[33].

[31] La Cassazione penale ha riconosciuto alle Comunità israelitiche italiane la qualifica di ente esponenziale degli interessi degli ebrei italiani e, come tale, soggetto passivo del reato di diffamazione. Legittimato ad agire sarebbe anche il singolo membro della Comunità "dovendosi ritenere il comune interesse della collettività ebraica, a differenza di quello generale per sua natura indivisibile, suscettibile di frazionamento e di considerazione individuale" (Cass. pen., sez. V, 16 gennaio 1986, n. 65, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1986, 458 ss., con nota di S. Lariccia, *Il diritto all'onore delle confessioni religiose e dei loro fedeli*, 466 ss.).

[32] Così Cass. pen, sez. V, 7 ottobre 1998, n. 12744, in *Diritto ecclesiastico,* II, 1999, 96 ss.

[33] Così Cass. pen., sez. III, 11 dicembre 2008, n. 10535 in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica,* 3, 2009,

L'art. 402, espunto dal legislatore è, quindi, ripristinato dalla giurisprudenza a tutela del "sentimento religioso" di tutti i fedeli di tutte le confessioni religiose[34].
Altro aspetto sul quale la giurisprudenza mostra una tendenza a dir poco conservativa è la configurazione del diritto di critica, sottoposto a limiti rigorosi che ricordano le sentenze degli anni cinquanta e sessanta del secolo scorso sul concetto di vilipendio della religione dello Stato interpretato estensivamente[35].
Si legge infatti nelle pronunce che

> «in materia religiosa, la critica è lecita quando si traduca nella espressione motivata e consapevole di un apprezzamento diverso e talora antitetico, risultante da una indagine condotta, con serenità di metodo, da persona fornita delle necessarie attitudini e di adeguata preparazione»

Sarebbe, invece, vilipendio il

> «giudizio sommario e gratuito" che "manifesti un atteggiamento di disprezzo verso la religione cattolica, disconoscendo alla istituzione e alle sue essenziali componenti (dogmi e riti) le ragioni di valore e di pregio ad essa riconosciute dalla comunità, e diventi una mera offesa fine a sé stessa»[36].

Il diritto di critica, dunque, per avere efficacia scriminante, richiede il possesso di specifiche competenze.
Esso non è alla portata di tutti ma solo di coloro che possiedono un bagaglio culturale e una preparazione scientifica che consenta di utilizzare nel contraddittorio argomenti adeguati al fine di confutare le ragioni altrui.
La critica è ridotta, nei fatti, ad una discussione tra dotti che ricorda la "discussione in materia religiosa" ritenuta libera anche nella legislazione fascista (art. 5 della legge sui culti ammessi) in assenza di diritti costituzionalmente garantiti[37].
Oltre allo spazio eccessivamente ristretto riservato all'operatività del diritto di critica si può notare, altresì, la scarsa coerenza sistematica delle due affermazioni della sentenza della Cassazione penale.
Tra una critica dotta, debitamente motivata e proferita da persona preparata e un'offesa fine a sé stessa che mostra solo disprezzo c'è un ampio spazio vuoto che può

1049 ss. Nello stesso senso, più recentemente, Cass. pen., sez. III, 7 aprile 2015, n. 41011. Entrambe in relazione ad offese alla religione cattolica.

[34] Anche se in realtà la maggior parte delle condanne è relativa a vilipendi alla religione cattolica. Alcune recenti pronunce di merito del Tribunale di Milano, relative ad offese (non alla religione cattolica ma) alla religione islamica negano tale conclusione proprio sul presupposto che il delitto di cui all'art. 403 c.p. richiede che «l'offesa sia rivolta a persone determinate che professano la religione o a un ministro di culto, non essendo sufficiente un epiteto offensivo rivolto alla generalità indifferenziata dei fedeli di un determinato credo o al credo religioso in quanto tale». Così Trib. Milano, sez. X, 10 luglio 2018, n. 8539; Trib. Milano, sez. V, 18 dicembre 2017, n. 12730. Entrambe in relazione ad offese alla religione islamica.

[35] Si vedano sul punto le note nn. 19 e 20.

[36] Cass. pen., sez. III, 13 ottobre 2015, n. 41044. Nello stesso senso Cass. pen., sez. III, 17 gennaio 2017, n. 1952. Tutte in relazione alla religione cattolica.

[37] Sul punto J. Pasquali Cerioli, *op. cit.*, 35 ss.

essere riempito da una critica accesa e superficiale ma non per questo offensiva, che ben potrebbe essere scriminata dall'art. 21 della Costituzione.
Negli anni cinquanta-sessanta del secolo scorso il concetto di vilipendio era interpretato in modo così ampio da comprendere qualsiasi critica immotivata, sommaria, priva di substrato scientifico e la giurisprudenza riteneva che i vilipendi non fossero espressioni del pensiero tutelate dall'art. 21 della Costituzione[38], oggi, di contro, si ritiene che anche le offese possano rientrare nell'ambito di tutela dell'art. 21 ma, nonostante il cambio di prospettiva, il diritto di critica[39] continua a essere riservato solo a persona «fornita delle necessarie attitudini e di adeguata preparazione».
Questa interpretazione, peraltro, mal si concilia anche con la giurisprudenza costituzionale che già negli anni settanta sosteneva che «la discussione su temi religiosi, così a livello scientifico come a livello divulgativo», «la confutazione pur se vivacemente polemica» e «l'espressione di radicale dissenso» fossero garantite dall'art. 21 Cost[40].
Un'interpretazione, costituzionalmente orientata, del diritto di critica in materia religiosa dovrebbe, dunque, comprendere asserzioni polemiche, forti, radicali e immotivate ma non per questo necessariamente vilipendiose.
Inoltre, è il caso di sottolineare che la scelta di sostituire la pena pecuniaria al posto della detentiva per le espressioni offensive è motivata nei lavori preparatori alla novella proprio in ragione dell'esiguità dello scarto tra i due beni-interessi in conflitto, vale a dire la libertà di pensiero da una parte e il sentimento religioso dall'altro[41].
L'affermazione che il bene protetto dalle norme sia solo di poco prevalente rispetto al bene della liberà manifestazione del pensiero sembra anch'essa non trovare riscontro nella giurisprudenza di legittimità.
Infatti, il diritto di critica, certamente riconducibile al diritto alla libera manifestazione del pensiero, benché sia valutato quasi alla stessa stregua del sentimento religioso, è

[38] Così C. Cost., 13 maggio 1965, n. 39: «è vero che il diritto di professare una religione e farne propaganda implica il diritto, ugualmente garantito dalla Costituzione, di manifestare il proprio pensiero su religioni diverse dalla propria e di farne oggetto di discussione, ma questo diritto non comprende il poter vilipendere la religione altrui, recando ad essa grave offesa e facendola oggetto di pubblico dileggio» e C. Cost., 8 luglio 1975, n. 188: «Il vilipendio, dunque, non si confonde né con la discussione su temi religiosi, così a livello scientifico come a livello divulgativo, né con la critica e la confutazione (…). Sono, invece, vilipendio, e pertanto esclusi dalla garanzia dell'art. 21 (e dell'art. 19), la contumelia, lo scherno, l'offesa».

[39] L'utilizzo dell'art. 21 come scriminante implica che esistano vilipendi che consistono in una manifestazione del pensiero e, dunque, sarebbero scriminati per essere esercizio di un diritto riconosciuto dalla Carta costituzionale e vilipendi che non consistono in una manifestazione del pensiero e, dunque, antigiuridici e, pertanto, punibili, dalla legge penale. Sulla difficoltà di individuare quali caratteristiche debba avere il vilipendio per non rientrare nell'ambito di operatività dell'art. 21 Cost. si veda D. Pulitanò, *op. cit.*, 241-242.

[40] Così C. Cost., 8 luglio 1975, n. 188, cit.

[41] Nella discussione sulle linee generali del progetto il relatore sostiene che «in questi casi, il bene giuridico protetto dalla norma vigente è parso comunque meritevole di tutela penale, nonostante le condotte non siano violente, estrinsecandosi in una forma di manifestazione del pensiero. (…) Ciò che si è corretta è stata la valutazione dell'entità di quanto un interesse debba essere ritenuto prevalente sull'altro; tale scarto non è stato ritenuto tale da giustificare la privazione della libertà personale dell'autore del reato». Così Caterina Lussana nella discussione sulle linee generali del progetto, cit., che spiga la ragione per la quale le pene detentive originariamente previste siano state commutate in pecuniarie.

interpretato, proprio in questa materia, come si è visto, con particolare ristrettezza.
Ora è evidente che una interpretazione così restrittiva impedisce che la circolazione delle idee possa avvenire attraverso una comunicazione diretta e poco "accademica" e di fatto esclude la materia religiosa dal libero confronto e dalla libera competizione delle idee[42].
La recente sentenza contro Oliviero Toscani si inserisce nel solco di questa giurisprudenza sia in relazione alla configurazione delle fattispecie di reato sia in relazione all'interpretazione restrittiva della scriminante del diritto di critica, anche se nel caso di specie le affermazioni del noto fotografo si presentavano dotate di una carica offensiva tale da poterle considerare «una mera offesa fine a sé stessa».
In primo luogo, l'art. 403 e altresì l'art. 404 sono invocati senza tentare di individuare i soggetti vilipesi e le cose materiali oggetto di offese.
La motivazione della sentenza è ricca di riferimenti e commenti alle parole di Oliviero Toscani. Essa ripercorre i tratti salienti dell'intervista del fotografo soprattutto al fine di farne rilevare gli aspetti di offensività senza soffermarsi a interpretare la portata delle norme applicate, la cui rilevanza del caso in esame è data per assodata.
Per quel che è dato di capire dalla frammentaria trascrizione dell'intervista, Oliviero Toscani ha offeso i preti che operano nei collegi, ritenuti indistintamente abusatori di bambini, ha offeso la Chiesa cattolica tacciata di essere un club sadomaso in ragione dell'iconografia cattolica presente nelle chiese (soprattutto il Cristo «attaccato» alla croce) e la più grande organizzazione maschilista e omosessuale (non è chiaro in che senso), ha offeso i cattolici tutti, associati ai crimini nazisti e all'Olocausto degli ebrei, e ha offeso Giovanni Paolo II apostrofato «assassino» per avere contrastato l'utilizzo del preservativo nonostante il dilagare dell'AIDS in Africa.
Ha poi offeso anche Papa Francesco e Benedetto XVI, ritenuti «rockettari fricchettoni» per avere organizzato la cerimonia di santificazione di Giovanni XXIII e Giovanni Paolo II.
Tra tutte queste affermazioni, delle quali è indubbia la portata offensiva, l'unica che soddisfi il requisito della determinatezza delle persone (fedeli o ministri di culto) oggetti materiali del vilipendio è l'ultima, rivolta ai due Papi «rockettari fricchettoni» e, forse, la penultima, rivolta a Giovanni Paolo II, che benché non più vivente[43] è persona determinata.
Tutte le altre sono destinate a persone o entità del tutto indeterminate e indeterminabili: tutti i preti, la Chiesa cattolica come istituzione, i cattolici generalmente intesi.
La sentenza non si preoccupa di identificare le altre persone fisiche offese oltre ai Papi e reintroduce, così, per tutte le altre offese senza oggetti materiali determinati, l'art. 402 c.p. sul vilipendio generico.
Un discorso simile si può fare per l'applicazione dell'art. 404 c.p., anch'essa sfornita di motivazione in merito all'individuazione delle cose vilipese.

---

[42] F. Finocchiaro, *Appunti in tema di vilipendio della Religione dello Stato e libera manifestazione del pensiero*, in *Giurisprudenza italiana,* IV, 1962, 38-39; A. C. Jemolo, *I problemi pratici della libertà*, Milano, 1961, 124, osserva come la protezione dei sentimenti comporti «fatalmente riduzione della libertà di critica, e quindi riduzione della libertà di polemica, che è una delle forme di diffusione delle proprie idee».

[43] Una parte della dottrina ritiene che le persone oggetto del vilipendio nell'art. 403 c.p. debbano essere anche viventi oltre che determinate: così F. Basile, *sub* art. 403 c.p., cit.

Il giudice afferma che «la truculenta quanto grossolana descrizione della figura del Cristo in Croce come di "uno attaccato" è già in sé una manifestazione di profondo disprezzo per i Valori del Cristianesimo».
La conclusione è indiscutibile nel merito ma non dà ragione del ricorso alla figura di reato richiamata che dovrebbe trovare applicazione solo nei casi di vilipendio di cose (legate alla confessione interessata) nella loro materialità, presenti al momento del compimento del reato.
Il Crocifisso vilipeso da Oliviero Toscani era un crocifisso ideale, astratto, proprio "il massimo simbolo esteriore ed insieme la massima sintesi teologica della religione professata" come dice il giudice.
Questo Crocifisso "simbolico" e offeso in quanto emblema di tutta l'iconografia cattolica e di tutto il cattolicesimo non può certo corrispondere alle cose oggetto di culto di cui all'art. 404 che sono materiali, determinate e, soprattutto, presenti nel momento in cui sono fatte oggetto di vilipendio.
Il giudice, che non a caso cita il «linguaggio propagandistico di un predicatore del fondamentalismo islamista» si è conformato alla sentenza del Tribunale di Padova che nel 2005, a cinque anni dalla dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 402, ha condannato in forza dell'art. 404 Adel Smith, musulmano, per aver qualificato durante una trasmissione televisiva il Crocifisso un «cadaverino o cadavere in miniatura»[44].
Il codice Rocco prevedeva due diversi vilipendi a tutela della religione dello Stato e dei culti ammessi proprio perché la tutela garantita ai secondi doveva essere meno ampia di quella garantita alla prima e limitata a casi di offese mirate, rivolte a oggetti specifici, cose materiali e persone determinate.
Ora, se le persone e le cose perdono le caratteristiche di determinatezza e materialità e diventano meri simboli astratti per indicare la religione offesa (i preti generalmente intesi, i cattolici, il Crocifisso) è evidente che il vilipendio perde la sua caratteristica di specificità e torna ad essere generico, vale a dire punito indipendentemente dalla circostanza che si rivolga a cose e persone, si punisce il vilipendio alla religione *sic et simpliciter*.
Questo vilipendio non esiste più perché non è stato riproposto dalla novella del 2006.
La scelta del legislatore non stupisce posto che la *ratio* della legge era proprio quella di restringere l'area della punibilità dei "reati di opinione" ad alcune fattispecie specifiche e definite e di abrogare le fattispecie troppo ampie e generiche e quindi maggiormente lesive del diritto alla libera manifestazione del pensiero.
È vero che la Corte costituzionale ha più volte ribadito che il bene "sentimento religioso" è un corollario del diritto di libertà religiosa[45] e come tale è certamente meritevole di tutela penale e che nel dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 402 per contrasto con gli artt. 3 e 8 della Costituzione ha formulato un (neanche troppo velato) invito al le-

[44] Trib. Padova, 14 giugno 2005. Diverso il caso deciso dal Trib. L'Aquila, 11 gennaio 2006 sempre contro Adel Smith, che aveva gettato un Crocifisso dalla finestra dell'ospedale in cui era ricoverata la madre. In quest'ultimo caso la cosa oggetto del vilipendio era materiale e presente al momento del fatto per cui l'applicazione dell'art. 404 era corretta.

[45] L'assunto è stato ampiamente criticato dalla dottrina che sostiene che il sentimento religioso non sia riconducibile all'ambito della libertà religiosa. Per una ricostruzione delle posizioni dottrinali sia consentito il rinvio a N. Marchei, *op. cit.*, 180 ss.

gislatore a ripristinare l'eguaglianza verso l'alto e, dunque, ad estendere la tutela contro il vilipendio generico a tutti i culti[46], ma non si può dimenticare che il legislatore, pur ribadendo la meritevolezza del bene "sentimento religioso", ha preso un'altra strada e ha ristretto il novero dei comportamenti punibili oltre a degradare la pena da detentiva in pecuniaria.

Questa giurisprudenza estensiva supera lo spirito della novella e amplia gli spazi di tutela del sentimento religioso addirittura oltre i limiti fissati dall'impianto originario del codice Rocco.

La sentenza commentata nel saggio (Trib. Milano, 22 luglio 2019) è reperibile a questo link

[46] Così C. Cost., 20 novembre 2000 n. 508, cit.

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

Abstract

L'applicazione della pena detentiva in relazione a reati di diffamazione a mezzo stampa si pone in violazione dell'art. 10 CEDU. Con la presente sentenza la Corte di Strasburgo ha chiarito che episodi di diffamazione, seppur caratterizzati da un contenuto molto grave, non rientrano nel concetto di "circostanze eccezionali" in grado di giustificare l'applicazione di una pena detentiva. Tali "circostanze eccezionali" rimangono così circoscritte alla fattispecie di "discorsi di odio o di incitamento alla violenza", in cui ricadono esclusivamente specifiche forme di espressione tra cui il razzismo, la xenofobia, l'antisemitismo, il nazionalismo e le discriminazioni nei confronti di minoranze.

The application of a custodial sentence in cases of libel is a violation of Art. 10 ECHR. In this judgment the Strasbourg Court has clarified that defamation cases, even if extremely serious in their contents, are not part of the "exceptional circumstances" that justify the application of a custodial sentence. Accordingly, "exceptional circumstances" are circumscribed to "hate speech or incitement to violence" cases, which include exclusively forms of expression manifesting racism, xenophobia, antisemitism, nationalism and discrimination against minorities.

Keyword

libertà d'espressione - diffamazione - pena detentiva - Corte europea dei diritti dell'uomo - *hate speech*

* Su determinazione della direzione, il contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo in conformità all'art. 15 del regolamento della Rivista.

1. Il principio

La Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso del 7 marzo 2019, *Sallusti c. Italia* (n. 22350/13) ha riscontrato una violazione dell'art. 10 CEDU nella condanna del direttore di un importante quotidiano nazionale ad un anno e due mesi di reclusione e a 5 mila euro di multa, oltre ad un risarcimento del danno di 10 mila euro, per omesso controllo e diffamazione aggravata. La Corte europea ha in tale modo ribadito che l'inflizione di una pena detentiva (benché sospesa) ad un giornalista colpevole di diffamazione costituisce una violazione del diritto alla libertà di espressione sancito dalla Convenzione.

2. Premessa: «l'esercizio della libertà di espressione comporta doveri e responsabilità»

Com'e noto, il testo dell'art. 10 CEDU tutela e valorizza la libertà di espressione nella sua accezione più ampia, riferendosi tanto alla libertà di espressione quanto a quella di informazione. Forse meno conosciuto è un passaggio che spesso ricorre nelle sentenze della Corte di Strasburgo intervenute sul tema: la libertà di espressione rappresenta la «condizione basilare per il progresso sociale e lo sviluppo umano»[1].
L'affermazione in termini così perentori di tale principio non impedisce, tuttavia, alla Corte di evidenziare come l'esercizio di tale libertà può ledere altri diritti altrettanto meritevoli di tutela, come la riservatezza e la reputazione. Fermo restando l'ampio riconoscimento della libertà di espressione, il par. 2 dell'art. 10 CEDU sottolinea, quindi, come «l'esercizio delle libertà di espressione, comporti doveri e responsabilità»: ciò significa imporre in capo al titolare del diritto una forma di autodisciplina, sulla base della tipologia del mezzo tecnico utilizzato e delle eventuali conseguenze collegate alla diffusione della comunicazione[2]. A questa forma di "autocontrollo", la Convenzione affianca la possibilità che le legislazioni nazionali introducano «formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni» individuate dalla legge[3] e volte a perseguire scopi espressamente individuati[4]. Tali ingerenze da parte degli Stati nazionali devono essere, comunque,

[1] CEDU, *Handyside c. Regno Unito*, ric. 5493/72 (1976). È possibile ritrovare tale affermazione anche nelle sentenze della nostra Corte costituzionale (C. Cost., 4 febbraio 1965, n. 9): «La libertà di manifestazione del pensiero è tra le libertà fondamentali proclamate e protette dalla nostra Costituzione, una di quelle anzi che meglio caratterizzano il regime vigente nello Stato, condizione com'è del modo di essere e dello sviluppo della vita del Paese in ogni suo aspetto culturale, politico, sociale».

[2] M. De Salvia, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2011, 241.

[3] Si veda, CEDU, *Sanoma Uitgevers B.V. c. Paesi Bassi*, [GC], ric. 38224/03 (2010); *Dupuis e altri c. Francia*, ric. 1914/02 (2007).

[4] Il comma 2 dell'art. 10 CEDU espressamente prevede l'utilizzo di «*misure restrittive*» necessarie in una società democratica per: a) tutelare la sicurezza nazionale; b) tutelare l'integrità territoriale; c) tutelare l'ordine pubblico; d) prevenire i reati; e) proteggere la salute; f) proteggere la morale; g) proteggere la reputazione o i diritti altrui; h) impedire la divulgazione di informazioni confidenziali; i) garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario. Si veda: C. Russo-P. M. Quaini, *La Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, Milano, 2006, i quali affermano che i limiti posti alla libertà di espressione sono volti alla tutela di specifici valori suddivisi in due macro-categorie: protezione dell'interesse generale e protezione dei diritti individuali.

necessarie[5] e proporzionali.
Storicamente, la maggior parte delle pronunce da parte della Corte EDU in tema di art. 10 CEDU è avvenuta su ricorsi presentati da persone condannate dai tribunali interni per condotte diffamatorie[6]. La Corte di Strasburgo si è trovata così, di norma, a valutare l'ingerenza statale attraverso un bilanciamento tra la libertà di espressione ed il diritto alla riservatezza e all'onore di cui all'art. 8 della Convenzione[7]. In particolare, l'orientamento costante dei giudici europei è stato quello di affermare come gli Stati membri abbiano il dovere, derivante dagli obblighi positivi dell'art. 8 CEDU, di disciplinare l'esercizio della libertà di espressione garantendo che la legge tuteli in modo adeguato la reputazione degli individui e, allo stesso tempo, salvaguardi il corretto svolgimento da parte degli organi di informazione del loro ruolo di sensibilizzazione dell'opinione pubblica contro ogni tipo di abuso da parte dei poteri pubblici.

3. La natura e gravità della sanzione imposta per condotte diffamatorie: la giurisprudenza europea

Le pronunce da parte dei Giudici di Strasburgo sui ricorsi presentati in relazione a condanne dei tribunali interni per condotte diffamatorie operano attraverso due fasi. In primo luogo, la Corte compie una valutazione in merito alla «necessità» dell'intervento statale volto alla limitazione di un diritto, la libertà di espressione, in favore del perseguimento di un fine, la tutela della riservatezza e della reputazione delle persone. In secondo luogo, la Corte valuta la fondatezza e la necessità dell'applicazione della misura restrittiva nel caso concreto[8].
Nel valutare la fondatezza e la necessità dell'ingerenza da parte della autorità nazionali nel limitare la libertà di espressione, i Giudici hanno costantemente evidenziato come tale ingerenza sia ammessa solo in quanto «necessaria in una società democratica»[9]. Tale «necessità» viene valutata attraverso una serie di criteri ricorrenti che vengono applicati ai singoli casi concreti: 1) il tipo di espressione controversa, ovvero se si tratti di un'affermazione di fatto o di un giudizio di valore[10]; 2) il ruolo nella società

[5] Sulla «necessità» dell'ingerenza da parte dello Stato, si veda: CEDU, *Cumpănă e Mazăre c. Romania*, ric. 33348/96 (2004).

[6] A. Gullo, *Diffamazione e legittimazione dell'intervento penale: contributo a una riforma dei delitti contro l'onore,* Roma, 2013.

[7] È il giudizio comparativo lo strumento utilizzato dalla Corte nelle pronunce riguardanti l'art. 10 della Convenzione, si veda: CEDU, *Handyside c. Regno Unito*, cit.

[8] M. Bernardini, *Ancora sul trattamento sanzionatorio del reato di diffamazione. Il caso Sallusti al vaglio della Corte Edu*, in *Diritti Comparati*, 17 giugno 2019.

[9] Si veda, *inter alia*: CEDU, *The Sunday Times c. Regno Unito*, ric. 6538/74 (1979); *Armellini e altri c. Austria*, ric. 14134/07 (2015). La Corte ha applicato questo criterio interpretativo nei casi in cui gli Stati membri hanno limitato la libertà di stampa poiché quest'ultima, nel ragionamento dei Giudici, svolge un ruolo centrale in una società democratica, ovvero informare le persone su questioni di interesse generale. Si veda anche: CEDU, *Flinkkila e altri c. Finlandia*, ric. 25576/04 (2010).

[10] In merito alla fondamentale distinzione tra fatti e giudizi di valore, si veda: CEDU, *Conceição Letria c. Portogallo*, ric. 4049/08 (2011); *"Vesti" e Ukhov c. Russia*, ric. 21724/03 (2013); *Mengi c. Turchia*, ric. 38787/07 (2012). Inoltre, si veda: CEDU, *Morar c. Romania*, ric. 25217/06 (2015); *Kania e Kittel c. Polonia*,

del ricorrente e della vittima diffamata[11]; 3) il fatto che le frasi diffamatorie riguardino o meno una materia di pubblico interesse[12]; 4) le circostanze del caso concreto ed il *background* in cui si situano le supposte affermazioni diffamatorie[13]; 5) le ragioni invocate dalle autorità nazionali per giustificare l'ingerenza[14]; 6) la natura e la gravità della sanzione imposta[15].

Il criterio della natura e della gravità della sanzione imposta è stato al centro di un ricco sforzo giurisprudenziale da parte della Corte[16], che si è più volte pronunciata anche in merito a ricorsi presentati nei confronti dell'Italia. Infatti, sebbene in linea di principio la fissazione delle pene sia un compito riservato ai giudici nazionali ed ogni Stato goda di un «margine di discrezionalità» nella scelta di limitare la libertà di espressione dei propri cittadini, la Corte EDU ha stabilito come la pena detentiva inflitta per un reato commesso nell'ambito dell'informazione a mezzo stampa sia compatibile con l'art. 10 solo «in circostanze eccezionali»[17].

Nell'interpretazione della Corte, in sede di controllo della proporzionalità della restrizione operata dall'Autorità nazionale è necessario verificare che la natura e la gravità della sanzione non siano tali da provocare un effetto deterrente, il cd. *chilling effect*, nei confronti del lavoro svolto dalla generalità dei giornalisti[18]. In questo senso, il precedente fondamentale in materia è rappresentato dalla sentenza *Cumpănă e Mazăre c. Romania*[19], ove la Grande Camera, modificando l'orientamento della sezione semplice, ha accertato la violazione dell'art. 10 CEDU in un'ipotesi di condanna di giornalisti

ric. 35105/04 (2011); *Ziembiński c. Polonia*, ric. 1799/07 (2012).

[11] In particolare, in merito al diritto di critica di un avvocato nei confronti del magistrato, si veda: CEDU, *Morice c. Francia*, [GC], ric. 29369/10 (2015) in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 2015, 1636; *Peruzzi c. Italia*, ric. 39294/09 (2015).

[12] CEDU, *Ojala e Etukeno Oy c. Finlandia*, ric. 69939/10 (2014); *Ruusunen c. Finlandia*, ric. 73579/10 (2014); *Kurier Zeitungsverlag e Druckerei GmbH c. Austria*, ric. 1593/06 (2012); *Couderc and Hachette Filipacchi Associés c. Francia*, [GC], ric. 40454/07 (2015).

[13] CEDU, *Hoffer e Annen c. Germania*, ricc. 397/07 e 2322/07 (2011). In senso opposto: CEDU, *Annen c. Germania*, ric. 3690/10 (2015).

[14] CEDU, *Ringier Axel Springer a.s. c. Slovacchia*, ric. 21666/09 (2014).

[15] Cfr. A. Gullo, *Diffamazione e legittimazione dell'intervento penale: contributo a una riforma dei delitti contro l'onore,* cit., 57 ss.

[16] Cfr. CEDU, *Cumpănă et Mazăre c. Romania*, cit.; *Ricci c. Italia*, ric. 30210/06 (2013); *Belpietro c. Italia*, ric. 43612/10 (2013). Per un'approfondita analisi della giurisprudenza della Corte EDU sul tema, si veda: A. Gullo, *Diffamazione e legittimazione dell'intervento penale. Contributo a una riforma dei delitti contro l'onore*, cit., 191 ss.

[17] Il *leading case* in merito al concetto di «circostanze eccezionali» è la pronuncia della Corte nel caso *Cumpănă et Mazăre c. Romania*, cit. Si veda, inoltre: CEDU, *Kydonis c. Grecia*, ric. 24444/07 (2009).

[18] CEDU, *Cumpănă e Mazăre c. Romania*, cit., § 114, 116; *Wille c. Liechtenstein*, [GC], ric. 28396/95 (1999), § 50; *Nikula c. Finlandia*, ric. 31611/96 (2002), § 54; *Goodwin c. Regno Unito*, ric. 17488/90 (1996), § 39; *Elci and Others c. Turchia*, ricc. 23145/93 e 25091/94 (2003), § 714. È importante evidenziare come nella prospettiva della Corte di Strasburgo, il rischio del cd. *chilling effect* è del tutto slegato dalla circostanza che poi la pena sia effettivamente eseguita. Come vedremo nel caso Sallusti, infatti, la Corte ha ripetutamente ravvisato violazione dell'art. 10 anche in casi in cui era stata concessa la sospensione condizionale della pena o era poi intervenuto un provvedimento di grazia: la sola previsione di determinate sanzioni può avere un effetto deterrente nei confronti della totalità dei giornalisti, violandone la libertà di manifestazione del pensiero.

[19] CEDU, *Cumpănă e Mazăre c. Romania*, cit.

per fatti di diffamazione a sette anni di reclusione – in una vicenda conclusasi poi con la concessione della grazia presidenziale. In quell'occasione, la Grande camera ha sottolineato con forza l'argomento "classico" del giornalista «cane da guardia»[20] della democrazia e l'effetto per l'appunto dissuasivo delle sanzioni detentive avuto riguardo all'esercizio della libertà di stampa – e ciò indipendentemente poi dal fatto che la pena non avesse avuto concreta esecuzione - , ammettendo, con una formula poi divenuta una costante della giurisprudenza sul punto, la compatibilità della sanzione della reclusione con la libertà convenzionale solo in casi eccezionali, quando altri diritti fondamentali possono essere seriamente lesi, come ad esempio nei discorsi di odio o di incitamento alla violenza[21].

Con riguardo, invece, al nostro Paese, non si può dimenticare la decisione nel caso *Belpietro c. Italia*[22]. L'allora direttore del quotidiano Il Giornale, era stato condannato a quattro mesi di reclusione, con pena sospesa, per aver omesso il controllo dovuto ai sensi dell'art. 57 c.p., su un articolo dal contenuto diffamatorio. La Corte di Strasburgo aveva ritenuto che «l'irrogazione in particolare di una pena detentiva ha potuto avere un significativo effetto dissuasivo», violando in questo modo l'art. 10 CEDU. In altre parole, la condanna del direttore ad una pena detentiva aveva rappresentato un'ingerenza talmente sproporzionata da parte dello Stato da provocare un effetto deterrente nei confronti della generalità dei giornalisti, che pur di evitare di subire conseguenze personali gravose da parte dei Tribunali statali sarebbero costretti ad autocensurarsi[23]. D'altra parte, nell'analisi della Corte di Strasburgo il caso di specie non coinvolgeva alcuna delle «circostanze eccezionali» che potessero giustificare l'applicazione di una sanzione così severa[24].

4. La pena detentiva per i reati di diffamazione nell'ordinamento italiano

Uno sguardo di insieme al panorama dei Paesi parte del Consiglio d'Europa mostra

[20] Si veda, a tal proposito: CEDU, *Goodwin c. Regno Unito*, cit., § 39; *Fatullayev c. Azerbaijan*, ric. 40984/07 (2010), § 88.

[21] Cfr. A. Gullo, *Diffamazione e pena detentiva*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 13 marzo 2016, 11.

[22] CEDU, *Belpietro c. Italia*, cit.

[23] Ciò può accadere anche quando la misura pecuniaria, a titolo di sanzione o risarcimento, sia considerata eccessiva, si veda: CEDU, *Riolo c. Italia*, ric. 42211/07 (2008); *Kasabova c. Bulgaria*, ric. 22385/03 (2011); *Bozhkov c. Bulgaria*, n. 3316/04 (2011); *Koprivica c. Montenegro*, ric. 41158/09 (2011). Inoltre, ciò accade quando qualunque altra conseguenza negativa sia ritenuta sproporzionata nei confronti del reato commesso, si veda *inter alia*: CEDU, *Smolorz c. Polonia*, ric. 17446/07 (2012). In quest'ultima pronuncia la Corte ha valutato come lesive della libertà di espressione di un giornalista le "scuse" pubbliche imposte allo stesso.

[24] CEDU, *Belpietro c. Italia*, cit. Dello stesso avviso anche la sentenza *Ricci c. Italia*, cit. Si veda a tal proposito: M. Castellaneta, *La libertà di stampa nel diritto internazionale ed europeo,* Bari, 2012, dove l'A. afferma che «per realizzare una completa conformità degli ordinamenti interni con i principi stabiliti da Strasburgo è necessario eliminare le misure limitative della libertà personale la cui presenza comporta un'automatica violazione della libertà di informazione»; si veda, inoltre, il commento alla sentenza Belpietro della medesima Autrice: *Caso Belpietro: illegittima la previsione del carcere anche se la condanna per diffamazione è corretta,* in *Guida dir.,* 42, 2013, 100.

come la diffamazione a mezzo stampa sia un reato previsto nella maggior parte degli ordinamenti statali[25]. Ciononostante, la linea di tendenza generale sembra quella della depenalizzazione e, in ogni caso, del ricorso sempre meno frequente all'applicazione di pene detentive[26].

In modo similare, la legislazione italiana prevede un trattamento sanzionatorio rigoroso per il reato di diffamazione a mezzo stampa[27], la cui applicazione ed effettiva esecuzione non è tuttavia caratterizzata dal medesimo grado di severità[28]. Si pensi, per esempio, che nel quadriennio 2012-2016 sebbene vi siano state venti condanne di giornalisti alla pena della reclusione, in solo due casi i giornalisti hanno effettivamente eseguito la pena in carcere o in regime di detenzione domiciliare[29].

Del resto, la giurisprudenza nazionale ha risposto ai solleciti provenienti da Strasburgo, in particolar modo in casi concernenti articoli di critica sia politica che giudiziaria, in maniera non univoca, come si vedrà nell'analisi del caso Sallusti.

Se in un primo momento la Corte di Cassazione ha fatto esplicito riferimento ai più noti precedenti del Giudice europeo per motivare a favore della sussistenza della scriminante invocata dal ricorrente[30], a partire dal 2013 in alcune pronunce la Suprema

---

[25] Dai dati del Consiglio d'Europa circa la metà dei Paese aderenti prevedono la pena detentiva per la diffamazione, in taluni casi anche molto elevata (fino a 5 anni di carcere in Germania e Slovacchia).

[26] E. Selvaggi, *Nota a Corte europea diritti dell'uomo, 28 giugno 2012, n. 15054, sez. V*, in *Cass. Pen.,* 1, 2013, 342; M. Bernardini, *op. cit.*

[27] L'art. 595 c.p. punisce la diffamazione "semplice" con la sanzione alternativa della reclusione fino a un anno o la multa fino a euro 1032. Il legislatore ha poi previsto ai commi 2, 3, 4 alcune ipotesi aggravate: se l'offesa consiste in un fatto determinato la pena è della reclusione fino a due anni o della multa fino a euro 2065; se è commessa con il mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità, ovvero in un atto pubblico, la pena aumenta ancora ed è della reclusione da sei mesi a tre anni o della multa non inferiore a euro 516. Nel caso in cui l'offesa sia recata ad un Corpo politico amministrativo o giudiziario, ad una sua rappresentanza o ad una Autorità costituita in collegio le pene sono aumentate di un terzo. Inoltre, esiste un'ulteriore aggravante ai sensi dell'art. 13 della legge n. 47 del 1948 ("legge stampa"): «Nel caso di diffamazione commessa col mezzo della stampa, consistente nell'attribuzione di un fatto determinato, si applica la pena della reclusione da uno a sei anni e quella della multa non inferiore a lire 500.000». Si veda a riguardo: G. E. Vigevani, *Libertà di espressione, onore e controllo del potere. Sviluppi del diritto di critica politica, tra giudice nazionale ed europeo,* in *Federalismi.it*, il quale evidenzia come quest'ultima fattispecie non sia considerata un reato a sé stante ma una circostanza aggravante del reato di cui all'art. 595 c.p., che prevede la pena alternativa della reclusione o della multa e che generalmente irroga la seconda. Sul punto, si rinvia anche alle condivisibili riflessioni di C. Melzi d'Eril-G.E. Vigevani, *Giornalisti e ladri di biciclette*, in *Il Sole 24 Ore,* 9 giugno 2013, p. 39.

[28] G. E. Vigevani, *Libertà di espressione, onore e controllo del potere. Sviluppi del diritto di critica politica, tra giudice nazionale ed europeo,* cit. L'A. evidenzia come in concreto siano piuttosto rare le sentenze che hanno irrogato la pena del carcere nei confronti dei giornalisti, anche nelle ipotesi dell'aggravante di cui all'art. 13 della l. 47/1948.

[29] G. E. Vigevani, *Libertà di espressione, onore e controllo del potere. Sviluppi del diritto di critica politica, tra giudice nazionale ed europeo,* cit. L'A. fa riferimento ad una ricerca denominata "Ossigeno per l'informazione" secondo cui solo il giornalista Francesco Gangemi, condannato a due anni di reclusione, avrebbe scontato qualche giorno di carcere. Come noto, l'altro giornalista a scontare una condanna in regime di detenzione domiciliare è Alessandro Sallusti.

[30] A. Gullo, *Delitti contro l'onore, Estratto dal VII volume* del Trattato Teorico-Pratico di Diritto Penale diretto da F. Palazzo e C. Paliero, 2015, 194 ss. A tal riguardo, vi è un'ormai consolidata giurisprudenza che riconosce al giornalista l'esimente putativa nel caso in cui costui abbia scelto le proprie fonti con grande attenzione e abbia effettuato una adeguata verifica della notizia. Il fulcro dell'accertamento giurisprudenziale è posto sulla diligenza del giornalista nel verificare le fonti e nel controllare la notizia. Tale diligenza deve essere dimostrata dal giornalista stesso a causa dell'inversione dell'onere della prova

Corte ha fatto propria *in toto* l'impostazione dei Giudici di Strasburgo valutando la natura e gravità della sanzione imposta sotto la lente della proporzionalità del trattamento sanzionatorio applicato.
In particolare, nel 2013 la Cassazione ha annullato con rinvio una sentenza di condanna a sei mesi di reclusione per diffamazione aggravata a carico di un giornalista e, per omesso controllo, a carico del direttore sulla base del fatto che il giudice di merito aveva optato per la pena detentiva anziché per quella pecuniaria[31]. Nel caso specifico, la Quinta Sezione aveva evidenziato come nei casi di diffamazione l'applicazione della pena detentiva, pur se condizionalmente sospesa, possa avvenire solo per «circostanze eccezionali» pena la compromissione del ruolo della stampa come «cane da guardia» della democrazia. Addirittura, la Suprema Corte era arrivata a citare esplicitamente il caso *Belpietro c. Italia*[32] evidenziando come «la libertà di espressione costituisce un valore garantito anche dall'ordinamento interno attraverso la tutela costituzionale del diritto/dovere di informazione cui si correla quello all'informazione (art. 21 Cost.), diritti i quali, ad avviso del collegio, impongono, anche laddove siano valicati i limiti di quello di cronaca e/o critica, di tenere conto, nella valutazione della condotta del giornalista, della insostituibile funzione informativa esercitata dalla categoria di appartenenza»[33] e come il legislatore italiano fosse orientato a ridimensionare il profilo punitivo del delitto di diffamazione a mezzo stampa[34].

compiuta dalla giurisprudenza. Si veda a riguardo: M. Feno, *Art. 595 c.p.,* in M. Ronco-B. Romano (a cura di), *Codice penale commentato*, 4ª ed., 2012, 2834 ss.; F. Scutellari, *Art. 595 c.p.*, in A. Crespi-G. Forti-G. Zuccalà (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, 5ª ed., 2008, 1634; G. Sommaruga, *Art. 595 c.p.*, in E. Dolcini-G. Marinucci (a cura di) *Codice penale commentato*, 4ª ed., 2015, 67 ss. In dottrina questo orientamento è stato criticato per il rischio di trasformare un reato esclusivamente doloso come la diffamazione in un reato punibile anche a titolo di colpa. Si veda, *inter alia*: G. Vassalli, *Libertà di stampa e tutela penale dell'onore*, in *Arch. Pen.*, I, 1967; M. Pierdonati, *Dolo e accertamento nelle fattispecie penali c.d. "pregnanti"*, 2012, 109 ss. Sul punto, molto interessante l'analisi di Francesco Viganò che invita a valutare nel caso concreto se via siano «*riscontri oggettivi, i quali rendano plausibile*» se il giornalista abbia maturato un positivo convincimento circa la sussistenza di una causa di giustificazione o se il cronista si sia posto almeno il dubbio della falsità del fatto riferito. Si veda: F. Viganò, *Art. 59 c.p.*, in E. Dolcini-G. Marinucci (a cura di) *Codice penale commentato*, Tomo III, Vol. I, 2015, 1190. Si veda, inoltre: A. Gullo, *La Cassazione e il mutamento genetico del reato di diffamazione a mezzo stampa,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2005, 471 ss.

[31] Cass. pen., sez. V, 11 dicembre 2013, n. 12203. In particolare, la Cassazione ha ritenuto questa scelta non in linea con la giurisprudenza della Corte europea che esige per l'applicazione della pena detentiva la ricorrenza di circostanze eccezionali. Si veda a riguardo: S. Turchetti, *Cronaca giudiziaria: un primo passo della Corte di Cassazione verso l'abolizione della pena detentiva per la diffamazione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 17 aprile 2014.

[32] In modo simile, la Procura della Repubblica di Milano aveva emanato, a seguito della sentenza della Corte EDU nel caso *Belpietro c. Italia*, un comunicato attraverso il quale i pubblici ministeri erano invitati a richiedere sanzioni detentive solo in caso di circostanze eccezionali. Consultabile in *pernalecontemporaneo.it*.
Si veda a riguardo: G.E. Vigevani-C. Melzi d'Eril, *Diffamazione: i diversi confini tra Italia ed Europa*, in *Il Sole 24 Ore*, 22 ottobre 2013, 27.

[33] Cass. pen., sez. V, sent. 12203/2013, cit., § 11 del *Considerato in diritto.*

[34] Per un'interessante analisi della sentenza della Corte di Cassazione, si veda: A. Gullo, *Diffamazione e pena detentiva,* cit.

5. Il cd. "caso Sallusti"

La giurisprudenza della Corte di Cassazione in relazione al reato di diffamazione a mezzo stampa ha espresso orientamenti non univoci. Emblematica in tal senso è il caso che ha visto coinvolto l'allora direttore del quotidiano Libero[35]. Analizzare la vicenda processuale, soprattutto sotto il profilo dell'*iter* giudiziario sviluppatosi nei classici "tre gradi di giudizio", fa emergere nitidamente l'importanza del caso.
Nel febbraio del 2007 è apparso un articolo, a firma Dreyfus, in prima pagina sul giornale dal titolo «Il giudice ordina l'aborto. La legge più forte della vita», in cui l'ignoto autore riportava la notizia di una tredicenne che sarebbe stata costretta ad abortire dai genitori e dal giudice tutelare. In particolare, l'articolo riferiva come la tredicenne non volesse abortire, «proprio non voleva. Si divincolava … non sentiva ragioni perché più forte era la ragione del cuore infallibile di una madre», e come i genitori le avessero imposto tale decisione per non avere un «rompipalle urlante e la figlia con i pannolini per casa». Inoltre, l'autore si augurava la pena di morte per i genitori, il ginecologo ed il giudice tutelare («aveva applicato il diritto – il diritto! – decretando l'aborto coattivo»), definiti come assassini. All'interno dello stesso quotidiano compariva poi un secondo articolo firmato da un altro giornalista (A.M.) dal titolo «Dramma a Torino. Costretta ad abortire da genitori e giudice. La 13enne sotto shock è stata ricoverata in psichiatria». Il giudice tutelare decideva quindi di sporgere querela e il direttore del quotidiano veniva imputato per diffamazione aggravata ai sensi degli artt. 595 c.p. e 13 della l. 47/1948 e per omesso controllo ai sensi dell'art. 57 c.p. per il secondo articolo a firma A.M.
Il Tribunale di Milano, all'esito del giudizio dibattimentale, condannava il direttore alla pena di 5.000 euro di multa senza il beneficio della sospensione condizionale della pena e l'autore dell'articolo (A.M.) alla pena di 4.000 euro di multa per diffamazione aggravata dal mezzo della stampa e dall'attribuzione di fatto determinato. Nel ragionamento del Giudice di primo grado la totale falsità delle notizie incluse nei due articoli di giornale, che erano state pubblicamente smentite su tutti i principali mezzi di informazione già la sera precedente alla pubblicazione del quotidiano[36], non permettevano l'applicazione della scriminante putativa né delle circostanze attenuanti generiche[37]. Contro tale decisione tutte le parti processuali proponevano impugnazione.
La Corte d'Appello rigettava l'impugnazione degli imputati e riformava *in pejus* la sentenza di primo grado, applicando anche la pena detentiva e condannando il direttore a 14 mesi di reclusione e 5.000 euro di multa, pena non sospesa[38].

---

[35] Per un'efficace ricostruzione della vicenda, si veda: S. Turchetti, *Diffamazione, pena detentiva, caso Sallusti: ancora una condanna all'Italia da parte della Corte EDU,* in *Diritto Penale Contemporaneo*, 18 marzo 2019.

[36] S. Turchetti, *Diffamazione, pena detentiva, caso Sallusti: ancora una condanna all'Italia da parte della Corte EDU,* cit. L'A. evidenzia come sia i principali organi di stampa sia i telegiornali di Rai2 e Rai3 avessero smentito la notizia ed evidenziato come in realtà la scelta di abortire fosse stata presa dalla tredicenne e come il Giudice tutelare si fosse limitato a darne l'autorizzazione.

[37] Tribunale di Milano, 26 gennaio 2009, estratto della motivazione allegato a F. Viganò, *Sulle motivazioni della Cassazione nel caso Sallusti*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 24 ottobre 2012.

[38] Corte di Appello di Milano, 17 giugno 2011, n. 2516. Al contrario, la pena al giornalista M.C. veniva sospesa dalla Corte.

Il giornalista decideva così di ricorrere in Cassazione.

5.1 La decisione della Corte di Cassazione e l'intervento del Presidente della Repubblica

La Corte di Cassazione rigettava il ricorso presentato dal direttore Sallusti e ne confermava la condanna ai sensi degli artt. 57 c.p., per quanto riguardava l'articolo a firma A.M., 595 c.p. e 13 della l. 47/1948, per quanto riguardava l'articolo a firma Dreyfus[39].
Nel fare ciò, la Quinta Sezione dava conto della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, sostenendo che la stessa avrebbe «riconosciuto senza tentennamenti la legittimità di un trattamento sanzionatorio detentivo condizionato ad ipotesi eccezionali intese come condotte lesive di altri diritti fondamentali», e citava esplicitamente alcuni dei precedenti del Giudice europeo che potessero giustificare l'applicazione della pena detentiva anche nel caso sotto esame[40].
Quest'ultima lettura data dalla Suprema Corte in relazione alla giurisprudenza europea ha destato fin da subito non poche perplessità. In particolare, è stato evidenziato come gli espliciti riferimenti operati al *leading case Cumpănă e Mazăre c. Romania*, dove la Corte di Strasburgo aveva affermato come per «circostanze eccezionali» si intendessero le manifestazioni di pensiero che istigassero all'odio o alla violenza, e al caso *Katrami c. Grecia*[41], dove il Giudice europeo era arrivato a rilevare la violazione dell'art. 10 CEDU in relazione ad una condanna detentiva sospesa, difficilmente potessero giustificare la legittimità di una condanna definitiva per una ipotesi di semplice diffamazione (pur molto grave nei contenuti).
La Suprema Corte decideva inoltre di non concedere la sospensione condizionale della pena in considerazione dei precedenti penali e della capacità a delinquere del giornalista, soggetto a «sette pregresse condanne per diffamazione di cui sei in relazione all'ipotesi prevista dall'art. 57 c.p.» (ovvero in qualità di direttore responsabile) nell'arco di circa due anni. Il Giudice di legittimità evidenziava infatti come «la storia e la razionale valutazione di questa vicenda hanno configurato i fatti e la personalità del loro autore, in maniera incontrovertibile, come un'ipotesi eccezionale, legittimante l'inflizione della pena detentiva». In altre parole, la Corte individuava l'eccezionalità tanto cara al Giudice di Strasburgo nella condotta recidiva del direttore del quotidiano.
A seguito del grande clamore mediatico scaturito dalla condanna di Sallusti e della non concessione della sospensione condizionale, veniva presentata domanda di grazia alla Presidenza della Repubblica così come previsto dall'articolo 87 della Costituzione e

[39] Cass. Pen., sez. V, 26 settembre 2012, n. 212449. Per un'interessante analisi, si veda: C. Melzi d'Eril, *La condanna per diffamazione nei confronti di Sallusti: un paio di spunti, oltre le polemiche*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 28 novembre 2012.

[40] La Suprema Corte cita quattro casi: CEDU, *Cumpănă e Mazăre c. Romania*, cit.; *Fatullayev c. Azerbaijan*, cit.; *Katrami c. Grecia*, ric. 19331/05 (2007); *Egeland e Hanseid c. Norvegia*, ric. 34438/04 (2009).

[41] Per un'interessante analisi critica dei richiami operati dalla Corte di Cassazione alle pronunce della Corte di Strasburgo, si veda: F. Viganò, *Sulle motivazioni della Cassazione nel caso Sallusti,* cit. («Qualche motivo di perplessità nasce peraltro dall'uso non sempre rigoroso delle fonti giurisprudenziali citate nella pur pregevole sentenza in esame»).

disciplinato ai sensi degli articoli 174 c.p. e 681 c.p.p. In data 21 dicembre 2012, a soli tre mesi dalla pronuncia della Corte di Cassazione, il Presidente della Repubblica accoglieva la domanda e commutava la pena detentiva ancora da espiare in una corrispondente pena pecuniaria, pari a circa 250 euro al giorno per un totale di 15.532 euro. Nel comunicato che accompagnava il decreto, il Presidente evidenziava come «la decisione di commutare la pena raccoglie altresì gli orientamenti critici avanzati in sede europea, in particolare dal Consiglio d'Europa, rispetto al ricorso a pene detentive nei confronti di giornalisti. Si è anche valutato che la volontà politica bipartisan espressa in disegni di legge e sostenuta dal governo, non si è ancora tradotta in norme legislative per la difficoltà di individuare, fermo restando l'obbligo di rettifica, un punto di equilibrio tra l'attenuazione del rigore sanzionatorio e l'adozione di efficaci misure risarcitorie»[42].

5.2. La pronuncia della Corte di Strasburgo

Nonostante il decreto emesso dal Presidente della Repubblica, il direttore di Libero decideva di impugnare la condanna definitiva di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha pronunciato la sentenza lo scorso 7 marzo 2019 condannando l'Italia per violazione dell'art. 10 CEDU.

Nell'esaminare il caso, la Corte europea ha osservato come l'ingerenza da parte dello Stato italiano fosse dotata di sufficiente base legale - ovvero gli artt. 57 e 595 c.p. e l'articolo 13 della legge 47/1948 – e come lo Stato avesse perseguito il fine legittimo della tutela della reputazione e dei diritti delle persone offese dal reato.

Dopodiché la Corte è arrivata ad affrontare il punto centrale della vicenda attraverso l'analisi della necessità e proporzionalità in una società democratica della sanzione applicata nel caso di specie. A tal riguardo, i Giudici di Strasburgo, dopo aver richiamato i propri precedenti, tra cui la sentenza *Belpietro c. Italia,* hanno ribadito l'orientamento ormai costante[43] secondo cui «il criterio della "necessità in una società democratica" esige che essa determini se l'ingerenza lamentata corrispondesse a una "pressante esigenza sociale", se i motivi addotti dalle autorità nazionali per giustificare l'ingerenza fossero "pertinenti e sufficienti" e se la sanzione inflitta fosse "proporzionata al fine legittimo perseguito"»[44]. La Corte europea ha quindi ravvisato nel caso concreto l'esistenza di una "pressante esigenza sociale" che giustificasse l'ingerenza statale, ovvero la violazione dell'etica del giornalismo perpetrata da chi aveva divulgato informazioni false senza alcun controllo in merito alla loro veridicità. I giudici europei, infatti, non hanno espresso dubbi in merito alla colpevolezza di Sallusti, dichiarando espressamente che non vi sono ragioni per discostarsi dalla ricostruzione dei giudici di merito, né in relazione alla accertata falsità delle informazioni riportate nell'articolo, né al conte-

[42] Presidenza della Repubblica, *Comunicato del 21 dicembre 2012 "A proposito della commutazione della pena ad Alessandro Sallusti"*, consultabile in *presidenti.quirinale.it.*

[43] CEDU, *Ojala e Etukeno Oy c. Finlandia*, cit.; *Ruusunen c. Finlandia*, cit.; *Kurier Zeitungsverlag e Druckerei GmbH c. Austria*, cit.; *Couderc and Hachette Filipacchi Associés c. Francia*, cit.; *Ringier Axel Springer a.s. c. Slovacchia*, cit. Si veda a tal proposito: A. Gullo, *Diffamazione e legittimazione dell'intervento penale: contributo a una riforma dei delitti contro l'onore,* cit., 57 e ss.

[44] CEDU, *Sallusti c. Italia*, ric. n. 22350/13 (2019).

nuto diffamatorio dell'articolo, lesivo della reputazione di tutte le parti coinvolte, né al mancato rispetto delle regole deontologiche che impongono al giornalista di verificare la verità del fatto prima di diffonderlo; la Corte ha precisato inoltre che il direttore responsabile non può essere esonerato dal dovere di controllare gli articoli destinati alla pubblicazione[45].

Infine, i giudici europei, nell'affermare che la pena detentiva può essere ritenuta compatibile con la libertà di espressione solo in «circostanze eccezionali», laddove altri diritti fondamentali siano stati seriamente lesi, hanno fatto ancora una volta riferimento ai «discorsi di odio o di incitamento alla violenza»[46]. Con tale ultima precisazione, i giudici europei sembrano voler ulteriormente chiarire che «circostanze eccezionali» non possono essere integrate da fatti di diffamazione, un reato per il quale la Corte continua ad auspicare l'abolizione della pena detentiva[47].

Ecco quindi che, richiamando i precedenti *Belpietro c. Italia* e *Ricci c. Italia*[48], la Corte ha evidenziato come l'irrogazione e l'esecuzione della pena detentiva nei confronti del ricorrente non potesse essere in alcun modo giustificata a causa del significativo effetto dissuasivo, il già citato *chilling effect*, che avrebbe prodotto nei confronti della categoria dei giornalisti[49]. Nel ragionamento dei giudici europei, tale conclusione rimane inalterata anche nel caso in cui la pena sia sospesa condizionalmente o sia commutata in una pena pecuniaria.

In conclusione, la Corte europea ha giudicato la limitazione della libertà di espressione del ricorrente da parte dell'Italia manifestatamente sproporzionata rispetto al fine perseguito e ha condannato ai sensi dell'art. 41 CEDU il nostro Paese a rimuovere le conseguenze dannose derivate dalla violazione dell'art. 10 CEDU.

6. L'invito (ancora una volta) al legislatore di intervenire

Con la presente decisione la Corte di Strasburgo ha ribadito che la libertà di espressione del pensiero, in particolare se riguarda questioni di pubblico interesse, manifestata tramite il mezzo della stampa impone un grado massimo di tutela e richiede che la condanna a pena detentiva sia una *extrema ratio*. Questo trattamento privilegiato deriva dalla fondamentale funzione che la stampa svolge per l'attuazione della democrazia, funzione che sarebbe inibita dalla possibilità di gravi pene che eserciterebbero un effetto deterrente sui giornalisti.

È evidente che la grande questione posta dalla giurisprudenza della Corte europea riguarda quindi la compatibilità della previsione di pene detentive, che nel nostro or-

[45] Cfr. S. Turchetti, *Diffamazione, pena detentiva, caso Sallusti: ancora una condanna all'Italia da parte della Corte EDU*, cit.

[46] CEDU, *Sallusti c. Italia*, cit., § 59.

[47] Si veda: CEDU, *Sallusti c. Italia*, cit., § 59: «A tale riguardo, la Corte rileva le recenti iniziative legislative da parte delle autorità italiane finalizzate, in linea con le recenti pronunce della Corte contro l'Italia, a limitare il ricorso a sanzioni penali per il reato di diffamazione, e a introdurre un'importante misura positiva, ovvero l'abolizione della pena della reclusione per il reato di diffamazione».

[48] CEDU, *Belpietro c. Italia*, cit.; *Ricci c. Italia*, cit.

[49] In particolare, la Corte ha citato il caso CEDU, *Kapsis e Danikas c. Grecia*, ric. 52137/12 (2017).

dinamento arrivano a contemplare la reclusione fino a sei anni, con i principi della Convenzione[50]. In tal senso, se in passato alcune pronunce avevano lasciato qualche dubbio in merito alla possibilità di includere nel concetto di «circostanze eccezionali» che consentono l'applicazione di misure detentive anche episodi di diffamazione dal contenuto molto grave[51], in questa sentenza la Corte EDU sembra aver stabilito, una volta per tutte, che la pena alla reclusione non è applicabile in relazione a reati di diffamazione a mezzo stampa[52].

Al tempo stesso, se da una parte il Giudice europeo ha fatto chiarezza rispetto al concetto di «circostanze eccezionali», dall'altra la Corte non ha colto l'occasione di portare ad ulteriore compimento il proprio ragionamento affrontando il tema della sussistenza nel caso specifico della fattispecie dei «discorsi di odio o di incitamento alla violenza». Infatti, appare evidente come il tenore dell'articolo, che indubbiamente fomentava sentimenti di odio e di violenza da parte dei lettori nei confronti dei genitori, del giudice e del ginecologo arrivando ad invocare la pena di morte nei loro confronti[53], avrebbe potuto offrire al Giudice europeo l'occasione di chiarire ulteriormente il significato di *hate speech*. La decisione della Corte, porta quindi a ritenere come per i giudici europei l'ambito di applicazione dei discorsi di odio o di incitamento alla violenza sia confinato ad alcune specifiche forme di espressione, tra cui il razzismo, la xenofobia, l'antisemitismo, il nazionalismo, la discriminazione nei confronti delle minoranze[54].

---

[50] L'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ha più volte chiesto, a partire dal 2007 all'Italia di modificare la legge sulla diffamazione nel senso di depenalizzare il reato. Nel dicembre 2013 la commissione di Venezia, l'organo di esperti costituzionali del Consiglio d'Europa, ha osservato che «il disegno di legge [il d.d.l. Costa] in discussione in Parlamento rappresenta indubbiamente uno sforzo per migliorare». Di nuovo nel 2015, l'Assemblea parlamentare è intervenuta sul tema nel rapporto sulla protezione della libertà di stampa.

[51] A tal proposito, si veda in relazione alla sentenza della Corte di Strasburgo nel caso *Belpietro c. Italia*: C. Melzi d'Eril, *La Corte europea condanna l'Italia per sanzione e risarcimento eccessivi in un caso di diffamazione. Dalla sentenza qualche indicazione per la magistratura, il legislatore e le parti*, in *Diritto Penale Contemporaneo*,12 novembre 2013, 8. L'A. evidenzia come, se è pur vero che per la Corte europea la pena detentiva per i casi di diffamazione a mezzo stampa deve essere l'eccezione e non la regola, ciò non significa automaticamente che la sanzione della reclusione possa essere applicata in conformità con la Convenzione esclusivamente nei casi di *hate speech*. Più in generale, vedi anche C. Melzi d'Eril-G. E. Vigevani, *Per i giornalisti il carcere è un'eccezione*, in *Il Sole 24 Ore*, 29 marzo 2016, p. 38. In effetti, un'interpretazione letterale di alcuni precedenti della Corte crea qualche ambiguità in merito all'estensione del concetto di «*circostanze eccezionali*». Si veda in tal senso: CEDU, *Cumpănă e Mazăre c. Romania*, cit., «*Although sentencing is in principle a matter for the national courts, the Court considers that the imposition of a prison sentence for a press offence will be compatible with journalists' freedom of expression as guaranteed by Article 10 of the Convention only in exceptional circumstances, notably where other fundamental rights have been seriously impaired, as, for example, in the case of hate speech or incitement to violence*». Inoltre, si veda: CEDU, *Kydonis c. Grecia*, cit.

[52] Si veda: CEDU, *Sallusti c. Italia*, cit., § 59. La Corte, come già evidenziato, auspica con estrema chiarezza l'abolizione della pena detentiva per il reato di diffamazione nel nostro ordinamento.

[53] V. Pacileo, *Contro la decriminalizzazione della diffamazione a mezzo stampa. Note a margine del "Caso Sallusti"*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 16 maggio 2013, 9. L'A. evidenzia come il giudice abbia ricevuto minacce a seguito dell'articolo pubblicato su Libero, come evidenziato dalla Corte di Cassazione nella sua pronuncia. Si veda, Cass. pen., sez. V, sent. 212449/2012, cit.

[54] Si noti bene che il Giudice europeo non ha dato una definizione generale di *hate speech*. La Corte ha distinto tra un incitamento reale all'estremismo ed il diritto degli individui specialmente giornalisti e uomini politici, di esprimersi liberamente e di «*offendere, scioccare o turbare*» gli altri. Si veda: CEDU, *Handyside c. Regno Unito*, cit., § 49. Per una parziale rassegna giurisprudenziale delle pronunce della Corte in tema di *incitamento all'odio o alla violenza* si veda: CEDU, *Feret c. Belgio*, ric. 15615/07 (2009); *Aksu*

In ogni caso, l'affermazione da parte della Corte dell'incompatibilità con la Convenzione della misura detentiva nei casi di reati di diffamazione a mezzo stampa ha portato molti ad evidenziare la necessità di giungere ad una riforma legislativa che ne preveda la decriminalizzazione[55]. Infatti, la previsione normativa contenuta nell'art. 13 della l. 47/1948 rappresenta per il Giudice un vincolo difficilmente superabile[56]: nell'ipotesi in cui la diffamazione a mezzo stampa avvenga tramite l'attribuzione di un fatto determinato e non vi siano attenutati equivalenti né tantomeno prevalenti, la legge prevede come sanzione minima un anno di detenzione cumulata con una pena pecuniaria. Se appare dunque evidente come l'irrogazione di una pena detentiva in questi casi sia per il Giudice una scelta nei fatti obbligata, ciò che ha destato maggiori perplessità è stata piuttosto la mancata sospensione o graduazione della stessa[57].

In verità, i casi Sallusti, Belpietro e Ricci hanno dimostrato come anche in presenza della sospensione della pena detentiva, concessa dal giudice nazionale o tramite la commutazione della pena da parte del Presidente della Repubblica, la Corte EDU riscontri una violazione dell'art. 10 CEDU. Con particolare attenzione al caso Sallusti infatti, i giudici europei hanno ribadito come la sospensione non elimina l'effetto dissuasivo che una condanna detentiva produce nei confronti della categoria dei giornalisti «in quanto la singola commutazione di una pena detentiva in una sanzione pecuniaria è una misura soggetta al potere discrezionale del Presidente della Repubblica italiana. Inoltre, mentre tale atto di clemenza esime i condannati dall'espiazione della pena, esso non estingue gli effetti penali della loro condanna»[58].

Effettivamente, a seguito delle pronunce intervenute da parte del Giudice europeo nel corso degli anni e del clamore mediatico suscitato da alcune condanne, in particolar modo quella del direttore Sallusti, il legislatore italiano si è adoperato per giungere ad una modifica dell'impianto normativo della l. 47/1948 volta ad eliminare la previsione della pena detentiva e a sostituirla con quella pecuniaria[59]. Nonostante lo sforzo messo in campo, il disegno di legge è tuttora fermo in Parlamento a distanza di più di sei anni dalla prima approvazione alla Camera dei Deputati.

D'altronde, l'idea di riformare la previsione della pena detentiva per il delitto di diffamazione non è di certo una novità, essendo presente nel dibattito pubblico da almeno

c.Turchia, [GC], ricc. 4149/04 e 41029/04 (2012); *Gündüz c. Turchia*, ric. 35071/97 (2004); *Vejdeland e altri c. Svezia*, ric. 1813/07 (2012).

55 Per una visione opposta, contraria alla decriminalizzazione dei reati a mezzo stampa, si veda: V. Pacileo, *op. cit.*

56 Si veda su tutti: F. Viganò, *Sulle motivazioni della Cassazione nel caso Sallusti,* cit.

57 Così M. Bernardini, *op. cit.*

58 La Corte ha richiamato i casi: CEDU, *Cumpănă e Mazăre c. Romania*, cit., § 116; *Marchenko c. Ukraina*, ric. 4063/04 (2009), § 52.

59 Il cd. d.d.l. Costa è stato il tentativo di riforma più rilevante intervenuto negli ultimi anni in questo senso (Proposta di Legge d'iniziativa del deputato Costa, "Modifiche alla legge 8 febbraio 1948, n. 47, al codice penale e al codice di procedura penale in materia di diffamazione, di diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di diffusione, di ingiuria e di condanna del querelante", presentata il 13 maggio 2013). Per un commento al d.d.l. n. 1119, approvato dalla Camera il 17 ottobre 2013, si rinvia alle analisi di C. Melzi d'Eril–G. E. Vigevani, *Niente carcere per diffamazione a mezzo stampa: la riforma è ora al Senato per essere completata*, in *Guida dir.*, 4 gennaio 2014, 14 ss. V., anche, degli stessi Autori, *Nella «nuova» diffamazione un arsenale minaccioso*, in *Il Sole 24 Ore*, 31 ottobre 2014, p. 41.

quarant'anni. È difatti noto come, già da fine anni '70, esponenti della dottrina giuridica penalistica e civilistica auspicassero un intervento legislativo in tal senso[60].
Ecco quindi che, se è vero che le pronunce provenienti da Strasburgo devono rappresentare una forza propulsiva per il legislatore italiano nell'ottica di un ripensamento della l. 47/1948, è altresì necessario che tale intervento legislativo sia in grado di conciliare il ruolo fondamentale della libertà di stampa con il rispetto dei diritti fondamentali delle persone. In tal senso, il caso Sallusti deve ricordarci come il giornalista, proprio per la funzione centrale che ricopre in una società democratica, debba esercitare il diritto di cronaca nel rispetto di alcuni principi "sacri", tra cui la verità del fatto narrato, l'interesse pubblico della notizia e la continenza del linguaggio. Al momento in cui un giornalista non rispetti tali regole[61], che derivano in primo luogo dalla legge[62], la risposta dell'ordinamento italiano deve essere ferma e decisa.
Ne consegue l'auspicabilità di una riforma che preveda la limitazione dell'utilizzo della pena detentiva ai soli casi di diffusione di discorsi di odio o di incitamento alla violenza, così come richiesto dalla giurisprudenza di Strasburgo, ma con la contemporanea previsione di significative sanzioni pecuniarie per coloro che si rendano autori di diffamazioni a mezzo stampa[63].

---

[60] Si veda in merito: L. Boneschi, *"Hard Cases Make Bad Law". Note a margine del caso Sallusti*, in *Dir. Inf.*, 3, 2013, 457 ss. L'A sottolinea come il problema fosse già stato sollevato nel 1978 ad un convegno giuridico internazionale a cui presero parte i Prof.ri Conso, Rodotà, Chiola, Musco, De Nova, Grevi, Giarda, Dominioni, Alpa, Cendon, oltre a personalità della cultura e del giornalismo come Leonardo Sciascia, Gianluigi Melega, Camilla Cederna.
Per alcuni progetti di riforma più datati rispetto al d.d.l. Costa, si pensi ai lavori della Commissione ministeriale per la riforma del codice penale, presieduta dal Prof. Grosso e nominata il 1° ottobre 1998, e al d.d.l. 3176/2004.

[61] Si ricorda in tal senso come la Corte di Cassazione abbia accompagnato la pronuncia nel caso Sallusti con un comunicato per sottolineare alcuni aspetti «non esattamente evidenziati dalla stampa nei giorni scorsi»: 1) la notizia pubblicata da Libero era «falsa (la giovane non era stata affatto costretta ad abortire, risalendo ciò ad una sua autonoma decisione, e l'intervento del giudice si era reso necessario solo perché, presente il consenso della mamma, mancava il consenso del padre della ragazza, la quale non aveva buoni rapporti con il genitore e non aveva inteso comunicare a quest'ultimo la decisione presa)»; 2) la «non corrispondenza al vero della notizia (pubblicata da La Stampa il 17 febbraio 2007) era già stata accertata e dichiarata lo stesso giorno 17 febbraio 2007 (il giorno prima la pubblicazione degli articoli incriminati sul quotidiano Libero) da quattro dispacci dell'agenzia Ansa e da quanto trasmesso dal Tg3 regionale e dal radiogiornale (tant'è vero che il 18 febbraio 2007 tutti i principali quotidiani tranne Libero ricostruivano la vicenda nei suoi esatti termini)».

[62] Art. 2 della legge 3 febbraio 1963 n. 69, istitutiva dell'Ordine dei giornalisti: «Diritti e doveri. È diritto insopprimibile dei giornalisti la libertà di informazione e di critica, limitata dall'osservanza delle norme di legge dettate a tutela della personalità altrui ed è loro obbligo inderogabile il rispetto della verità sostanziale dei fatti, osservati sempre i doveri imposti dalla lealtà e dalla buona fede. Devono essere rettificate le notizie che risultano inesatte e riparati gli eventuali errori. Giornalisti ed editori sono tenuti a rispettare il segreto professionale sulla fonte delle notizie, quando ciò sia richiesto dal carattere fiduciario di esse, e a promuovere lo spirito di collaborazione tra colleghi, la cooperazione fra giornalisti ed editori, e la fiducia tra la stampa e i lettori».

[63] L. Boneschi, *op. cit.* L'A. sostiene che nella pena debba essere tenuta in considerazione l'eventuale recidiva e che il risarcimento del danno debba essere misurato secondo la tiratura, diffusione, ascolto, contatti Internet, autorevolezza del giornale, della trasmissione, del sito o del blog, gravità della diffamazione. La commissione di Venezia del Consiglio d'Europa nel 2013 aveva evidenziato la necessità che una riforma rendesse «più esplicito il requisito di proporzionalità tra le sanzioni pecuniarie e le condizioni economiche del giornalista come criterio di valutazione dei danni da versare al diffamato» e aveva auspicato che i criteri di verità della notizia, interesse pubblico e responsabilità del giornalista

Quest'ultima ipotesi però non è immune da rischi. In primis, la sanzione viene di fatto trasferita dal soggetto autore della diffamazione ad un altro soggetto, ovvero l'editore, in violazione del principio costituzionale della personalità della pena[64] e con la possibilità che la sanzione sia considerata come un costo d'impresa[65]. Ne potrebbe derivare la paradossale situazione che i grandi editori potrebbero avallare una linea editoriale diffamatoria mettendo "in bilancio" il pagamento della conseguente pena pecuniaria. Al contrario, per le società editoriali con minore capacità economica la minaccia dell'applicazione di sanzioni rischierebbe di provocare un effetto simile al cd. *chilling effect* tanto caro alla Corte europea[66]. In secondo luogo, le sanzioni pecuniarie nel nostro ordinamento vengono nella gran parte dei casi non eseguite. Dagli ultimi dati ministeriali a disposizione risulta che esse vengono riscosse nella percentuale irrisoria del 2,6% con una perdita economica per lo Stato pari a euro 600 mln[67].
Ecco quindi che un efficace intervento legislativo dovrebbe prevedere, accanto a sanzioni pecuniarie, anche misure di sospensione dall'esercizio della professione (per gli episodi più gravi, l'interdizione) e obblighi di una rettifica tempestiva e adeguata attraverso procedimenti celeri, quasi immediati. Non pare, infine, fuor d'opera la proposta di prevedere una responsabilità amministrativa (aggiuntiva) a carico della società editoriale ai sensi del d.lgs. 231/2001, perlomeno in casi particolarmente odiosi e indifendibili sul piano della tutela della stampa[68].

La sentenza commentata nel saggio (Corte EDU, 7 marzo 2019, ric. 22350/13, Sallusti c. Italia,) è reperibile a questo link

fossero inseriti esplicitamente nell'art. 595 c.p., che attualmente non prevede che una notizia debba essere falsa o inaccurata perché vi sia diffamazione.

[64] Art. 27 Cost. Così anche: V. Pacileo, *op. cit.*, 10-11.

[65] *Ibidem*.

[66] Sul possibile effetto deterrente delle sanzioni pecuniarie, si veda S. Bersano Begey, *La diffamazione a mezzo stampa: le più recenti posizioni della Corte di Cassazione e della CEDU. I progetti di depenalizzazione*, in *Questione Giustizia*, 28 aprile 2016.

[67] V. Pacileo, *op. cit.*, 10-11.

[68] G. Longo, *La riforma del delitto di diffamazione tra esigenze punitive e cause di non punibilità*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 1559 ss.

Ritorno al futuro: le ragioni del costituzionalismo 1.0 nella regolamentazione della società algoritmica e della nuova economia a trazione tecnologica*

Riccardo de Caria

Abstract

La cosiddetta società algoritmica solleva indubbiamente molte sfide dal punto di vista del ruolo degli attori privati, e di quale sia il modo preferibile di regolamentarli da parte dello Stato. Tuttavia, questo tema ha già iniziato ad attirare una notevole attenzione da parte degli studiosi e dei policy-makers. In questo articolo, guardo alle sfide sollevate dalla società algoritmica dal punto di vista opposto, ovvero guardando allo Stato non come potenziale regolatore, ma come esso stesso soggetto al rispetto di alcune regole fondamentali. Troppo spesso, infatti, una domanda rimane inevasa: cosa succede, e quale dovrebbe essere il quadro giuridico, quando sono gli Stati ad accumulare massivamente informazioni e dati e ad usarli "contro" i loro cittadini?

Se combinata con il monopolio weberiano sull'uso legittimo della forza fisica, questa pratica crea una tremenda concentrazione di potere, che è estremamente pericolosa, perché sarebbe un'arma letale nelle mani di governi malintenzionati. Ma la situazione sembra meritevole di grande preoccupazione anche quando sono in gioco gli ordinamenti democratici.

Le minacce più immediate riguardano la libertà individuale nei seguenti campi, considerati singolarmente con esempi tratti da ricerche di carattere comparatistico: la censura di internet; la raccolta e l'uso di dati personali per fornire servizi pubblici; le indagini sulle frodi fiscali; altre indagini penali e prevenzione di minacce alla sicurezza pubblica.

L'articolo si conclude sostenendo la necessità di riscoprire, in questa epoca di profon-

* Su determinazione della direzione, il contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo in conformità all'art. 15 del regolamento della Rivista.

Desidero ringraziare tutti i partecipanti al panel *Costituzionalismo e democrazia algoritmica* nel convegno di ICON-S Italian Chapter "Le nuove tecnologie e il futuro del diritto pubblico" svoltosi a Firenze il 22-23 novembre 2019 per i preziosi riscontri ricevuti in occasione della presentazione di una versione precedente del presente lavoro, nonché l'anonimo *reviewer* per le osservazioni molto utili e puntuali.

da trasformazione tecnologica, le ragioni originarie del costituzionalismo: la società algoritmica rende infatti quanto mai urgente riaffermare i vincoli costituzionali al potere governativo, al fine di impedire che i diritti fondamentali vengano annacquati, solo perché ciò è tecnologicamente possibile. Il costituzionalismo dovrebbe pertanto trovare nuovi strumenti per perseguire un vecchio obiettivo, anzi il più antico, cioè limitare i poteri del governo. In definitiva, per affrontare le molte sfide della società algoritmica, potrebbe occorrere qualche forma di costituzionalismo 4.0, ma sicuramente vi è ancora bisogno anche del "buon vecchio" costituzionalismo 1.0.

The so-called algorithmic society undoubtedly raises many challenges from the point of view of the role of private actors, and what is the preferred way of regulating them by the government. However, this issue has already begun to attract considerable attention from scholars and policy-makers. In this article, I consider the challenges raised by the algorithmic society from the opposite point of view, i.e. by looking at the government not as a potential regulator, but as itself subject to some fundamental rules. All too often, in fact, one question remains unanswered: what happens, and what should the legal framework be, when it is the governments that massively accumulate information and data and use them "against" their citizens?
When combined with the Weberian monopoly on the legitimate use of physical force, this practice creates a tremendous concentration of power, which is extremely dangerous, because it would be a lethal weapon in the hands of malicious governments. But the situation seems worthy of great concern even when democratic systems are at stake.
The most immediate threats concern individual freedom in the following fields, considered individually with examples taken from comparative research: internet censorship; the collection and use of personal data to provide public services; tax fraud investigations; other criminal investigations and prevention of threats to public security.
The article concludes by arguing the need to rediscover, in this era of profound technological transformation, the original reasons for constitutionalism: the algorithmic society makes it all the more urgent to reaffirm the constitutional constraints to government power, in order to prevent fundamental rights from being watered down, just because this is technologically possible. Constitutionalism should therefore find new instruments to pursue an old objective, to be sure the oldest one, namely to limit the powers of government. Ultimately, some form of constitutionalism 4.0 may be needed to meet the many challenges of the algorithmic society, but surely there is still a need for "good old" constitutionalism 1.0 as well.

Keywords
società algoritmica - stato di sorveglianza - diritti fondamentali - big data - nuove tecnologie

1. Introduzione: tra *surveillance capitalism* e *surveillance state*

La cosiddetta società algoritmica solleva indubbiamente molte questioni dal punto di vista del ruolo dei grandi attori privati, a cominciare dalle piattaforme, e di quale sia la via preferibile per gli Stati nel regolamentarli[1]. Si è parlato a proposito di capitalismo di sorveglianza[2]; in quest'ottica, un recente report di Amnesty International ha ad esempio affermato che il modello di business di attori come Google e Facebook costituirebbe una minaccia per i diritti umani[3]; addirittura, alcuni autorevoli autori hanno sostenuto che, con riferimento agli over the top o ai cosiddetti GAFA (noto acronimo per Google, Apple, Facebook, Amazon), si debba ribaltare la "*presumption of liberty*"[4] e applicare invece la regola aurea relativa alla pubblica amministrazione per cui a tali colossi privati dovrebbe applicarsi l'opposto principio per cui ad essi è permesso fare solo ciò a cui sono espressamente autorizzati da una norma di legge, stanti appunto le loro dimensioni e il loro ruolo, che ne farebbero appunto un soggetto equiparabile a quelli di natura pubblica[5].

Personalmente sono in forte disaccordo con tale impostazione: basti dire che qualunque over the top appare assoggettato a regole pubblicistiche vincolanti e spesso invasive come quelle in materia di concorrenza, per cui – a dispetto dei fuorvianti confronti tra fatturato e PIL, o tra numero di utenti e numero di cittadini, che talvolta vengono proposti in sede giornalistica[6] – qualunque stato sovrano per quanto piccolo ha, in virtù del monopolio legale sull'uso della forza, più potere di qualunque over the top, a prescindere dalla quantità e qualità di dati personali di cui esso disponga.

In questa sede, però, vorrei soltanto prendere questa impostazione come esempio di un dibattito che, pur appunto orientato in prevalenza in una direzione non necessariamente condivisibile, certamente esiste ed è ampiamente coltivato, a diversi livelli e in diverse giurisdizioni, con il coinvolgimento di *scholars*, *policy-makers*, operatori, esperti e opinione pubblica.

Ciò di cui invece intendo occuparmi in questa sede è invece il fenomeno opposto, ov-

---

[1] Cfr. in argomento, tra i molti, G. De Gregorio, *From Constitutional Freedoms to the Power of the Platforms: Protecting Fundamental Rights Online in the Algorithmic Society*, in *European Journal of Legal Studies,* 11(2), 2019, 65 ss.; M. Monti, *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale,* in *Rivista italiana di informatica e diritto,* 1, 2019, 35 ss.; Id., *Perspectives on the regulation of search engine algorithms and social networks: The necessity of protecting the freedom of information*, in *Opinio Juris,* 1, 2017, 71 ss.

[2] V. ad esempio S. Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism*, London, 2019.

[3] Amnesty International, *Surveillance Giants: How the Business Model of Google and Facebook Threatens Human Rights*, Amnesty International, London, 2019. V. anche la poderosa inchiesta di S.A. Thompson e C. Warzel per il Privacy Project del New York Times, *Twelve Million Phones, One Dataset, Zero Privacy*, New York Times, 19 dicembre 2019.

[4] Così un pregevole lavoro di R. Barnett, *Restoring the Lost Constitution: The Presumption of Liberty*, Princeton-Oxford, 2014 (2004).

[5] Così ad es. G. De Minico al convegno internazionale *Insert Law to Continue*, tenutosi a Napoli il 12-13 settembre 2019. Di questa Autrice, si veda tra gli altri *Libertà digitali. Luci e ombre*, Torino, 2018.

[6] Cfr. perfino il World Economic Forum, rispettivamente J. Myers, *How do the world's biggest companies compare to the biggest economies?*, 19 otttobre 2016; e H. Taylor, *If social networks were countries, which would they be?*, 28 aprile 2016.

vero il *surveillance state*[7], e ciò perché esso ha a mio avviso ricevuto sin qui un'attenzione sorprendentemente limitata, in relazione ai rischi che può comportare per la tutela dei tradizionali diritti di libertà, secondo me di gran lunga superiori a quelli portati dal cosiddetto *surveillance capitalism*.

Intendo dunque occuparmi di come le nuove tecnologie offrano ai governi il potere di mettere in atto la prospettiva distopica di un panopticon[8] digitale, che alla disponibilità di una enorme quantità di informazioni e dati personali – il cosiddetto oro o petrolio del terzo millennio[9] – unisce appunto il monopolio legale sull'uso della forza, generando una concentrazione di potere potenzialmente pericolosissima, e ciò già nelle democrazie, a maggior ragione nei non pochi regimi autoritari del mondo (rimane a proposito imperitura la nota massima di Lord Acton per cui «*Power tends to corrupt; absolute power corrupts absolutely*»[10]).

Nelle pagine che seguono, guarderò quindi alle sfide della società algoritmica considerando gli Stati non come potenziali regolatori, ma come essi stessi assoggettati (o da assoggettare) a regole fondamentali: in che misura, mi chiederò dunque, gli Stati sono (o dovrebbero) essere tenuti a rispettare le regole da essi stessi imposte agli attori privati? Come accennato appena sopra, non si tratta di un tema che riguardi solo ordinamenti dove si sia lontani dal raggiungimento dei più alti standard democratici, ma anche delle consolidate democrazie occidentali[11], che purtroppo offrono molti esempi discutibili e pericolosi (ma legittimi?) di impiego della gran messe di informazioni e dati che la tecnologia mette a loro disposizione.

Seguirò un percorso insieme per temi e per Paese, soffermandomi su una serie di ambiti a mio avviso particolarmente significativi, che – nell'impossibilità, in questa sede, di trattare singolarmente in modo diffuso – illustrerò per il tramite di alcuni esempi provenienti da reali vicende legislative, di policy o giudiziarie di alcuni ordinamenti rilevanti, in prevalenza recenti o molto recenti. Tratterò dapprima il tema della censura di internet ad opera dei governi (§ 2), per poi soffermarmi su alcuni casi di raccolta e utilizzo di dati personali per finalità collegate all'erogazione di servizi pubblici (§ 3), quindi tratterò il tema delle indagini fiscali (§ 4), e infine affronterò la questione della pervasività dei poteri di indagine delle autorità inquirenti in materia penale (§ 5.). Nella conclusione presenterò alcune osservazioni finali a sostegno della mia tesi (§ 6).

Qualche considerazione metodologica s'impone ancora con riferimento alla selezione di tali ambiti, degli ordinamenti considerati, e conseguentemente dei casi trattati, come

---

[7] Possiamo definirlo come «*a state that aims at preventive, everyday, mass surveillance*»: così P. Lemieux, *Why the Surveillance State is Dangerous, The Library of Economics and Liberty*, 10 June 2018; in argomento, v. anche, tra i molti, J.M. Balkin, *The Constitution in the National Surveillance State*, in *Minn. L. Rev.,* 93, 2008, 1 ss. Per alcune interessanti riflessioni, v. anche M.C. Cavallaro-G. Smorto, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *Federalismi.it,* 16, 19, 4 settembre 2019, spec. 7 ss..

[8] Il riferimento è naturalmente alle lettere al padre del filosofo inglese J. Bentham, raccolte nel noto *Panopticon or the Inspection-House*.

[9] Cfr. The Economist, *The world's most valuable resource is no longer oil, but data*, 6 maggio 2017.

[10] Formulata in una lettera al vescovo Mandell Creighton nel 1987.

[11] Le cosiddette "democrazie stabilizzate": cfr. T.E. Frosini (a cura di), *Diritto pubblico comparato. Le democrazie stabilizzate*, Bologna, 2019.

noto tema sempre piuttosto delicato e controverso[12].
Gli argomenti testé indicati appaiono rappresentare le principali declinazioni del rapporto problematico tra nuove tecnologie e potere statale, tema di questo lavoro. Essi corrispondono abbastanza distintamente ad alcuni diritti fondamentali, che vengono di volta in volta in rilievo, e che sono dunque i riferimenti costituzionali che l'analisi dovrà sempre tener presenti sullo sfondo: per la censura, la libertà di manifestazione del pensiero e di stampa; per la raccolta di informazioni biometriche, il diritto alla riservatezza; per la materia fiscale, il diritto di proprietà; per l'ambito penale, la libertà personale.
Appaiono infatti questi i diritti più direttamente esposti ad una possibile compressione per effetto delle opportunità offerte ai governi dalle nuove tecnologie, e appaiono esserlo più di altri, dove invece si pongono, o quanto meno si sono poste sin qui, questioni assai meno problematiche: si pensi, solo per fare alcuni esempi, ad altre libertà civili come la libertà di associazione e riunione o la libertà religiosa, o alla libertà di iniziativa economica, o ancora ai diritti sociali. Si tratta evidentemente di ambiti di grandissima importanza, dove però le nuove tecnologie non sembrano dare ai governi quel potere di interferenza che si manifesta invece nei settori considerati.
Va da sé che ciascun ordinamento ha poi le sue peculiarità, nella ricostruzione prima ancora che nella protezione dei vari diritti fondamentali che vengono in rilievo, ma che i diritti fondamentali maggiormente rilevanti siano quelli individuati appare valido a prescindere dal contesto e dalla latitudine: a prescindere dalle idiosincrasie anche terminologiche locali, ad essere coinvolte un po' ovunque sono tendenzialmente quelle che nel nostro linguaggio costituzionale chiamiamo libertà di opinione, diritto alla riservatezza, proprietà e libertà personale. I primi due sono strettamente connessi e dunque vanno trattati di seguito l'uno all'altro; a loro volta, proprietà e libertà personale appaiono accomunati dall'essere ambiti non certamente nuovi (così come invece pongono problemi nuovi internet e ad es. le tecniche di riconoscimento facciale), ma dove le nuove tecnologie permettono agli Stati di compiere un salto di qualità notevolissimo nel perseguimento di scopi che, di per sé, hanno sempre avuto.
Fermo restando questo, la comparazione sarà qui inevitabilmente asimmetrica: le vicende giudiziarie si sviluppano con una inevitabile dose di casualità nei vari ordinamenti, non presentandosi necessariamente un medesimo caso in tutti gli ordinamenti che si vogliono considerare. Pertanto, nell'impossibilità di trovare sempre un termine confronto specifico, si accetterà qui una certa dose di *serendipity* nel selezionare importanti casi problematici, italiani e di ordinamenti stranieri, con particolare interesse per quelli appartenenti alla "famiglia a egemonia professionale", secondo la classificazione di Mattei[13].
Se, infatti, come già detto, l'impiego delle nuove tecnologie in ordinamenti "a egemonia politica" sorprende meno, pur mantenendo certamente interesse nel costituire un indubbio strumento di rallentamento della transizione che li riguarda, è nelle de-

[12] Cfr. al riguardo i profondi insegnamenti di R. Hirschl, *The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law*, in *Am J. Comp. L.,* 53(1), 2005, 125 ss.

[13] U. Mattei, *Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems*, in *Am. J. Comp. L.,* 45(1), 1997, 5 ss.

mocrazie compiute che tale fenomeno appare più meritevole di riflessione, in quanto fonte di potenziali inedite involuzioni e ritorni al passato, difficili da immaginare da prospettiva storicistica, ma pur sempre possibili.
I casi verranno considerati dunque là dove essi si sono presentati, seguendo così prima di tutto le cronache politico-giudiziarie, inevitabile punto di riferimento prima che si consolidi la letteratura scientifica. Senz'altro qualcosa mancherà e qualcosa sarà sfuggito, ma la convinzione e l'auspicio è che i casi che si esporranno delineino un quadro sufficientemente preciso della natura e dei rischi del "*surveillance state*", e della difficoltà che si riscontra nel reagire a tale evoluzione con gli strumenti del rimedio giurisdizionale.

2. Censura di internet

Il primo tema considerato, la censura del web, è uno di quelli evidentemente più vasti: come noto, in molti ordinamenti, tra cui la Cina, esiste un controllo governativo sull'accesso ad internet da parte dei cittadini, un enorme firewall che filtra i contenuti ed è in grado di monitorare il comportamento online degli utenti con estrema pervasività[14].
Ciò che appare particolarmente interessante è, a questo proposito, il tema dei rimedi. Da questo punto di vista, vorrei menzionare la sentenza della Corte costituzionale turca del luglio 2019. In Turchia, a seguito fallito colpo di stato del luglio 2016, il governo ha reso particolarmente stringenti i già esistenti controlli su siti internet[15] e social media[16] (oltre a procedere a molti arresti per reati d'opinione di persone critiche verso il governo stesso).
Alcuni accademici hanno sottoposto alla Corte la questione della legittimità del blocco di alcuni account Twitter e domini riconducibili a oppositori del governo, tuttavia la Corte costituzionale ha recentemente rigettato le loro domande, escludendo il loro interesse ad agire in quanto non vittime dirette della censura[17]. La vicenda appare di-

[14] In particolare sulla Cina, v. X. Xu-Z.M. Mao-J.A. Halderman, *Internet Censorship in China: Where Does the Filtering Occur?*, in N. Spring-G.F. Riley (eds.), *Passive and Active Measurement. PAM 2011. Lecture Notes in Computer Science*, vol. 6579, Berlin-Heidelberg, 2011.

[15] Quasi 250.000 siti web e domini tra 2014 e 2018, secondo un report della Istanbul Freedom of Expression Association (İFÖD): cfr. la notizia su AhvalNews, *Turkey bans access to almost 300,000 websites since 2006 - reports*; cfr. anche il resoconto aggiornato di D. Jones, *Turkey's New Internet Regulations Spark Fears of New Wave of Censorship*, VOANews, 8 ottobre 2019.

[16] Una limitazione divenuta poi blocco tout-court in circostanze specifiche: cfr. P. Martineau, *Turkish ISP Blocks Social Media Sites Near Syrian Border*, Wired, 18 novembre 2019, dove si riferisce che «*Partially government-owned Türk Telekom restricted access to Facebook, Instagram, Twitter, and WhatsApp for about 48 hours as Turkey attacked the Kurds*». La pratica di bloccare l'accesso al web in risposta a supposte emergenze di ordine pubblico, comunque, è stata adottata anche in ordinamenti democratici come quello indiano: cfr. A. Muglia, *L'India per la prima volta spegne web e cellulari anche a Delhi. Ma i cortei si estendono in tutto il Paese*, in *Corriere.it*, 19 dicembre 2019.

[17] Corte costituzionale turca, sentenze *Kerem Altiparmak and Yaman Akdeniz (2),* 2015/15977, 12 giugno 2019 e *Kerem Altiparmak and Yaman Akdeniz (4)*, 2015/18876, 19 Novembre 2019. Tali iniziative giudiziarie sono state solo le ultime in ordine di tempo intraprese dal Prof. Akdeniz, individualmente o col collega Altiparmak e altri soggetti; in passato, Akdeniz e i suoi colleghi di *strategic litigation* avevano

mostrare come le corti non sempre siano validi baluardi contro tentativi degli organi politici di restringere una libertà fondamentale come quella di stampa e manifestazione del pensiero, di cui la libertà di internet è espressione.

Questo caso, al di là della dimostrazione di un effettivo e persistente controllo su internet dei governi anche di Paesi membri di istituzioni come il Consiglio d'Europa, resistente anche appunto al controllo giurisdizionale, si connette anche ad un altro tema, quello dell'over-enforcement della normativa contro l'hate-speech e dei rischi che questo comporta.

In effetti, ciò che accade con la normativa sull'*hate speech* è che, in assenza di un online *due process*[18], si rischia di ridurre al silenzio delle forme di espressione dei cittadini che meriterebbero invece di poter essere manifestate. Ciò accade appunto con la normativa sull'hate speech ma il discorso si può estendere a tutti i tentativi normativi di disciplinare il fenomeno delle cosiddette fake news[19]. Ebbene, io credo che si possa tracciare un parallelismo con il caso turco appena ricordato, dal momento che molto spesso i governi hanno buon gioco nel giustificare la censura sulla base di normative dallo scopo apparentemente condivisibile, quali il contrasto al terrorismo o minacce all'ordine pubblico in generale (o appunto l'*hate speech*).

Così, sempre nel caso turco, sono paradossalmente i media sostenitori della causa curda a patire forme di censura, sulla base di norme che apparentemente dovrebbero offrire strumenti di lotta alla propaganda terrorista, ma che in mano al governo vengono pervertite per silenziare invece le minoranze[20].

Del resto, il quadro non è così monolitico, come dimostra una recentissima sentenza della stessa Corte costituzionale turca, che ha invece dichiarato contrario alla libertà di espressione il blocco dell'accesso a tutta Wikipedia, che era stato introdotto per reazione al contenuto di due specifiche voci ("*Foreign Involvement in the Syrian Civil War*" and "*State-sponsored Terrorism*"), nell'impossibilità di bloccare solo quelle e dovendo, per bloccare quelle, inibire l'accesso a tutto il sito[21]. La sentenza, che peraltro ha ricevuto

avuto ad es. successo nell'ottenere invece dalla Corte costituzionale turca un ordine alle autorità del Paese di sbloccare l'accesso a Twitter: così nel caso *Yaman Akdeniz et al.*, B. No: 2014/3986, 2 Aprile 2014. Altri casi invece lo avevano visto soccombere davanti alla giurisdizione nazionale, con la conseguente scelta di rivolgersi allora alla Corte europea dei diritti dell'uomo, talvolta con successo (*Cengiz and Others c. Turchia*, ricc. 48226/10 e 14027/11 (2015)), talatra no (*Akdeniz c. Turchia,* ric. 20877/10, decisione dell'11 marzo 2014 di inammissibilità): v. un quadro riepilogativo aggiornato a fine 2018 ad opera di S. Crozier, *Turkish Lawyer Battles through the Courts to Protect Freedom of Expression*, sul sito di *European Endowment for Democracy*, 8 novembre 2018. Del Prof. Akdeniz, merita citare tra gli altri anche il suo scritto *To Block or Not to Block: European Approaches to Content Regulation, and Implications for Freedom of Expression*, in M.V. De Azevedo Cunha et al. (eds.), *New Technologies and Human Rights: Challenges to Regulation*, London-New York, 2013, 47 ss.

[18] M. Husovec, *Why There Is No Due Process Online?*, in *Balkinization*, 7 giugno 2019.

[19] In argomento, tra i moltissimi si veda, su questa Rivista, M. Bassini-G.E. Vigevani, *Primi appunti su* fake news *e dintorni*, in *questa Rivista*, 1, 2017, 11 ss.

[20] Cfr. già il caso *Sürek and Özdemir v. Turkey* deciso dalla Corte EDU l'8 luglio 1999, ricc. 23927/94 e 24277/94; v. anche in argomento M.C. Ünal, *Counterterrorism in Turkey: Policy Choices and Policy Effects toward the Kurdistan Workers' Party (PKK)*, Abingdon-New York, 2013.

[21] Sentenza *Wikimedia Foundation Inc. et al.* [GK], B. No: 2017/22355, 26 dicembre 2019. Il caso era stato nel frattempo portato anche davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo, *Wikimedia Foundation, INC. c. Turchia*, ric. 25479/19.

applicazione solo dopo alcune settimane[22], dimostra che esistono spazi per un'effettività del rimedio giurisdizionale nei confronti delle restrizioni alla libertà di espressione su internet anche in ordinamenti come quello turco, ma la mancata attuazione immediata è parimenti dimostrazione di come talvolta neppure un esito favorevole di un'iniziativa giurisdizionale sia sufficiente.

Il tema dell'accesso a internet è stato oggetto di riflessione, da un punto di vista diverso ma che è interessante confrontare con quanto visto sin qui, anche in altri ordinamenti. Vorrei in particolare ricordare una sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nel 2017, che ha ritenuto contrario al Primo Emendamento alla Costituzione americana, che tutela come noto la libertà di espressione, il divieto di accesso ai social media che la legislazione della North Carolina aveva previsto come sanzione accessoria per i condannati per reati sessuali[23].

Il giudice Kennedy, scrivendo per una corte unanime nel giudizio, ha in effetti riconosciuto il ruolo fondamentale che hanno internet e i social media nel garantire la piena effettività del diritto ad informare ed essere informati, che secondo la Corte non deve essere compresso neppure nel caso di autori di reati particolarmente odiosi: «*access to what for many are the principal sources for knowing current events, checking ads for employment, speaking and listening in the modern public square, and otherwise exploring the vast realms of human thought and knowledge. These websites can provide perhaps the most powerful mechanisms available to a private citizen to make his or her voice heard. They allow a person with an Internet connection to "become a town crier with a voice that resonates farther than it could from any soapbox*." *Reno*, 521 U.S., *at* 870. *In sum, to foreclose access to social media altogether is to prevent the user from engaging in the legitimate exercise of First Amendment rights. It is unsettling to suggest that only a limited set of websites can be used even by persons who have completed their sentences. Even convicted criminals—and in some instances especially convicted criminals—might receive legitimate benefits from these means for access to the world of ideas, in particular if they seek to reform and to pursue lawful and rewarding lives*».

La sentenza americana può a sua volta essere utilmente confrontata con una italiana, che ha riguardato il caso della chiusura, da parte di Facebook, di alcune pagine e profili riconducibili ad un movimento italiano di estrema destra, Casa Pound. Casa Pound ha impugnato tale decisione con procedura d'urgenza davanti al giudice civile, e nel momento in cui scrivo il Tribunale di Roma ha emesso un'ordinanza cautelare in cui ha ordinato a Facebook di riattivare le pagine e i profili in questione, sulla base di considerazioni non dissimili da quelle della Corte Suprema americana a proposito del ruolo imprescindibile assunto da Facebook come strumento di partecipazione al dibattito pubblico, cui hanno diritto di partecipare anche movimenti estremisti – ma non fuorilegge – come Casa Pound: «il rilievo preminente assunto dal servizio di Facebook (o di altri social network ad esso collegati) con riferimento all'attuazione di principi cardine essenziali dell'ordinamento come quello del pluralismo dei partiti politici (49 Cost.), al punto che il soggetto che non è presente su Facebook è di fatto escluso (o fortemente limitato) dal dibattito politico italiano, come testimoniato dal fatto che la quasi totalità

[22] In particolare, dal 15 gennaio 2020: cfr. la notizia su HürrietDailyNews, *Wikipedia ban lifted after top court ruling issued*, 15 gennaio 2020.

[23] *Packingham v. North Carolina*, 582 U.S. ___ (2017).

degli esponenti politici italiani quotidianamente affida alla propria pagina Facebook i messaggi politici e la diffusione delle idee del proprio movimento. Ne deriva che il rapporto tra Facebook e l'utente che intenda registrarsi al servizio (o con l'utente già abilitato al servizio come nel caso in esame) non è assimilabile al rapporto tra due soggetti privati qualsiasi in quanto una delle parti, appunto Facebook, ricopre una speciale posizione: tale speciale posizione comporta che Facebook, nella contrattazione con gli utenti, debba strettamente attenersi al rispetto dei principi costituzionali e ordinamentali finché non si dimostri (con accertamento da compiere attraverso una fase a cognizione piena) la loro violazione da parte dell'utente»[24].

A ben vedere, vi è in realtà una fondamentale differenza tra il caso americano e quello italiano: nel primo caso le restrizioni all'accesso ad internet erano dettate da una legge, dunque per iniziativa del potere pubblico, mentre nel secondo si trattava di un rapporto esclusivamente tra soggetti privati. Il giudice italiano ha aderito all'opinione che citavo all'inizio, e che come ricordavo gode di molti consensi nella letteratura giuridica, per cui Facebook va trattato come un soggetto pubblico; se tale premessa appare di per sé molto discutibile, appare però condivisibile la conseguenza che ne trae il giudice italiano una volta che la ha fatta propria, ovvero che non è possibile restringere l'accesso ad internet, se non eventualmente in casi estremamente gravi e circoscritti.

Il quadro che ne deriva in materia di *Internet censorship* appare dunque in chiaroscuro a livello mondiale: esistono infatti segnali inequivocabili del tentativo dei pubblici poteri di restringere o comunque controllare l'accesso al mercato delle idee online, spesso facendosi scudo di una legislazione apparentemente dettata con finalità di protezione della democrazia. In alcuni casi, simili tentativi incontrano un freno nelle corti, in altri invece il rimedio giurisdizionale appare ineffettivo.

3. Uso dei dati per determinare premialità o punizioni o comunque accedere ai servizi

Un diverso ordine di casi di possibile realizzazione del *surveillance state* è accomunato dalla finalità con cui vengono raccolti i dati personali dei cittadini, ovvero l'erogazione di servizi o comunque trattamenti individualizzati sulla base delle caratteristiche personali di ciascuno di essi.

L'esempio più eclatante è quello del cosiddetto "*social credit system*" cinese, gigantesco programma di ingegneria sociale su cui esiste una letteratura per la verità abbastanza contraddittoria: alcuni studi infatti lo descrivono come il più grande esperimento di realizzazione del Grande Fratello di Orwell mai realizzato[25], mentre altri ne danno una lettura meno preoccupata[26].

Certamente, anche nella versione più soft, esso appare una forma di invasione della

[24] Trib. Roma, sez. spec. impresa, ordinanza 12 dicembre 2019.

[25] L. Orgad-W. Reijers, *A Dystopian Future? The Rise of Social Credit Systems*, Robert Schuman Centre for Advanced Studies Research Paper No. RSCAS 2019/94.

[26] D. Mac Síthigh-M. Siems, *The Chinese social credit system: A model for other countries?*, EUI Working Paper LAW 2019/01.

riservatezza davvero notevole, tanto più che i dati necessari ad assegnare ai cittadini i punteggi per le loro azioni e poi premiarli o punirli di conseguenza verrebbero raccolti, a quanto pare, non in forma aggregata e anonima, ma con specifico riferimento ai comportamenti di ciascuno.
Tramite l'incrocio di una serie di strumenti tecnologici, verrebbero così tracciati gli spostamenti e le azioni, offline e online, potenzialmente di tutti i cittadini e delle imprese, così da avere un quadro aggiornato in tempo reale del modo in cui si comportano, con una compressione della riservatezza che non ha eguali in nessun altro ordinamento.
Va detto peraltro che il sistema cinese, per quanto estremo nella sua concezione, appare comunque avere alcune affinità con altri meccanismi, pur diversi, in via di introduzione in altri ordinamenti. Mi riferisco a quei Paesi che hanno realizzato o stanno realizzando forme di riconoscimento facciale (o altre forme di riconoscimento biometrico) per costruire delle identità digitali che daranno accesso ai servizi pubblici[27]. È il caso, anche qui, della Cina[28], ma anche di Singapore, dell'India, e della Francia[29], che ha di recente introdotto il suo sistema ALICEM, che ha sollevato accese discussioni ed è anche oggetto di un tentativo di fermarlo per via giudiziaria da parte dell'authority francese sulla privacy, per via delle forti interferenze con la tutela della riservatezza che un sistema di questo tipo comporta[30]. Anche in Italia vi sono state molto di recente polemiche con riferimento alla proposta del ministro dell'innovazione di introdurre una forma di identità digitale gestita dallo Stato, per timori legati anche in questo caso alla tutela della riservatezza[31].
In definitiva, anche sotto questo aspetto appare concreto il rischio di invasione della sfera personale dei cittadini da parte delle pubbliche autorità, anche in questo caso con finalità almeno in parte formalmente ineccepibili, ma che nei fatti possono condurre ad una pericolosissima compressione delle libertà personali.

4. Ambito fiscale

Veniamo ora a trattare, se pur molto brevemente per le esigenze di questa trattazione,

[27] Il riconoscimento facciale è al centro delle attività anche di società private, che poi possono decidere di collaborare con le autorità, mettendo a loro disposizione la loro capacità di associare un'immagine di una persona a foto di quella stessa persona presenti online, tramite il loro enorme database: è il caso di Clearview AI, su cui cfr. K. Hill, *The Secretive Company That Might End Privacy as We Know It*, in *The New York Times*, 18 gennaio 2020.

[28] In accoppiamento con una raccolta massiva di DNA umano: così Z. Evans, *China Collects Human DNA En Masse to Advance Facial Recognition Techniques*, in *National Review*, 3 dicembre 2019.

[29] Cfr. H. Fouquet, *France Set to Roll Out Nationwide Facial Recognition ID Program,* in. *Bloomberg*, 3 ottobre 2019. Recenti fonti giornalistiche (J. Delcker-B. Smith-Meyer, *EU considers temporary ban on facial recognition in public spaces*, in *Politico.com*, 17 gennaio 2020) hanno invece riferito di una proposta su cui è al lavoro la Commissione Europea per introdurre un divieto di cinque anni a forme di riconoscimento facciale in pubblico.

[30] Mentre il presente lavoro viene redatto, il caso non è ancora stato deciso.

[31] Cfr. News1, *Digital identity, Minister Pisano: "The state should give citizens unique user names and passwords". It's controversy*, 4 gennaio 2020.

della materia fiscale, che appare senza dubbio uno degli ambiti in cui appaiono più dirompenti le conseguenze della disponibilità, da parte dei pubblici poteri, di potenti strumenti tecnologici di indagine e raccolta dati. Da questo punto di vista, il caso italiano è forse uno dei più significativi.

Secondo una recente indagine relativa appunto all'Italia, «il Fisco fa il pieno di banche dati. Sono ben 31, e non sono nemmeno tutte: il numero, infatti, fa riferimento solo ai principali centri di raccolta fiscali. A fornire il dato di questa overdose informativa è Massimo Bitonci, sottosegretario del ministero dell'economia, nel corso dell'audizione alla Commissione di vigilanza sull'anagrafe tributaria, presieduta da Ugo Parolo (Lega), tenutasi ieri. Un sistema informativo notevole, dunque, che serve tutta l'area della fiscalità, ovvero il Dipartimento delle finanze del Mef (Ministero dell'economia e finanza), le Agenzie fiscali, l'Agenzia delle entrate-Riscossione e la Guardia di finanza. Inoltre, se si tiene conto, delle banche dati della pubblica amministrazione il numero sale a 129, secondo i dati, datati 2013, dell'ultima indagine resa disponibile dalla stessa Commissione»[32].

In questo caso, i dati vengono raccolti in forma aggregata e anonima, ma nel momento in cui il sistema informatico segnala agli operatori del fisco anomalie risultanti dall'incrocio di dati presenti in qualcuna delle numerose banche dati ora ricordate, non vi sono ostacoli all'immediata identificazione del sospettato.

Tale tendenza[33], nonostante le critiche dell'autorità garante della privacy[34], è stata di recente ancor più approfondita con l'approvazione del cosiddetto decreto fiscale, 26 ottobre 2019, n. 124, convertito con modificazioni dalla legge 19 dicembre 2019, n. 157: tutto il capo primo contiene "Misure di contrasto all'evasione fiscale e contributiva ed alle frodi fiscali", e tra le altre cose prevede un allargamento delle possibilità di utilizzo delle banche dati contenenti le fatture elettroniche per le indagini di polizia economico-finanziaria[35].

Ma queste disposizioni non fanno altro che confermare una chiara direzione già intrapresa dalle autorità italiane (se pur ancora senza fare un ulteriore passo in avanti compiuto invece in tempi recentissimi dal legislatore francese, come dirò tra un momento). Un ottimo scritto di carattere giornalistico[36] ricordava in particolare la circolare n. 16/E del 28 aprile 2016 dell'Agenzia delle Entrate, che, nel delineare gli indirizzi operativi per la prevenzione e il contrasto all'evasione fiscale, chiariva che «al punto di vista operativo, alle notizie ritraibili dalle banche dati si aggiungono quelle che perven-

[32] V. Morena, *Il fisco fa il pieno di banche dati*, in *ItaliaOggi*, 7 marzo 2019; cfr. anche M. Damiani, *Banche dati del Fisco: un eccesso informativo da razionalizzare. Quali scenari?*, in *Ipsoa.it*, 30 marzo 2019.

[33] Che peraltro si inserisce nel quadro di una ben nota tendenza internazionale allo scambio transfrontaliero di informazioni bancarie raccolte a livello interno: sui profili problematici che questo comporta a livello europeo, cfr. ad esempio M.G.H. Schaper, *Data Protection Rights and Tax Information Exchange in the European Union: An Uneasy Combination*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law,* 23(3), 2016, 514 ss.

[34] A. Cherchi, *La lotta all'evasione con i super-archivi nel mirino del Garante della privacy*, in *il Sole 24 Ore*, 15 novembre 2019.

[35] R. Imparato, *Fattura elettronica, controlli a tappeto dal 2020: tutti i dati al Fisco per 8 anni*, in *Money.it*, 18 dicembre 2019.

[36] A. Scaglioni, *Evasione, da social network e big data la nuova caccia ai «furbetti»*, in *Corriere.it*, 12 gennaio 2020.

gono da altre fonti, ivi incluse fonti aperte»[37]; nonché, similmente, la circolare 1/2018 della Guardia di Finanza, del 4 dicembre 2017, che impegnava il Corpo alla «eventuale ricerca di altri elementi utili non risultanti dalle citate banche dati, anche presso gli Uffici e gli Enti pubblici presenti sul territorio, previa adozione delle necessarie cautele per garantire l'indispensabile riservatezza dell'attività da intraprendere. In tale contesto, deve essere posta particolare attenzione alla consultazione delle c.d. "fonti aperte" (articoli stampa, siti internet, social network, ecc.) al fine di acquisire ogni utile elemento di conoscenza sul contribuente da sottoporre a controllo e sull'attività da questi esercitata»[38]. In tempi recentissimi, tale orientamento ha ricevuto un importante avallo dalla Corte di Cassazione, con la sentenza n. 308/2020, che ha ritenuto legittimo un accertamento fiscale fondato su immagini prelevate da Google Street View.

Da ultimo, appare significativo un recentissimo dato di carattere comparatistico, ovvero la decisione n. 2019-796 del Consiglio costituzionale francese[39], che ha dichiarato compatibile con la costituzione l'articolo 154 della *loi de finances pour 2020*, che «autorise, à titre expérimental et pour une durée de trois ans, les administrations fiscale et douanière à collecter et à exploiter de manière automatisée les contenus accessibles publiquement sur les sites internet de certains opérateurs de plateforme, aux fins de recherche de manquements et d'infractions en matière fiscale et douanière» (§ 75). Per quel che qui viene in rilievo, i ricorrenti imputavano a tale disposizione il fatto di «*instaurer un dispositif de surveillance sur internet qui porterait une atteinte inconstitutionnelle au droit au respect de la vie privée, au droit à la protection des données personnelles et, dès lors qu'il conduirait les utilisateurs d'internet à s'autocensurer, à la liberté d'expression et de communication*» (§ 76); peraltro, a differenza che in Italia, il sistema prevede che la raccolta di big data può fungere da notizia di reato o comunque di infrazione fiscale, e dunque questi dati non vengono impiegati solo a conferma di indagini già aperte[40].

Tuttavia, l'organo di giustizia costituzionale francese ha ritenuto che fosse nel complesso accettabile il bilanciamento operato dal legislatore «*entre l'objectif de valeur constitutionnelle de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales et le droit au respect de la vie privée*» (§ 80): la limitazione a quest'ultima e alla libertà di espressione è in effetti presente, ma – purché vengano rispettati alcuni limiti che vengono specificati in via di interpretazione, tra cui la libera disponibilità delle informazioni, che devono essere reperibili senza necessità di password d'accesso – la disposizione (salvo un breve inciso) risulta compatibile con la costituzione, anche quando prevede una raccolta dati in forma anonima e aggregata che poi funga da base per avviare un'investigazione (purché poi un'individualizzazione dei dati venga effettuata).

Appare dunque evidente una tendenza del legislatore, tanto italiano quanto francese negli esempi fatti, ad avvalersi delle possibilità offerte dalle nuove tecnologie per superare le garanzie di libertà personale in ambito fiscale. Tale tendenza trova un freno

[37] Agenzia delle Entrate, *Circolare n. 16/E, Anno 2016 - Prevenzione e contrasto all'evasione – Indirizzi operativi*, 28 aprile 2016, spec. 9.

[38] Comando Generale della Guardia di Finanzia, III Reparto Operazioni – Ufficio Tutela Entrate, *Manuale operativo in materia di contrasto all'evasione e alle frodi fiscali*, vol. II, parte III, spec. 5.

[39] Décision n° 2019-796 DC du 27 décembre 2019.

[40] V. ancora A. Scaglioni, *op. cit.*

soltanto parziale o indiretto nella giurisprudenza, sia ordinaria sia costituzionale (da quest'ultimo punto di vista, oltre a quanto ricordato a proposito dell'ordinamento francese, si pensi all'affermazione di segno contrario fatta dalla Corte costituzionale italiana con il rinvio pregiudiziale alla CGUE – e in definitiva da quest'ultima accettata, se pur *obtorto collo* – nel notissimo caso *Taricco*[41]). Ancora una volta dunque la fotografia che si ricava è mista, con spinte verso la realizzazione anche in questo ambito del surveillance state, e solo limitate resistenze a livello giurisdizionale.

5. Indagini penali e sicurezza pubblica in genere

Un campo contiguo ma diverso è infine quello dell'impiego delle nuove tecnologie in indagini di carattere penale o comunque per perseguire, in via preventiva rispetto alla possibile commissione di reati, finalità di sicurezza pubblica.

Da questo punto di vista, l'ordinamento italiano si contraddistingue per un uso sempre più pervasivo, e ancora ampliato di recente dalla cosiddetta legge spazzacorrotti[42], dei captatori informatici per indagini penali (i cosiddetti trojan di stato), con riferimento ai quali perfino le Sezioni Unite della Cassazione hanno sostenuto che «è legittimo nutrire preoccupazioni per le accresciute potenzialità scrutatrici ed acquisitive dei virus informatici, suscettibili di ledere riservatezza, dignità e libertà delle persone», pur concludendo però che «è del pari legittimo ricordare che solo siffatti strumenti sono oggi in grado di penetrare canali criminali di comunicazione o di scambio di informazioni utilizzati per la commissione di gravissimi reati contro le persone»[43].

Più in generale, poi, appare abbastanza consolidata in Italia la deprecabile prassi di procedere ad intercettazione di soggetti indagati mentre si trovano assoggettati alla custodia cautelare in carcere, e di cui vengono captate conversazioni con altri detenuti (autentici o financo agenti sotto copertura) o addirittura con i propri familiari in sede di colloquio. Il tema non appare al centro della riflessione degli operatori o degli studiosi, che si sono al più concentrati sul tema delle intrusioni nella corrispondenza dei detenuti a seguito di una recente sentenza della Corte costituzionale[44], tuttavia meriterebbe a mio avviso ampia riflessione, all'insegna di una limitazione dell'impiego di questi strumenti tecnologici d'indagine nelle circostanze descritte: non si tratta evidentemente di una tecnologia nuova, ma io credo che il suo impiego rientri appieno nel catalogo che sto tracciando.

Da ultimo, merita ricordare anche quanto accadde nel caso Bossetti (nel quale, peraltro, fu fatto uso anche dell'intercettazione del colloquio in carcere dell'indagato con la moglie): in questo caso, gli strumenti tecnologici furono impiegati per condurre un

[41] Naturalmente, mi riferisco in particolare alla cosiddetta *Taricco II*: CGUE, C-42/17 – *M.A.S. and M.B.* (2017).

[42] Legge 9 gennaio 2019, n. 3, recante "Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici".

[43] Cass. civ., sez. un. 1° luglio 2016, n. 26889.

[44] D. Coduti, *La Corte costituzionale non dà il suo avallo alle "intercettazioni" della corrispondenza epistolare dei detenuti ma non esclude futuri sviluppi*, in *questa Rivista,* 1, 2017, 156 ss.; il riferimento è alla sentenza 24 gennaio 2017, n. 20.

vastissimo screening a tappeto di un'intera popolazione abitante in una determinata area, per poi procedere con l'inganno all'acquisizione di campioni di DNA, sotto il pretesto di un controllo del tasso alcolemico. Quella vicenda, che ha riempito le cronache dei quotidiani italiani, solleva certamente molti dubbi su quale sia il corretto bilanciamento da effettuare tra esigenze investigative di ricerca della verità e dei mezzi di prova, da un lato, e garanzie individuali, dall'altro, alla luce della disponibilità in capo agli investigatori di strumenti tecnologici molto invasivi; sul piano giudiziario, in ogni caso, tali modalità di indagine non solo state messe in alcun modo in discussione dalla magistratura[45].

Muovendo a considerare altri ordinamenti, vorrei ricordare un recente caso finlandese, che consente di allargare il discorso, ricollegandoci anche ad alcuni temi affrontati nelle pagine precedenti[46]. Si tratta della proposta, ad opera di un disegno legge di iniziativa governativa (HE 202/2017 vp), di attribuire alle agenzie di intelligenze militari e civili il potere di controllare le comunicazioni dei cittadini, senza dover dimostrare un nesso con uno specifico reato, in caso di semplice (e non meglio definita) minaccia alla sicurezza nazionale (e a certe condizioni anche in assenza di previa autorizzazione giurisdizionale). Per poter approvare la legge, il Parlamento provvide addirittura a modificare la costituzione, consentendo ad una legge ordinaria di limitare il diritto alla privacy per ragioni di sicurezza nazionale, se pur – anche per accogliere i rilievi del Comitato Costituzionale[47] – attenuando l'originaria proposta del governo di estendere l'applicazione dei nuovi poteri alla "prevenzione" di crimini, e limitandola così alla sola "investigazione" di crimini già commessi, nonché prevedendo che la minaccia alla sicurezza nazionale dovesse essere "seria" per giustificare le restrizioni. Pur con questi limiti, quindi, dopo una nuova pronuncia del Comitato Costituzionale[48], il disegno di legge 202/2017 fu definitivamente approvato. Questa vicenda è una poderosa testimonianza della tendenza del legislatore anche di ordinamenti ai vertici delle classifiche di qualità della democrazia a sfruttare le nuove tecnologie (anche se il tema, di per sé, predata naturalmente l'attuale rivoluzione tecnologica[49]) per estendere i poteri pubblici di sorveglianza al fine di contrastare terrorismo e altre minacce all'ordine pubblico, comprimendo le garanzie senza che la giustizia costituzionale riesca necessariamente a rappresentare un argine efficace[50].

---

[45] Cass. pen., sez. I, 23 novembre 2018, n. 52872.

[46] Cfr. il resoconto su I. Cameron, *Swedish report*, redatto nell'ambito del progetto di ricerca dello European Law Institute sulle *Common Constitutional Traditions in Europe*, inedito; v. anche il Comunicato stampa del Ministero della Giustizia finlandese, *Constitutional amendment concerning secrecy of confidential communications enters into force in October*, 4 ottobre 2018.

[47] Rapporto del Comitato Costituzionale 4/2018 vp, 21 settembre 2018 sul disegno di legge costituzionale 198/2017 vp.

[48] Opinione del Comitato Costituzionale 35/2018 vp, 15 novembre 2018.

[49] Cfr. ad es. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Klass and Others c. Germania*, del 6 settembre 1978, ric. 5029/71, che già trattava il tema dei limiti costituzionali alla sorveglianza delle autorità di polizia, ben prima che gli strumenti informatici fornissero loro un nuovo potentissimo arsenale.

[50] Una vicenda analoga si è invece conclusa con esito in parte diverso in Portogallo, dove la Corte costituzionale ha posto un argine al ripetuto tentativo legislativo di estendere i poteri di sorveglianza dei servizi di sicurezza di quello Stato: cfr. C. Santos Botelho, *Portuguese report*, redatto nell'ambito del

Questo ci porta a menzionare, se pur soltanto per brevissimi cenni, l'ordinamento dove maggiore è stata in anni recenti la riflessione su questi temi, ovvero gli Stati Uniti[51]. Patria della mastodontica operazione di sorveglianza su scala mondiale di Echelon[52], nonché dell'NSA, con le sue amplissime interferenze nelle comunicazioni private[53], e del *Patriot Act*, le cui disposizioni sulla raccolta di dati online e sulle telefonate sono state di recente prorogate ancora una volta nella propria validità da un accordo bipartisan che ha messo d'accordo due partiti su quasi ogni altra questione agli antipodi[54], gli Stati Uniti sono un fulgido esempio di democrazia compiuta che, di fronte a gravi minacce per la sicurezza nazionale, mette in atto misure straordinarie ed emergenziali, che però poi si protraggono per un tempo anche lunghissimo, comprimendo le garanzie, e incontrando limitati ostacoli sul piano giurisdizionale[55].

progetto di ricerca dello European Law Institute sulle *Common Constitutional Traditions in Europe*, inedito (sentenze 18 settembre 2019, n. 464, e 27 agosto 2015, n. 403). Un nuovo importante caso è quello promosso dall'Ombudsman di quel Paese a valle della notissima sentenza *Digital Rights Ireland* della Corte di giustizia dell'UE nelle cause riunite C-293/12 e C-594/12 (2014); con riguardo alla legislazione portoghese sulla data retention: cfr. E. Santos, Associação D3 – Defesa dos Direitos Digitais, Portugal, *Portugal: Data retention complaint reaches the Constitutional Court*, in *EDRi*, 25 settembre 2019. In ambito UE, oltre appunto a *Digital Rights Ireland*, va ricordata nella stessa direzione quanto meno *Tele2 Sverige AB*, cause riunite C-203/15 e C-698/15 (2016).
In argomento merita ricordare anche la situazione del Regno Unito. Nelle parole di C. O'Cinneide-D. Lock, *UK report* (redatto nell'ambito del medesimo progetto ELI), «*Recently the UK Government passed the Investigatory Powers Act 2016 which legal entrenched powers of bulk interception of communications carried out online. Bulk interception of internet communications, as well as a number of other types of bulk surveillance related to internet communications including bulk equipment interference (hacking), may be carried out by the UK Government. This surveillance can be carried out for a number of different purposes including to protect national security and if the 'main purpose' of the surveillance is collect 'overseas communications'. In reality much of the UK's internet communications carried out within the UK may be collected using bulk surveillance, due to the inability to distinguish between overseas and internal communications. These powers therefore have implications for freedom of expression in the UK. The issue is currently being decided upon by the Grand Chamber in Strasbourg in the case of* Big Brother Watch v UK»: si tratta di un caso da monitorare attentamente.
Fuori dall'Europa, di recente la High Court del Sudafrica della (Gauteng Division) ha stabilito l'incostituzionalità di molte disposizioni della articolata legge sulla sorveglianza del 2002 (*Regulation of Interception of Communications and Provision of Communication Related Information Act 70 of 2002*): sentenza 16 settembre 2019, *amaBhungane Centre for Investigative Journalism NPC and Another v Minister of Justice and Correctional Services and Others* [2019] ZAGPPHC 384.

[51] Cfr. fra tanti, D. Gray, *The Fourth Amendment in an Age of Surveillance*, Cambridge, 2017.

[52] Cfr. P.R. Keefe, *Chatter: Uncovering the Echelon Surveillance Network and the Secret World of Global Eavesdropping*, New York, 2005; per i riflessi sull'Europa, v. K.J. Lawner, *Post-Sept. 11th International Surveillance Activity - A Failure of Intelligence: The Echelon Interception System & (and) the Fundamental Right to Privacy in Europe*, in *Pace Int'l L. Rev.,* 14, 2002, 435 ss.

[53] Cfr. G. Greenwald, *No Place to Hide: Edward Snowden, the NSA and the Surveillance State*, London, 2015. A proposito di intercettazioni, una vicenda significativa è stata quella riferita poco oltre, alla nota 55 (order del 17 dicembre 2019).

[54] E. Boehm, *Congress Will Vote Today on Continuing Resolution That Hikes Spending, Extends Patriot Act Surveillance*, Reason, 19 novembre 2019. A onor del vero, a questa linea di tendenza fa da contraltare la giurisprudenza che ha tenuto ferme le garanzie (pur non in ambito tecnologico, dunque non rilevanti ai nostri fini), per i detenuti nell'ambito della guerra al terrorismo: v. *Rasul v. Bush*, *Hamdi v. Rumsfeld*, *Hamdan v. Rumsfeld*, e soprattutto *Boumediene v. Bush*.

[55] Al di là delle sentenze ricordate alla nota precedente, si possono ricordare i procedimenti civili e penali avviati (e talora già conclusisi con condanne pesantissime) nei confronti di Snowden, Manning, Assange: per un quadro molto approfondito, benché inevitabilmente non aggiornato con gli sviluppi più recenti, v. M.B. Kwoka, *Leaking and Legitimacy*, in *UC Davis Law Review,* 48, 2015, 1387 ss.).
Un caso in cui i giudici hanno posto un argine alla condotta delle autorità è stato quello che ha riguardato

Negli Stati Uniti si è poi anche sviluppato il tema molto interessante dei poteri di indagine delle autorità di polizia con riguardo ai cellulari protetti da password di criminali coinvolti in gravi reati e morti in conseguenza dei medesimi, l'accesso ai cui account informatici avrebbe consentito di aiutare le investigazioni. La vicenda fu come noto al centro di una disputa giudiziaria tra l'FBI e la Apple, con la seconda che si rifiutava di collaborare con la prima nello sbloccare i dispositivi altrimenti apparentemente inaccessibili dei criminali defunti, ed era determinata a contestare un primo ordine giudiziario di collaborare con il Bureau[56]. Il procedimento è stato poi archiviato dopo che l'FBI ha trovato la collaborazione di un soggetto che è riuscito a entrare negli iPhone in questione senza la collaborazione di Apple, tuttavia il tema si è riproposto di recente[57] e sarebbe molto interessante conoscere l'esito di analoga controversia qualora raggiungesse la Corte Suprema federale.

Un tema collegato e anch'esso di grande interesse è poi quello della possibilità o meno di imporre a persone indagate (in questo caso vive) di digitare la password di accesso ad un proprio dispositivo per consentire alle autorità investigative di accedervi: in casi come questi, alcune corti americane hanno ritenuto che l'imposizione di tale ordine non contrastasse con il privilegio contro l'autoincriminazione[58], mentre altre hanno ritenuto operante in questo caso la protezione costituzionale[59], per cui si tratta anche

---

l'ascolto delle conversazioni di un ex collaboratore di Trump, che era stato compiuto sulla base di informazioni rivelatesi infondate e con modalità non imparziali. In un order del 17 dicembre 2019, il giudice Collyer della Foreign Intelligence Surveillance Court ha rilevato che «*[t]he frequency with which representations made by FBI personnel turned out to be unsupported or contradicted by information in their possession, and with which they withheld information detrimental to their case, calls into question whether information contained in other FBI applications is reliable. The FISC expects the government to provide complete and accurate information in every filing with the Court. Without it, the FISC cannot properly ensure that the government conducts electronic surveillance for foreign intelligence purposes only when there is a sufficient factual basis*», ordinando quindi «*that the government shall, no later than January 10 2020, inform the Court in a sworn written submission of what it has done, and plans to do, to ensure that the statement of facts in each FBI application accurately and completely reflects*».

Un altro caso da ricordare è poi quello in cui il giudice federale Trenga ha stabilito, con un order del 4 settembre 2019, l'incostituzionalità del database di sospetti terroristi impiegato da FBI e Homeland Security Department nella lotta al terrorismo.

L'entità della sorveglianza messa in atto dall'FBI è al centro di una battaglia a colpi di richieste d'accesso, con conseguente risolto giurisdizionale, da parte del think tank libertario Cato Institute: cfr. il resoconto di P.G. Eddington, *How Extensive Is FBI Domestic Spying? We're Trying To Find Out*, in *Cato at Liberty*, 7 gennaio 2020.

Un ambito in cui, invece, sia la legislazione sia le corti non sono ancora intervenute, ma che acquisterà sempre maggior rilievo, è quello dell'accesso diretto delle forze di polizia ai dati registrati dalle società di sorveglianza con le telecamere installate per la sicurezza, condivisi da queste ultime con le forze dell'ordine spontaneamente (in modo non dissimile da quanto fatto da Clearview AI, su cui v. sopra, nota 27), così bypassando la necessità di un *search warrant*: cfr. D. McCullagh, *Doorbell Surveillance Networks Have Arrived. Should We Be Scared?*, in *Reason*, dicembre 2019.

[56] United States District Court for the Central District of California, No. ED 15-0451M, 16 febbraio 2016, in the matter of the search of an Apple iPhone seized during the execution of a search warrant on a black Lexus IS300, California License Plate 35KGD20

[57] Cfr. K. Benner, *Barr Asks Apple to Unlock Pensacola Killer's Phones, Setting Up Clash*, in *New York Times*, 13 gennaio 2020.

[58] Court of Appeals of the State of Oregon, *State v. Pittman*, 16 ottobre 2019, No. 466 (300 Or. App. 147, Or. Ct. App. 2019). Alle pagine 158 e seguenti, la sentenza contiene un'utile disamina giurisprudenziale sul tema.

[59] District Court of Appeal of the State of Florida, *G.A.Q.L. v. State of Florida*, 24 ottobre 2018, No. 4D18-1811; Court of Appeals of Indiana, *Katelin Eunjoo Seo v. State of Indana*, 21 agosto 2018, No.

in questo caso di un tema che andrà attentamente monitorato, in attesa di un possibile pronunciamento della Corte Suprema.

6. Conclusione: le ragioni di un costituzionalismo 1.0 di fronte alle sfide del *surveillance state*

Proprio l'ultima vicenda cui ho fatto cenno al termine del paragrafo precedente io credo confermi quanto ho sostenuto nella mia premessa più in alto, ovvero che la minaccia alle libertà individuali derivante da un impiego illiberale delle possibilità offerte dalle nuove tecnologie appare poter essere portata in modo assai più serio dalle autorità pubbliche rispetto alle grandi corporation, che invece – proprio come nel caso citato – possono tranquillamente svolgere addirittura la funzione opposta, di ultimi baluardi delle garanzie individuali, contro le minacce apportate dai pubblici poteri.
Ritengo quindi che il quadro delineato, per quanto inevitabilmente per sommi capi, metta ben in rilievo la tendenza in atto alla realizzazione di molte componenti del *surveillance state*. Come detto, i rischi di tale prospettiva appaiono molteplici, e di gran lunga superiori ai rischi del *surveillance capitalism*, che fino a prova contraria mantiene in capo a chiunque la libertà di sottrarsi alla raccolta di dati personali, purché si abbia un po' di accortezza nel proprio operato online e si sia disposti a rinunciare ad una serie di servizi sin qui offerti gratuitamente dalle grandi piattaforme.
Di fronte a questa prospettiva, io credo sia quanto mai urgente riaffermare le ragioni delle garanzie, e in definitiva quelle del costituzionalismo delle origini, ovvero un tentativo di predeterminare i confini del potere, arginandone l'operato tramite una previa definizione dei suoi limiti e una previsione di rimedi quanto più possibile efficaci in caso di travalicamento di tali limiti. Le nuove tecnologie non devono quindi necessariamente condurre a nulla di nuovo[60], e tantomeno ad un costituzionalismo 4.0[61], ma piuttosto appare più urgente riaffermare l'attualità del costituzionalismo di prima ondata, con il suo chiaro obiettivo, evidente sin dai testi più risalenti, di confinare il potere entro binari di operatività ben precisi e rispettosi dei diritti di libertà[62].
Il fatto che la tecnica renda possibile il perseguimento di determinati obiettivi non rende tale strada desiderabile se ciò avviene al costo di profonde (e per molti versi, questo sì, inedite) restrizioni delle libertà individuali. Solo la riaffermazione delle ragioni originarie del costituzionalismo e dei diritti fondamentali potrà infatti costituire un argine alla realizzazione di quel panopticon o grande fratello che potrà anche avere, in pro-

29A05-1710-CR-2466.

[60] Cfr. G. Inguscio, *Le* Lettere dal lago di Como *di Romano Guardini. Contenuto, evoluzione e aperture di un'opera dedicata al rapporto uomo-tecnica*, in *MondoDomani* (ringrazio la Prof.ssa Tania Groppi per lo spunto fornito in occasione del panel ricordato nella nota introduttiva).

[61] L'espressione *Constitutionalism 3.0* è stata usata da A. Somek come sottotitolo della *Introduction* al suo *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford, 2014. È stata poi ripresa tra gli altri, anche con la variante 4.0 (pur, in entrambi i casi, con significati non del tutto coincidenti), da C. Corradetti-G. Sartor (a cura di), *Global Constitutionalism without Global Democracy?*, EUI Working Paper LAW 2016/21.

[62] Cfr. la lezione di N. Matteucci, *Breve storia del costituzionalismo*, Brescia, 2010; v. anche C. McIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna, 1990 [1940].

spettiva utilitaristica, alcuni vantaggi, ma con troppi rischi per la libertà: e se, come in un noto aforisma, *il prezzo per quest'ultima è un'eterna vigilanza*[63], essa va esercitata anche vigilando nei confronti di chi vorrebbe sorvegliare "*le vite degli altri*"[64] troppo da vicino.

[63] Così il noto aforisma di Thomas Jefferson, ripreso nel titolo dell'omonimo libro di Dario Antiseri, Napoli, 2017.

[64] Il riferimento è al titolo di un celebre film sui distopici poteri di sorveglianza della Stasi.

Fake news e disinformazione online: misure internazionali*

Francesco Sciacchitano – Alessandra Panza

Abstract

L'articolo intende affrontare il tema delle *fake news* e della disinformazione online andando ad approfondire le misure che vengono adottate a livello internazionale (Commissione europea) e nazionale (AGCOM) per contrastare e porre argine a questo fenomeno che risulta in crescita grazie anche all'avvento di Internet e dei new media che consentono una maggiore capacità di diffusione dei contenuti che si propagano in maniera virale, mettendo in serio pericolo le democrazie partecipative. Si definiscono le misure messe in atto a livello europeo soprattutto il "Code of Practice on Disinformation" realizzato nel 2018 in vista delle elezioni europee del 2019 e l'Action Plan che vuole monitorare le azioni intraprese dai big player dei mercati dell'informazione come Facebook, Google e Twitter. È all'ERGA (European Regulators Group for Audiovisual Media Services) che viene attribuito il compito finale di monitoraggio, al fine di assicurare il pluralismo mediatico, in risposta anche relazione all'introduzione della nuova direttiva sull'audiovisivo (AVSMD).

This article intends to discuss the topic of fake news and online disinformation focusing on the national and the international measures implemented by AGCOM and the European Commission to fight and put an end to this growing phenomenon. Due to the presence of Internet and media dedicated to the news, the presence of fake content that goes viral has been spreading significantly, with an undermining effect on participative democracies. At the European level, the "Code of Practice on Disinformation" carried out in 2018 in view of the 2019 European elections and the "Action Plan" which aims at monitoring the actions of the big players of the information markets such as Facebook, Google and Twitter have been set up. In order to ensure media pluralism, taking into consideration the introduction of the new audiovisual directive (AVMSD), the final task of monitoring has been assigned to ERGA (European Regulators Group for Audiovisual Media Services).

Sommario

1. Il quadro teorico di riferimento. – 2. Attività internazionale: Commissione UE. – 2.1. La task force Est StratCom. - 2.2. Il quadro comune per contrastare le minacce

* Il presente saggio è stato inviato su richiesta della direzione e pertanto, conformità all'art. 15 del regolamento della Rivista, non è stato sottoposto a referaggio.

ibride e il report "Le piattaforme online e il mercato unico digitale. Opportunità e sfide per l'Europa. Consultazione pubblica su notizie false e disinformazione". - 2.3. L'HLEG (High Level Expert Group). - 2.4. Contrastare la disinformazione online: un approccio europeo. - 2.5. Il forum multilaterale sulla disinformazione e il regolamento sull'identificazione elettronica. - 3. Il Code of Practice on Disinformation. - 3.1. Le misure del Code of Practice on Disinformation - 3.2. L'opinione del Sounding Board. – 4. L'Action Plan. – 5. Il ruolo dell'ERGA nella lotta alla disinformazione. – 6. La ricerca in AGCOM: il Tavolo tecnico per la garanzia del pluralismo e della correttezza dell'informazione sulle piattaforme digitali. - 6.1. Linee guida per la parità di accesso alle piattaforme online durante la campagna elettorale per le elezioni politiche 2018. – 7. Alcune misure dei Paesi europei per combattere il fenomeno della disinformazione: la legge francese contro le *fake news*. - 7.1. Il progetto Cross Check di Grégoire Lemarchand. -7.2. I limiti della legge francese e del Progetto Cross Check. - 8. Riflessioni conclusive

Keywords

Fake news - Code of Practice on Disinformation - action plan – AGCOM - Erga

1. Il quadro teorico di riferimento

Analizzare il tema delle *fake news* significa riflettere sul concetto di post-verità, eletta parola dell'anno 2016 dall'Oxford Dictionary. La parola viene definita come «Relativo a o che denota circostanze in cui i fatti oggettivi sono meno influenti nel plasmare l'opinione pubblica del ricorso alle emozioni ed alle convinzioni personali»[1]. Il concetto di post-verità era già esistente nel 2016 ma la scelta di nominarla come parola dell'anno è da attribuire al suo ampio utilizzo soprattutto in riferimento alle elezioni nel Regno Unito (Brexit) e a quelle americane che hanno portato all'ascesa di Trump. Il termine "post" non fa riferimento ad un aspetto cronologico, ossia ad un periodo successivo ad un altro, ma ad un nuovo concetto «in cui il sostantivo a cui si riferisce è diventato irrilevante o poco importante» (Oxford Dictionary). Sta a significare "oltre la verità" perché nell'epoca in cui viviamo non viene attribuita troppa importanza tra ciò che è vero e ciò che "oggettivamente" non lo è. Il concetto di informazione va a cambiare radicalmente e, come afferma Luhmann, acquisisce il significato di novità e di tempo e trasforma l'informazione di oggi in una "non informazione" di domani[2]. Nell'ambito di quella che viene definita convergenza mediatica dove «I vecchi e i nuovi media collidono»[3], Internet è alla base di questo processo e va a collegare l'informazione con le nuove tecnologie di comunicazione, portando ad un'aggregazione tra parti terze che non hanno policy e UGC (*user generated content*) ossia i contenuti prodotti dagli utenti[4].

[1] Oxford Dictionary.

[2] N. Luhmann-R. De Giorgi, *Teoria della società*, Milano, 2009.

[3] H. Jenkins, *Cultura convergente*, Milano, 2007.

[4] M. Peitz-M. Reisinger, *The Economics of Internet Media* in *Handbook of Media Economics*, vol. 1A, 2015.

Con Internet e le nuove tecnologie di comunicazione cambiano i modelli di consumo dell'informazione e i processi di produzione della notizia, dove i tempi per la verifica dell'attendibilità dei fatti si riducono sostanzialmente, andando ad influenzare la qualità del contenuto della notizia prodotta. Dal lato della stampa se aumentano i costi per la prima "copia" si abbattono quelli all'entrata, permettendo a nuovi player di introdursi nel mercato[5]. Di conseguenza mutano i meccanismi economici in atto nei modelli di finanza pubblicitaria che si sviluppano attorno al concetto di mercati bilaterali, in cui sono le piattaforme online a fornire ai consumatori contenuti, rivendicandone l'attenzione da parte degli inserzionisti. In questo modo il risultato prodotto dai new media è quello della combinazione dell'attenzione del consumatore e del costo pubblicitario[6].
Nell'epoca dell'*overload* informativo e della post-verità, la realizzazione di notizie false, delle cosiddette bufale che si diffondono ed incidono sulla formazione dell'opinione pubblica trova ampio margine di diffusione nell'ambito della disintermediazione della comunicazione dove grazie ai nuovi social media, la libertà di espressione si è rafforzata proprio perché tutti possono accedere ai sistemi informativi con pochi click e allo stesso modo chiunque può esprimersi attraverso il web. Nel processo di produzione dell'informazione si introducono nuovi player, tra i quali ci sono le piattaforme online, gli editori online, gli influencer e i giornalisti ed un ruolo decisivo è esercitato dagli utenti che diventano sia "prosumer" ovvero produttori di notizie che "consumatori" delle stesse, le quali si diffondono viralmente[7] . Si viene a generare un vero e proprio dibattito sugli aggregatori di notizie che vengono definiti dei "sostituti" nel consumo di notizie tradizionali proprio perché le pagine di destinazioni forniscono frammenti di notizie e vanno a ridurre l'incentivo a fare click sugli articoli collegati[8].
Proprio in tale ambito le *fake news* rispetto al passato, risultano avere una portata molto più ampia grazie alla velocità di diffusione delle informazioni che diventano virali e alla capacità di condivisione delle stesse attraverso le nuove reti sociali. Se le *fake news* sono sempre esistite, basti pensare al mito dei comunisti che mangiavano i bambini, o all'esperimento condotto da Orson Welles con la "Guerra dei mondi", notizia radiofonica che diffuse l'invasione marziana (inesistente) ma che fu percepita come reale dell'audience, oggi le notizie informative vengono rafforzate dai nuovi social media che ne cambiano in parte la struttura attraverso la brevità dei tweet o dei post su Facebook, andando a trasformare i criteri di notiziabilità e provocando un vero e proprio evento di rottura, una "*digital disruption*" che va ad incidere anche sullo sviluppo e la creazione di nuovi modelli di business. Le democrazie si trovano in difficoltà a causa del fenomeno in crescita delle *fake news* che «rischiano di diventare il capro espiatorio di qualsiasi risultato elettorale che non soddisfi le aspettative di analisti politici ed editori di giornali» (dichiarazione di Giovanni Zagni, Pagella Politica*)*. Se da un lato i social network hanno favorito la diffusione di un pensiero alternativo, del-

[5] AGCOM, Rapporto sul Consumo di Informazione, febbraio 2018.

[6] S. Anderson- B. Jullien, *The advertising financed business model in two-sided media markets*, in *Handbook of media economics*, vol. 1a, 2016.

[7] G. Fabris, *Societing*, Milano, 2008.

[8] S. Athey-M. Mobius, *The impact of news Aggregators on Internet News Consumption: The case of Localization*, in GSB CMIS, Working Paper no. 3353, 11 January 2017.

la controinformazione, permettendo quella che viene definita *democrazia partecipativa*, dall'altro lato hanno enfatizzato il problema delle *fake news* fungendo come cassa di risonanza delle informazioni che non possono essere sottoposte a quel controllo a cui i media tradizionali sono maggiormente soggetti. Si viene a determinare quindi un cambiamento non solo a livello di comunicazione ma anche nel rapporto tra cittadini e mondo dell'informazione. Se gli utenti connessi a Facebook sono aumentati, insieme alle loro capacità informatiche, non significa che si sono rafforzate anche le loro competenze informative. Accanto a questo emerge una crisi di fiducia nei confronti delle istituzioni. Le *fake news* possono essere considerate come il risultato della combinazione di più fattori: la creazione e il rafforzamento di ambienti digitali con contenuti determinati a livello tecnologico, l'affermazione del concetto di post-verità e la relazione con il populismo che consentono il moltiplicarsi di contenuti a livello narrativo che si diffondono su più piattaforme mediali andando ad influenzare i processi di costruzione della realtà sociale[9]. Ci si ritrova da un lato a dover garantire la libertà di espressione secondo quanto sancito anche Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dall'altro a dover arginare un fenomeno che mette in pericolo la formazione dell'opinione pubblica su temi politici, influenzando i processi democratici di accesso alle informazioni. L'incidenza della disinformazione ha ricadute diverse da una società all'altra perché dipende da fattori quali l'istruzione, la cultura, la fiducia nelle istituzioni, il funzionamento dei sistemi elettorali ed anche il ruolo delle diseguaglianze sociali ed economiche.

Anche da parte delle istituzioni delineare un perimetro di definizione delle *fake news* non è semplice; esse vengono definite informazioni false, non verificabili o fuorvianti create e presentate al fine di un guadagno economico e di lucro, alla cui base c'è l'intenzione di ingannare il pubblico, provocando danni. Infatti, se una *fake news* se è creduta vera o interessante, genera un effetto virale tra il sito e i vari social network sites, traendo profitto dalla quantità di visite al sito stesso. I soggetti coinvolti nel processo di disinformazione sono molteplici, dai big player che detengono il possesso delle piattaforme online, agli utenti. Definire il concetto di *fake news* non è semplice proprio perché può richiamare diversi ambiti e punti di vista. Sicuramente si tratta di notizie provenienti da fonti che non hanno alle spalle attività di verifica, notizie satiriche che dai cittadini possono essere percepite come reali, provenienti da fonti che alimentano teorie complottistiche, da fonti di gossip o hate news che promuovono forme di discriminazione come razzismo, omofobia e che utilizzano titolazioni sensazionalistici per il fenomeno del *clickbaiting* "catturando" click, notizie che supportano specifici punti di vista ed orientamenti politici o che imitano le notizie reali[10].

---

[9] M. Morcellini-M. Antenore, *Non è vero ma ci credo. Se Post-Verità è la parola dell'anno*, in paradoxaforum.com, 20 aprile 2017.

[10] AGCOM, Delibera 423/17/CONS, "Le strategie di disinformazione online e la filiera dei contenuti fake. Tavolo tecnico per la garanzia del pluralismo e della correttezza dell'informazione sulle piattaforme digitali".

2. Attività internazionale: Commissione UE

Dal 2016 la Commissione europea ha iniziato a prendere consapevolezza del fenomeno delle *fake news* proprio perché comincia ad essere consapevole che le attività illegali espresse online possono essere perseguitate proprio come quelle offline. Inoltre, le informazioni verificate come false allo scopo di ingannare intenzionalmente il pubblico e il dibattito pubblico, riducono la fiducia dei cittadini nei media e nelle istituzioni, infatti il 73% degli utenti è molto preoccupato della disinformazione nei periodi elettorali[11]. Inizia così un iter legislativo e normativo per porre un argine al fenomeno e provare a regolamentarlo. Ci si interroga, dunque, sul ruolo che i diversi player debbano avere, cercando di definire le loro responsabilità, al fine di trovare ed implementare strategie e misure coerenti in tutta l'Unione europea. L'obiettivo che si è posta la Commissione europea per combattere il fenomeno della disinformazione è di una maggior collaborazione tra i vari soggetti istituzionali ed economici, migliorando il coordinamento tra le differenti attività ma anche rafforzando la maggiore consapevolezza dei cittadini nell'utilizzo dei new media.

2.1. La task force East StratCom

Il primo intervento normativo da parte della Commissione europea è stato l'avviamento della Task Force East StratCom[12] che risale a marzo del 2015, in seguito ad una riflessione sul tema della disinformazione in Russia, uno dei Paesi con tassi maggiori di *fake news* prodotte e dove i media locali hanno una forte influenza nel plasmare l'opinione pubblica tanto che sono stati rintracciati circa 500 esempi di *fake news* a favore del Cremlino. Tra gli obiettivi posti dalla Task c'è stato il rafforzamento della libertà mediatica, favorendo non solo i media locali, ma cercando di creare sinergie anche con attori esterni, sviluppando campagne di comunicazione volte ad una maggiore interazione e cooperazione tra le politiche tra UE e Paesi orientali, fornendo informazioni e dati ai giornalisti e player che si occupano del problema della disinformazione.

2.2. Il quadro comune per contrastare le minacce ibride e il report "Le piattaforme online e il mercato unico digitale. Opportunità e sfide per l'Europa. Consultazione pubblica su notizie false e disinformazione"

Successivamente, nel 2016, viene adottato "il quadro comune per contrastare le minacce ibride"[13], creando una cellula dell'UE per l'analisi delle minacce ibride. Sempre

[11] Domande e risposte- L'UE interviene per contrastare la disinformazione, in *europa.eu*, 5 dicembre 2018.

[12] Task Force East Strat Com, in *europeansources.info*, 2018.

[13] Commissione europea, *Quadro congiunto per contrastare le minacce ibride. La risposta dell'Unione europea*, in *europa.eu,* 6 aprile 2016.

nello stesso anno, viene presentato il report dal titolo "Le piattaforme online e il mercato unico digitale Opportunità e sfide per l'Europa"[14] dove la Commissione ha l'intento di valutare il ruolo globale delle piattaforme in funzione degli intermediari online, grazie a degli studi di consultazione pubblica. Da un lato vengono mostrate le valutazioni sulle piattaforme online e l'impatto sull'economia digitale, dall'altro si vogliono delineare le sfide normative che è necessario affrontare, dove risulta cruciale il contributo all'innovazione e alla crescita dei mercati degli Stati membri da parte delle stesse piattaforme online. Di conseguenza, non solo è necessario attuare politiche volte ad un miglioramento tecnologico, ma anche instaurare un solido collegamento tra i vari soggetti, proteggendo gli interessi di tutti i player coinvolti nei network economici, come ad esempio il rapporto acquirente-venditore. Creare un mercato unico digitale e funzionale diventa quindi l'obiettivo principiale degli Stati membri che intende valorizzare ancora di più il ruolo di nuovi player nell'innovazione tecnologica come, ad esempio, le startup che stanno crescendo notevolmente e che hanno raggiunto il numero di circa 10.000 secondo l'ultimo dato pubblicato da Infocamere[15].
In tale contesto, porsi l'obiettivo di un quadro normativo unificato significa voler sviluppare pari condizioni concorrenziali per servizi digitali, una condotta più responsabile da parte delle piattaforme online, salvaguardare la fiducia degli utenti e favorire l'apertura dei mercati nell'ottica di un'economia basata sui dati.
A novembre 2017 viene lanciata la "Consultazione pubblica su notizie false e disinformazione"[16], istituendo un gruppo di Esperti di Alto livello rappresentato da accademici, piattaforme online, mezzi di comunicazione e organizzazione della società civile, al fine di sviluppare una strategia comune grazie alla collaborazione e al dialogo con gli Stati membri dove al centro della discussione c'è la ricerca di un equilibrio tra la libertà di informazione e il diritto dei cittadini di avere accesso alle informazioni (gruppo HLEG).

2.3. L'HLEG (High Level Expert Group)

A gennaio 2018 c'è stata la prima riunione con l'HLEG (High Level Expert Group), un gruppo di esperti riguardanti le *fake news* e convocati dalla Commissione europea. Il gruppo è composto è composto da 39 membri specializzati in settori economici e sociali, in particolare piattaforme online, media e stampa. Nel report pubblicato in seguito alla riunione, si sottolinea l'importanza della minaccia del fenomeno della disinformazione e non tanto quella delle *fake news*: «*problem of disinformation, which involves content that is not actually or completely "fake" but fabricated information blended with facts, and practices that go well beyond anything resembling "news" to include some forms of automated accounts used for astroturfing, networks of fake followers, fabricated or manipulated videos, targeted*

[14] Parlamento europeo, *Le piattaforme online e il mercato unico digitale. Opportunità e sfide per l'Europa*, in *europa.eu,* 25 maggio 2016.

[15] Startup e PMI innovative, in startup.registroimprese.it.

[16] *A multi-dimensional approach to disinformation*, report of the independent High level Group on fake news and online disinformation, *ec.europa.eu*, 2018.

advertising, organized trolling, visual memes, and much more. It can also involve a whole array of digital behaviour that is more about circulation of disinformation than about production of disinformation, spanning from posting, commenting, sharing, tweeting and re-tweeting». Secondo il gruppo di lavoro il termine "*fake news*" non riesce a cogliere del tutto la problematica della disinformazione perché riguarda contenuti che non sono completamente fake ma che fabbricano informazioni nascoste mediante fatti che vanno ben oltre qualcosa che possa assomigliare alle notizie e che includono follower fake, video manipolati o pubblicità troppo targettizzate. Inoltre, il gruppo sostiene che l'inadeguatezza del termine *fake news* sia dovuta anche all'utilizzo stesso del termine da parte di politici e sostenitori per rigettare qualcosa con cui non sono a favore e sono in disaccordo. Una ricerca pubblicata dal Reuters Institute for the Study of Journalism di Oxford [17] ha mostrato infatti che anche gli stessi cittadini spesso associano il termine al dibattito tra le parti politiche[18].

Nel report pubblicato dall'HLEG i membri sono andati ad identificare cinque linee strategiche di intervento, tra cui: il miglioramento della trasparenza dell'ecosistema dell'informazione digitale, la promozione dell'utilizzo dei media in ottica di *media literacy* e lo sviluppo di strumenti di responsabilizzazione di utenti e giornalisti per un utilizzo consapevole della rete. L'approccio che viene proposto dall'HLEG è quello dell'autoregolamentazione da parte di un insieme di più stakeholder i quali dovrebbero seguire le linee strategiche sopra descritte e, in parallelo, cercare di rafforzare la *media literacy*.

A marzo dello stesso anno sono stati pubblicati i risultati provenienti dalla pubblica consultazione e la ricerca sull'euro barometro, un'indagine condotta su 26.000 cittadini tramite interviste telefoniche al fine di valutare la loro percezione di notizie false e il grado di fiducia nei confronti delle fonti mediatiche. I risultati mostrano una certa preoccupazione nei confronti della diffusione di notizie online, l'83% dei cittadini infatti reputano le *fake news* un reale pericolo per le democrazie, considerando la radio come la fonte di informazione più attendibile (70%), seguita dalla televisione (66%), giornali e stampa (63%). Inoltre, secondo gli intervistati i soggetti che dovrebbero avere un ruolo determinante nel contrastare i fenomeni di disinformazione sono: i giornalisti (45%), le autorità nazionali (39%) e la gestione della stampa e della trasmissione (36%)[19].

2.4. Contrastare la disinformazione online: un approccio europeo

Nella Comunicazione di aprile[20] inizia a prendere forma l'approccio europeo per con-

[17] Reuters Institute for the Study of Journalism di Oxford, in *reutersinstitute.politics.ox.ac.*

[18] R. Kleis Nielsens-L. Graves, *News You don't believe. Audience Perspective on Fake News in Oxford in Reuters Institute for the study of Journalism*, 2017.

[19] Final results of the Eurobarometer on fake news and online disinformation, 12 marzo 2018.

[20] *Lotta alla disinformazione online: proposta della Commissione di un codice di buone pratiche dell'UE*, in *europa.eu*, 26 aprile 2018.

trastare la disinformazione con l'obiettivo di aumentare la trasparenza, l'affidabilità e l'attendibilità delle informazioni. Si intende sviluppare un codice di buone pratiche, una forma di autoregolamentazione tra i big player pubblicitari ed aumentare la rete dei verificatori dei fatti. Nella relazione "Contrastare la disinformazione online: un approccio europeo"[21] si sottolinea ancora una volta la capacità della disinformazione di «erodere la fiducia nelle istituzioni e nei mezzi di comunicazione digitali e tradizionali e danneggia le nostre democrazie ostacolando la capacità dei cittadini di prendere decisioni informate»[22]. Vengono a delinearsi cinque gruppi di azioni tra i quali c'è lo sviluppo di un codice di autoregolamentazione sia per le piattaforme online che per i player dell'industria pubblicitaria al fine di aumentare la trasparenza e rafforzare il ruolo degli utenti con nuovi strumenti, in modo da proteggerli. Viene messa in evidenza la necessità di creare un network di *fact checkers* indipendenti per stabilire i gruppi di lavoro e scambiare consigli e *best practice* per migliorare.

Il punto cruciale è che i contenuti legali anche se possono essere considerati dannosi rispondono comunque al principio di libertà di espressione sancito dalla Costituzione e di conseguenza diventa più difficile rimuoverli a dispetto di contenuti illegali che possono essere rimossi con una giustificazione. Si utilizzano strumenti di disinformazione per manipolare contenuti circa posizioni politiche, dibattiti pubblici riguardanti temi come l'immigrazione, la salute, la finanza. Secondo una ricerca condotta nel 2016[23], il 57% della popolazione utilizza modalità online per la lettura di informazioni, un terzo dei quali sono giovani in età compresa tra i 18 e i 24 anni e, inoltre, circa l'80% degli europei si è imbattuto in casi di *fake news*. Secondo l'83% del campione considerato le notizie false rappresentano un problema per la democrazia in generale.

Successivamente, il Parlamento europeo ha invitato la Commissione ad analizzare nel dettaglio la situazione attuale e il quadro giuridico vigente relativo alle notizie false e a verificarne l'intento legislativo. A marzo 2018 il Consiglio europeo dichiara che «le reti sociali e le piattaforme digitali devono garantire pratiche trasparenti e la piena protezione della vita privata e dei dati personali dei cittadini». Sempre nello stesso mese viene consegnata insieme alla consultazione pubblica, la relazione da parte del Gruppo di esperti di alto livello, inerente attività di ricerca e consulenza sul fenomeno. Le linee guida dettate dalla Commissione per combattere i fenomeni di *fake news*, prevedono dei principi da rispettare che riguardano la trasparenza, la diversità e la credibilità dell'informazione e lo sviluppo di soluzioni inclusive al fine di implementare un ecosistema più responsabile, con maggiori capacità di verifica delle informazioni.

La trasparenza riguarda l'origine dell'informazione, il modo in cui viene prodotta e divulgata al fine di aiutare i cittadini nella valutazione di ciò che è reale da ciò che non lo è. Devono essere informazioni credibili, affidabili e riconoscibili come tali anche grazie a degli indicatori e "segnalatori" che ne possano migliorare il sistema di tracciabilità. Ancora una volta è necessario stimolare ed aumentare la consapevolezza dell'utilizzo del sistema mediatico online da parte dei cittadini con azioni di *media literacy* e di

[21] *Contrastare la disinformazione online: un approccio europeo*, in *ec.europa.eu*, 26 aprile 2018.

[22] Office of the European Union, *A multi-dimensional approach to disinformation Report of the independent High level Group on fake news and online disinformation*, 12 marzo 2018.

[23] AGCOM, *Rapporto sul consumo di informazione*, 19 febbraio 2018.

cooperazione con le autorità pubbliche e le piattaforme di inserzionisti.

2.5. Il forum multilaterale sulla disinformazione e il regolamento sull'identificazione elettronica

A maggio 2018, la Commissione ha convocato un Forum multilaterale sulla disinformazione[24] al fine di iniziare ad abbozzare un Codice di pratiche per contrastare il fenomeno. Il gruppo di lavoro del Forum è formato da piattaforme online, rappresentanti dell'industria pubblicitaria, dagli inserzionisti e in più ci sono i membri del Sounding Board provenienti dal mondo mediatico, accademico e dalla società civile. Il forum propone 15 impegni da mantenere che si possono raggruppare in 5 linee strategiche:

1. analisi delle inserzioni pubblicitarie;
2. messaggi pubblicitari di natura politica e campagne di sensibilizzazione;
3. integrità dei servizi;
4. responsabilizzazione dei consumatori;
5. responsabilizzazione della comunità dei ricercatori.

L'obiettivo del forum, oltre quello di rispettare gli "impegni" elencati precedentemente, è quello di rafforzare la cooperazione tra piattaforme online, industrie pubblicitarie, inserzionisti e rappresentanti dei mezzi di comunicazione e della società civile. Tra i firmatari iniziali ci sono Facebook, Google, Twitter e Mozilla insieme alle associazioni di categoria rappresentanti le piattaforme online (EDIMA)[25]e quelle pubblicitarie come ad esempio EACA (The European Association of Communications Agencies), IAB Europe (European-level industry association for the online advertising ecosystem). La finalità della Commissione europea è quello di potenziare la verifica dei fatti, le conoscenze collettive e la capacità di controllo della disinformazione. Al fine di potenziare la verifica dei fatti, nella comunicazione "Contrastare la disinformazione online: un approccio europeo", la Commissione ha introdotto una fitta rete di soggetti con l'obiettivo di monitorare la portata, le tecniche e gli strumenti della disinformazione, per individuare e mapparne i meccanismi e sviluppare indicatori adeguati volti alla condivisione di informazioni tra le piattaforme e le autorità. Il risultato è stato lo sviluppo di una rete europea indipendente per la verifica dei fatti che si implementa anche attraverso piattaforme online sicure che permettono di segnalare a livello statistico informazioni indipendenti ed affidabili. Una misura di grande rilevanza è stata l'introduzione della rete internazionale dei verificatori dei fatti (IFCN) con un progetto più incentrato sulle elezioni parlamentari europee e basato maggiormente su standard stabiliti come la deontologia giornalistica.

Per promuovere la responsabilità online, la Commissione in rispetto del regolamento sull'identificazione elettronica (eiDAS), vuole sostenere maggiormente l'adozione di sistemi online che permettono di identificare l'origine delle informazioni, impegnandosi per l'introduzione di una base normativa comune per interazioni elettroniche

[24] Il Forum multilaterale sulla disinformazione è composto da due sottogruppi, un gruppo di lavoro e il Sounding Board.

[25] L'EDIMA rappresenta le piattaforme online e altre aziende tecnologiche.

sicure fra cittadini, imprese e pubbliche amministrazioni che incrementi la sicurezza e l'efficacia dei servizi elettronici e delle transazioni di e-business e commercio elettronico nell'Unione europea[26]. A tal fine la Commissione ha deciso di aderire al progetto Co-inform, una proposta di co-creazione di un'infrastruttura tecnologica che porti all'immediata individuazione di disinformazione, grazie alla collaborazione che crea valore tra cittadini, politici e verificatori dei fatti.

Tutte le linee strategiche di intervento sopra citate rientrano nel programma di lavoro Horizon 2020 che pone enfasi sull'utilizzo di nuove tecnologie come, ad esempio, l'intelligenza artificiale, le tecnologie mediatiche o quelle innovative, come la catena dei blocchi per aiutare a mantenere integri ed affidabili le informazioni, infatti il programma «Gode del sostegno politico dei leader d'Europa e dei membri del Parlamento europeo, i quali hanno concordato che l'investimento sulla ricerca e sull'innovazione è essenziale per il futuro dell'Europa e lo hanno quindi messo al centro della strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva».[27]

Nell'ambito del programma Horizon 2020 vengono implementati progetti volti alla ricerca tecnologica al fine di individuare la disinformazione online e sviluppare nuovi strumenti per la verifica dei contenuti, basti pensare al CER Comprop e Bot find che stanno provando ad analizzare in che modo i sistemi automatizzati per la diffusione di propaganda vanno ad incidere sul dibattito pubblico in Europa. Rilevante è anche il progetto CER Debunker che va a concentrarsi sulla percezione errata da parte della popolazione europea riguardante temi di questioni sociali. Invid, invece, è il progetto volto a verificare lo sviluppo di strumenti per il monitoraggio dei contenuti audiovisivi.[28] Il progetto Fandango infine va a supportare maggiormente i media tradizionali nell'individuazione della *fake news* e si basa soprattutto sull'importanza dell'intelligenza artificiale per individuare le *fake news*, in modo da creare un flusso di informazioni più sicuro soprattutto a livello sociale. Inoltre, attraverso l'AI si vogliono fornire ai giornalisti indicatori per riconoscere l'affidabilità di una notizia. Il progetto utilizza algoritmi per identificare le *fake news* grazie all'analisi delle relazioni presenti all'interno del testo, del titolo e delle frasi. Effettua un'analisi semantica per incrociare le notizie pubblicate e gli autori ed infine l'analisi multimediale volta ad individuare le connessioni tra contenuti audiovisuali, fotografie e video.

Nell'ambito di questo programma inoltre è stata introdotta un'azione di monitoraggio chiamata SOMA[29] (Social Observatory for Disinformation and Social Media Analysis) al fine di creare una rete ricercatori universitari e verificatori dei fatti impegnati ad analizzare il fenomeno della disinformazione per cercare di individuare delle risposte valide per contrastarlo, anche mediante il supporto di un'infrastruttura di tipo tecnico-informatico.

La preoccupazione nei confronti della tutela del sistema elettorale e democratico, porta la Commissione europea ad avviare un dialogo costante con gli Stati membri e a collaborare con l'Agenzia dell'Unione europea per la sicurezza delle reti e dell'infor-

[26] eIDAS (electronic Identification Authentication and Signature).

[27] Programma Horizon 2020, in *horizon2020news.it*.

[28] Invid, video verification, in *invid-project.eu*.

[29] SOMA (Social Observatory for Disinformation and Social Media Analysis).

mazione in termini di attività di cyber security. Importante è la conferenza che si è tenuta il 25 e il 26 aprile 2018 dove hanno collaborato i rappresentanti del gruppo di cooperazione sula sicurezza delle reti e dell'informazione (NIS) e i comitati elettorali che hanno portato, come risultato, alla pubblicazione di un compendio a luglio 2018 riguardante la cybersicurezza nell'epoca delle tecnologie digitali, avente come focus le minacce specifiche ai comitati elettorali. Il convegno "Election Interference in the Digital Age: Building Resilience to Cyber-Enabled Threats[30]" tenutosi ad ottobre 2018 ha avuto l'obiettivo di far acquisire una maggiore consapevolezza della cybersicurezza durante le elezioni, fornendo direttive ad autorità e comitati.
In termini di diffusione di *media literacy*, invece, è stato introdotto un progetto pilota "Alfabetizzazione mediatica per tutti", [31] che in accordo con la nuova direttiva sui servizi media audiovisivi, tende a promuovere lo sviluppo di una maggiore consapevolezza dei nuovi social media verso i tutti i settori della società, grazie anche ad iniziative come il programma *Erasmus+* volte a sensibilizzare i pubblici su tematiche come la sicurezza di Internet e il benessere digitale. In particolare, nella campagna #saferinternet4eu la Commissione include iniziative volte a stimolare un uso più consapevole della rete, organizzando settimane per promuovere questi temi, collaborando con l'OCSE, incoraggiando il lavoro in vista di *skill* nuove che vengono richieste e quindi di nuove competenze di occupazione digitale, attuando il Piano di azione per l'istruzione Digitale o i tirocini "Opportunità digitali". Ovviamente tutte queste misure rispondono alla nuova direttiva AVMS dove si riconosce la centralità della condivisione di video la quale vuole offrire misure e strumenti efficaci di alfabetizzazione mediatica ed adottare misure volte al loro sviluppo (Audio-Visual Media Services Directive).
Infine, per quanto riguarda il giornalismo di qualità, è necessario considerare i regimi dei mercati che non ne favoriscono la diffusione, la Commissione infatti pubblica dei registri online con riferimenti alle norme sugli aiuti orizzontali degli stati per affrontare le dinamiche di mercato che ostacolano la diffusione di un giornalismo di tipo "fake". Sicuramente quello che è necessario implementare per contrastare le minacce interne ed esterne poste dalla disinformazione, è un approccio di comunicazione strategica che richiede attività di sensibilizzazione per contrastare il fenomeno delle *fake news*, rafforzato anche dalla collaborazione con il Servizio Europeo per l'Azione Esterna (SEAE)[32] raccogliendo i dati in una piattaforma sicura in modo che possano essere condivisi e condivisibili tra i differenti Stati Membri.

3. Il Code of Practice on Disinformation

Nel tentativo di creare un processo di regolamentazione per il fenomeno *fake news*, durante il mese di settembre 2018 è stato pubblicato da parte della Commissione eu-

[30] Election interference in digital age: building resilience to cyber enabled, in *europa.eu*, 15-16 ottobre 2018.

[31] *Alfabetizzazione mediatica per tutti,* in *europe.eu*, 30 agosto 2016

[32] SEAE, Servizio Europeo per l'Azione Esterna.

ropea il "Code of Practice on Disinformation"[33], un codice realizzato con l'obiettivo di porre un rimedio al fenomeno, ormai in crescita, che mette in pericolo le società occidentali, soprattutto in vista delle europee del 2019. Si tratta di un codice siglato tra la Commissione europea, le aziende private e le associazioni, i quali rappresentano i soggetti principali all'interno della filiera di produzione dell'informazione. Il codice fa riferimento ad un *framework* giuridico già esistente come: la Carta europea sui diritti fondamentali, la "Convenzione europea sui Diritti Umani", la direttiva europea 31 del 2000 con particolare riferimento agli articoli 12 e 15 che disciplinano le condotte dei provider, degli host e dei social media, la direttiva 679 del 2016 sulla protezione dei dati personali e infine la direttiva 29 del 2005 per le pratiche commerciali b2c e la112 del 2006 sulla pubblicità comparativa. Il 16 ottobre 2018 viene firmato il Code of Practice on Disinformation da parte di Facebook, Google, Twitter, Mozilla, le associazioni rappresentanti le piattaforme online (EDIMA), le associazioni rappresentanti l'industria pubblicitaria e gli inserzionisti (EACA, IAB Europe, WFA e UBA). Facebook, Google, Twitter e Mozilla hanno sottolineato un numero di attività specifiche da portare avanti soprattutto in relazione alle elezioni politiche del 2019.

Tra gli obiettivi generali del codice si evincono: l'identificazione delle azioni che i firmatari possono mettere in atto per affrontare le sfide poste in essere dalla disinformazione, il miglioramento della valutazione dell'inserimento pubblicitario in piattaforme online con lo scopo di ottenere guadagni grazie alla viralità della disinformazione e a meccanismi di *clickbaiting*, assicurare la trasparenza delle pubblicità con focus politici facendo comprendere perché alcune pubblicità arrivano a dei target piuttosto che altri, sviluppare policy specifiche contro questo fenomeno, intensificare gli sforzi per la chiusura di account fake e stabilire regole chiare per arginare il problema dei bot facendo sì che si riconosca quello che è umano da quello che non lo è, assicurare l'integrità dei servizi, i diritti fondamentali e il diritto all'anonimato in relazione anche alla convenzione europea sui Diritti Umani. Accanto a questi primi obiettivi che , come sancisce il Codice, hanno il punto in comune di «diminuire e contrastare il fenomeno della disinformazione aumentando i processi di trasparenza dei contenuti e l'attendibilità degli stessi anche assicurando feed con informazioni appropriate rispettando il principio di libertà di opinione e di espressione», c'è il problema di rendere consapevoli gli utenti degli strumenti e delle piattaforme online con cui si trovano ad interagire, rispettando al tempo stesso la privacy ma anche permettendo l'accesso ai dati per implementare attività di *fact checking* e di ricerca. Nel codice si afferma che tutti i firmatari, nella loro "buona fede", attuano misure per rendere applicabili le policy, rifiutano i guadagni provenienti da fonti di disinformazione e lavorano insieme e utilizzano servizi e *tool* per assicurare la sicurezza dei brand e per riconoscere l'autenticità dei loro contenuti. Si riconoscono quelli che sono gli indicatori di attendibilità dei *fact checker* che vengono utilizzati per i meccanismi di riconoscimento della disinformazione, oltre che per supportare gli inserzionisti pubblicitari nella definizione delle loro strategie mediatiche. Tra i compiti del Code of Practice si sottolinea l'esigenza di analizzare gli annunci politici, chiudere gli account falsi ma al tempo stesso attuare azioni comuni che permettano un maggior grado di coinvolgimento e di engagement

[33] Code of Practice on Disinformation, in *europa.eu*, 2018.

nei confronti del consumatore, cercando di rintracciare dei parametri che possano riconoscere quello che è falso da quello che non lo è e favorendo gli investimenti in tecnologia per permettere agli utenti stessi, attraverso *tool*, di riconoscere quello che è attendibile da quello che invece non rappresenta la realtà. Nella ricerca di quello che è veritiero e reale da quello che è disinformazione, i *fact checker* devono tenere conto della protezione dei dati degli utenti, cercando di garantire un equilibrio tra il diritto alla privacy e l'esigenza di sviluppare comunità di ricerca volte a contrastare il fenomeno.
L'obiettivo dei firmatari è quello di riunirsi ogni 12 mesi e di analizzare le azioni e il progresso svolto mediante l'utilizzo di KPI, quegli stessi che il Sounding Board[34] pubblicato sempre a settembre dello stesso anno (2018), non rintraccia all'interno del codice, in riferimento alla misurazione delle azioni che i differenti stakeholder dovrebbero intraprendere. Nell'intento della Commissione, il Codice vuol essere uno strumento di autoregolamentazione ossia «Un'iniziativa volontaria da parte di operatori economici, sociali, partner, organizzazioni non governative o associazioni, per adottare linee guida valide tra loro, di cui sono gli stessi responsabili».[35]

3.1. Le misure del Code of Practice on Disinformation

In relazione al Code of Practice on Disinformation, vengono pubblicate anche le misure adottate dai big player come Google, Facebook, Twitter, Mozilla che hanno firmato per impegnarsi contro la lotta alla disinformazione, soprattutto in vista delle elezioni europee che destano preoccupazioni, considerando anche il basso livello di partecipazione degli elettori previsto. Rilevante è che con il Code of Practice è la prima volta che viene siglato un codice tra i vari social network site, fatta eccezione per Mozilla che si può considerare solo un browser.
Tra le misure adottate nel Codice, vengono messe in evidenza le policy di pubblicità, di integrità dei servizi, di *media literacy* e di rafforzamento del ruolo degli utenti, e le linee strategiche per enfatizzare il ruolo della comunità di ricerca. Per quanto riguarda il primo aspetto, Facebook ha una policy specifica per le *fake news* che ostacola gli incentivi economici a pagine, persone e domini che diffondono informazioni fuorvianti. Lo fa attraverso la chiusura di account e l'eliminazione di contenuti non autentici che possono violare le policy. Specifiche sono anche le misure che adotta per ciò che riguarda la pubblicità, ostacolando quei contenuti ritenuti dannosi e poco coerenti con i regolamenti interni che adotta. Anche le policy di Google, come quelle di Facebook, ostacolano le dichiarazioni inesatte e la monetizzazione derivante da contenuti fuorvianti che possono andare a ledere l'interesse pubblico. Infatti, ogni anno stila un report dei "cattivi" annunci, una lista di ads che non rispondono al principio della trasparenza.
Se si pensa ai risultati, Facebook ha cancellato circa 583 milioni di profili falsi nei primi mesi del 2018, ha rimosso 837 milioni di contenuti di spam, 21 milioni di contenuti di nudo di adulti o pornografici. Inoltre, c'è stata la rimozione di circa tre milioni e

[34] The Sounding Board's Unanimous Final Opinion on the so called Code of Practice, in *ebu.ch*, 24 settembre 2018.

[35] *Ivi*, 8.

mezzo di contenuti violenti, due milioni e mezzo di contenuti di incitamento all'odio e 1,9 milioni di post collegati al terrorismo[36].
Per quanto riguarda Twitter, invece, le misure adottate riguardano soprattutto i link degli annunci e le regole in termini di trasparenza che devono essere rispettate. Nell'ultimo report biennale sulla trasparenza, Twitter afferma di aver individuato tra gennaio e giugno 2018 circa 232 milioni di profili falsi e il 75% di questi sono stati sospesi[37].
La seconda tipologia di policy prevista dal Code of Practice va a considerare la presa di consapevolezza degli utenti rispetto alla trasparenza politica, stimolando il riconoscimento dei motivi per cui si si è sottoposti a certi contenuti politici piuttosto che altri. In Facebook vengono attivati dei servizi di trasparenza, dei controlli da parte dei consumatori che in questo modo capiscono perché "vedono" certi annunci. Lo stesso fa Google in vista dei controlli da parte dei consumatori per capire perché stanno vedendo quel tipo di annuncio e aggiunge la policy sulle pubblicità per la pubblicazione di annunci politici includendo forme di restrizioni di targeting nei confronti dei consumatori. Il centro di Trasparenza di Twitter riguarda la gestione "trasparente" degli annunci e la visualizzazione di determinati contenuti piuttosto che altri. Include dunque le impostazioni di privacy e include anche restrizioni a livello di Paese.
Le policy di integrità dei servizi riguardano gli sforzi da parte delle piattaforme online di combattere la disinformazione applicando misure che limitano l'abuso dell'utilizzo delle piattaforme da parte di utenti non autentici. Per Facebook si tratta di policy che vanno contro la rappresentazione non reale dei fatti e si esprimono mediante la chiusura di pagine e di account, le policy spam invece riguardano l'utilizzo di informazioni false per raccogliere like, follower e commenti. Viene anche pubblicato un report sulla trasparenza da parte di Facebook riguardante gli account che effettivamente sono stati rimossi. A tal riguardo, invece, Google sta lavorando sugli algoritmi al fine di migliorare la ricerca delle fonti, evidenziando (in prima pagina) quelle più autorevoli e intervenendo, quindi, sull'algoritmo. Le policy di contenuto di Google riguardano contenuti che devono essere trasparenti anche in termini di dati presenti all'interno della pubblicazione e le guide per i webmaster al fine di evitare la rimozione delle pagine. Twitter invece, prevede proprio policy contro l'imitazione, ad esempio contro account dove ci sono immagini rappresentanti persone reali che possono mandare in confusione perché perfettamente simili agli account reali. Anche Mozilla, nelle condizioni di utilizzo, si schiera contro tutte quelle attività che permettono di indurre l'utente verso attività ingannevoli o frodi.
Per quanto riguarda le policy per rafforzare il ruolo degli utenti, Facebook afferma di dare proprio dei consigli agli utenti per riconoscere le notizie false, cerca di essere trasparente per i feed fornendo anche informazioni ai consumatori sui loro cambiamenti. Con Google, si sviluppano *tool* di *fact checking* per gli sviluppatori in Search e News, si rafforza la scelta delle impostazioni degli annunci da parte dei consumatori. Rilevante è anche l'utilizzo dell'estensione Mozilla di Facebook dove gli utenti Firefox sono sempre soggetti a più annunci ma senza mischiare i vari account. Il progetto di Mozilla, rispetto agli altri Player, può essere considerato ancora "più collaborativo" perché

[36] Report sull'applicazione degli Standard della community, in *facebook.com/trasparency*, 2018.

[37] Twitter Trasparency Report, in *transparency.twitter.com*, 2018.

propone di lavorare a stretto contatto con i giornalisti e le community, dettando linee guida applicabili anche allo staff e ai volontari.
L'ultima tipologia di policy riguarda il rafforzamento della community di ricerca. Dal punto di vista di Facebook si supporta la ricerca riguardante il ruolo che i social media hanno sulle elezioni e nel processo democratico e rilevante è la partnership con "Social Science One" [38]che tende ad analizzare soprattutto gli effetti dei social sui processi democratici. C'è poi il Twitter "Guest Blog Post" riguardante le statistiche di Jakarta proveniente dai dati di Twitter dove al centro ci sono dati ed informazioni riguardanti cibo, disponibilità del lavoro, accesso alla salute. Mozilla invece ha il MITI[39] (Mozilla Information and Trust Initiative) per la ricerca e mette a disposizione delle borse di studio per contrastare il fenomeno e con alcuni programmi sponsorizza delle dimostrazioni al pubblico sugli effetti dannosi che possono essere provocati dalla disinformazione. In conclusione, i punti in comune che si rintracciano tra le *best practice* sono: il blocco delle entrate pubblicitarie dei siti che diffondono disinformazione, maggiore trasparenza nella pubblicità di stampo politico, l'affrontare il problema da parte di falsi account e bot online, fornire ai consumatori la possibilità di denunciare casi di disinformazione aumentando il ranking di quei siti che offrono contenuti corretti ed infine la responsabilizzazione da parte della comunità di ricerca al fine di monitorare i contenuti senza intralciare il tema della privacy. Risultano rilevanti soprattutto le attività di chiusura da parte di Facebook di account falsi che possono essere utilizzate anche come sistema di monitoraggio delle azioni contro la disinformazione online e diventare, quindi, un indicatore di performance.

3.2. L'opinione del Sounding Board

Quello che viene sancito nel Sounding board[40] è la richiesta nei confronti di terze parti di misurare se le intenzioni dichiarate dal Codice sono state attuate e se gli obiettivi sono in linea con la Communication Task di aprile. Il Code of Practice non è un insieme di misure omogenee e non può considerarsi nemmeno un codice perché le piattaforme si impongono da sé delle regole e dei procedimenti da applicare per contrastare il fenomeno, quindi essendo misure "volontarie" risulta anche difficile applicare un sistema sanzionatorio.

4. L' Action Plan

Le prime azioni monitorate dalla Commissione europea al fine di consentire un approccio comune contro il fenomeno della disinformazione e di valutare quanto sancito del Code of Disinformation, sono riportate nell'Action Plan[41] pubblicato a dicem-

[38] Social Science One Building Industry-Academic Partnerships, in *socialscience.one*.

[39] MITI (Mozilla Information and Trust Initiative), in *blog.mozilla.org*, 8 agosto 2017.

[40] Sounding Board on Disinformation, in *epceurope.eu*, 4 dicembre 2018.

[41] Action Plan against Disinformation, in *europa.eu*, 5 dicembre 2018.

bre 2018 e firmato dalla Commissione, dal Parlamento europeo, dal Consiglio europeo e dai comitati economici e statistici. Alla Commissione, con l'aiuto dell'ERGA, viene chiesto di monitorare l'implementazione e gli obiettivi sanciti dal Code of Practice. L'Action Plan quindi rappresenta la risposta alla «Protezione dei dati democratici europei al fine di combattere la disinformazione, incluse le elezioni europee prossime». Prendendo in considerazione l'importante ruolo rivestito dalla società civile e dal settore privato nel combattere la disinformazione e la necessità di aumentare il grado di trasparenza da parte dei sistemi pubblicitari e delle piattaforme online, già sancito nella comunicazione di aprile, l'Action Plan «vuole sviluppare un sistema di *fact checker* per assicurare un ecosistema più sicuro che funga da supporto anche al sistema giornalistico». Se le tecniche di diffusione della disinformazione, grazie alle nuove tecnologie, si intensificano, basti pensare anche alla manipolazione video (*deep fakes*), alla falsificazione di documenti ufficiali o all'utilizzo di bot automatici, l'obiettivo della Commissione europea è quello di trovare delle soluzioni rapide a questi fenomeni, grazie anche allo sviluppo di nuove *skill* e di nuove risorse tecnologiche.

Si intendono promuovere nuove policy europee che possano potenziare l'ambiente mediatico incluso la libertà dei media e la loro indipendenza, anche in quei paesi come la Russia. Nell'Action Plan si vuol comprendere dunque, in che modo l'Unione europea sta rispondendo alla minaccia del pericolo della disinformazione, attivandosi per una risposta coordinata contro questo fenomeno grazie al supporto di più parti governative dal punto di vista legislativo, elettorale, di protezione dei dati, di cooperazione tra Stati membri, società civile e settore privato.

Nel documento, vengono proposte quattro risposte e strategie di intervento contro la disinformazione. La prima include il miglioramento delle capacità dell'Unione europea di rilevare, analizzare e denunciare la disinformazione rafforzando i margini di intervento della task force, della "fusione" con staff specializzato in *data mining* e del potenziamento di nuove risorse linguistiche.

La seconda considera un approccio di intervento comune e coordinato nell'affrontare la disinformazione dando una risposta immediata in caso di fenomeno di *fake news*, grazie al supporto di una consolidata struttura tecnologica e alla collaborazione tra i vari network di comunicazione strategica degli Stati membri.

La terza include la mobilitazione del settore privato per contrastare la disinformazione. Viene chiesto alle piattaforme online e in particolare a pubblicitari ed inserzionisti, la valutazione del posizionamento degli annunci politici, ad esempio controllando gli sponsor o esercitando azioni di chiusura nei confronti di account fake e bot.

Infine, nella quarta strategia di intervento, ancora una volta, emerge la presa di consapevolezza da parte della società che deve essere sensibilizzata a questi temi, grazie anche a processi di training, conferenze e dibattiti, migliorando quella che viene definita "resilienza del pubblico" e andando ad influenzare la costruzione di narrative da parte del pubblico. In quest'ambito è fondamentale il lavoro di *fact checkers* e dei giornalisti al fine di sviluppare un sistema mediatico coerente e che rispecchi il buon funzionamento democratico della società. Da cornice a queste linee strategiche c'è il *follow up* e il controllo da parte dell'Unione europea e i report in consegna. Rilevante risulta essere il ruolo dei regolatori come l'ERGA a cui la Commissione chiede un ruolo di

monitoraggio e di misurazione delle azioni messe in atto dai vari player nei confronti dell'applicazione delle policy e delle buone condotte dei big player contro il fenomeno della disinformazione.
In conclusione, come si legge dal documento presentato, l'Action Plan va ad integrare le iniziative messe in piedi dalla Commissione con la comunicazione "Assicurare elezioni libere e corrette e la comunicazione contrastare la disinformazione online" di aprile 2018. Davanti ad una previsione di aumento delle *fake news*, la Commissione ha deciso di stanziare anche più risorse per affrontare questo problema. Agli Stati membri viene chiesto soprattutto di informare i cittadini, individuare e denunciare casi di disinformazione, favorendo il lavoro dei media e dei giornalisti anche grazie a gruppi di ricerca multidisciplinari. In termini di sicurezza e democrazia si introduce il sistema di allarme rapido costruito su una piattaforma digitale sicura dove gli stati possono condividere informazioni relative alle campagne di disinformazione e, eventualmente, coordinarsi per una risposta comune.

5. Il ruolo dell'ERGA nella lotta alla disinformazione

La Commissione chiede all'ERGA di monitorare le azioni sancite dal Codice soprattutto nel periodo che va da gennaio a marzo 2019 per verificare la pertinenza e l'integrità dei processi elettorali. Intende raccogliere dai firmatari del Code of Practice, informazioni che riguardano l'analisi delle inserzioni pubblicitarie per interrompere gli introiti monetari provenienti da siti che diffondono *fake news*. In particolar modo, si vogliono analizzare il numero di profili cancellati per violazione delle policy, le azioni sviluppate per demolire siti ed account che diffondono disinformazioni ai fini di guadagni economici (*clickbaiting*), i contratti tra inserzionisti ed operatori pubblicitari con clausole relative alla *brand safety* e, infine, il numero di siti bloccati per fenomeno di duplicazione (*web scraping*). Il compito che viene richiesto all' ERGA riguarda azioni di monitoraggio nei confronti soprattutto di Google, Facebook e Twitter e non Mozilla che, come specificato più volte, rappresenta un browser e non un social. La seconda linea strategica di monitoraggio da parte dell'ERGA riguarda la pubblicità politica o la pubblicità basata su argomenti politici. In tale ambito, si vuole procedere con l'attuazione di misure valide per il riconoscimento di messaggi pubblicitari di stampo politico e di contenuto strettamente politico all'interno di inserzioni pubblicitarie. Inoltre, in materia di trasparenza, tutti gli annunci pubblicitari devono essere chiaramente distinguibili dai contenuti editoriali. Gli annunci "etichettati" come politici devono essere distinti come tali e quelli che vanno contro le linee guida sulla trasparenza politica devono essere eliminati. Inoltre diventa necessario abilitare la consultazione pubblica in materia di pubblicità politica: numero di record aggiunti agli archivi di divulgazione pubblica, informazioni sugli importi ricevuti da partiti politici, candidati, campagne e fondazioni per pubblicità politica e le policy per verificare l'identità dei provider di annunci politici.
L'integrità dei servizi, come linea strategica di intervento, riguarda le policy attinenti all'identità e all'abuso di bot automatici: numero di account fake attivi, numero di

account fake disabilitati per violazione delle policy, informazioni sulle misure per assicurare che tutti i bot vengano etichettati come tali, numero di post, immagini, video o commenti che violano le policy sull'abuso di bot. Questa macro-area chiama in causa anche le policy contro l'utilizzo di sistemi automatici, ad esempio le interazioni guidate dai bot o il numero di bot disabilitati per azioni non valide. Per arginare il problema generato dall'utilizzo massivo di bot diventa necessaria l'attuazione di politiche riguardo "l'uso inammissibile" di sistemi automatici che rende obbligatorie le informazioni sulle politiche relative all'abuso di bot e il numero di bot disabilitate per attività dolose che violano le politiche delle piattaforme. Da cornice alle linee strategiche di intervento dell'ERGA ci sono gli investimenti in tecnologie, prodotti e programmi per aiutare le persone a prendere decisioni informate quando si ritrovano di fronte a delle notizie che possono essere considerate false. In particolare, i programmi devono riguardare informazioni sui *tool*, sugli investimenti in tecnologia, sulla collaborazione con media e associazioni di *fact checker* e informazioni sulle modalità per riconoscere maggiormente le disinformazioni. Gli investimenti in tecnologia devono far sì di mettere in evidenza maggiormente il contenuto più rilevante anche nei feed, andando ad individuare degli indicatori di "attendibilità". È necessario investire in strumenti e *tool* che permettono alle persone di trovare sul web differenti punti di vista relativi a dei topic e argomenti. Di conseguenza, si sente il forte bisogno di collaborare con la società civile, il governo, le istituzioni e altri stakeholder per stimolare maggiormente il senso di *media literacy* e incoraggiare il mercato a fornire dei *tool* ai consumatori affinché possano riconoscere particolari annunci pubblicitari. Si sente quindi la necessità di rafforzare le comunità di ricerca, anche attraverso riunioni annuali con accademie, reti di *fact checker* per verificare l'implementazione degli obiettivi e valutare lo stato dell'arte del fenomeno *fake news*. La decisione di affidare all'ERGA il monitoraggio e la verifica dell'applicazione delle misure previste dall'Action Plan, risponde anche al ruolo principale che ha il regolatore nell'assicurare il pluralismo mediatico e delle informazioni che rappresenta un obiettivo fondamentale che è stato espresso nell'ERGA Work Programme 2019 definito come «*strategic document that defines the activities of ERGA throughout the year*»[42]. Tra i compiti affidati all'ERGA tutti relazionati anche all'introduzione della nuova direttiva sull'audiovisivo, l'AVSMD (Audio-Visual Media Services Directive)[43] c'è anche quello di assicurare il pluralismo mediatico, rispondendo ad una visione di insieme per gli obiettivi di medio-lungo termine in funzione delle nuove regole da applicare, canalizzando i flussi di lavoro ed aumentando le responsabilità al fine di sviluppare una maggiore rete di cooperazione tra i vari membri. Inoltre, anche analizzando l'implementazione e lo stato dell'arte dell'AVSMD, si vogliono combattere le discriminazioni di genere, promuovendo un'immagine diversificate e condividendo tra le varie NRA buone pratiche ed iniziative, anche introducendo la DET (Erga Digital European Toolkit). In questo particolare contesto ciò che conta maggiormente è la task force sul pluralismo dei media che riguarda il monitoraggio da parte delle NRA che prende in analisi il pluralismo delle informazioni interno. In particolare, ciò che risulta rilevante nel Work Programme è proprio il pluralismo e la disinformazione in relazione alle

[42] ERGA Work Programme 2019 proposal, in *erga-online.eu*.

[43] AVSMD (Audio-Visual Media Services Directive), in *ec.europa.eu*, 9 novembre 2018.

elezioni politiche europee. A tal proposito l'ERGA intende sviluppare la comunità di ricerca sul tema emergente, cercando di scambiare il più possibile informazioni con i ricercatori, ed aumentare le misure di trasparenza con i player mediatici.
A giugno 2019 è stato pubblicato il primo "report sulle attività svolte dalla Commissione europea per il monitoraggio del Code of Practice on disinformation", che ha considerato circa 617 Paesi.
L'attività di monitoraggio ha confermato che tutte le piattaforme (Google, Facebook e Twitter) hanno reso disponibili e fruibili i database riguardanti la pubblicità, in riferimento soprattutto al periodo tra il 5 e il 25 maggio 2019. In particolar modo sono state rese trasparenti le informazioni riguardanti attori politici, sponsor, volumi pubblicitari e importi complessivi spesi. Inoltre, si è cercato di rispondere anche ad altre domande implicite contenute nel Codice come la coerenza degli annunci politici con la legislazione del Paese di riferimento, la procedura per rimuovere annunci che non soddisfano i requisiti o la presentazione delle informazioni negli archivi in modo intuitivo.
Il report sulla trasparenza degli annunci di Google va ad elencare gli annunci in riferimento ai Paesi ed è facilmente accessibile. Si sottolinea però che in alcune pagine degli inserzionisti non sono facilmente individuabili le attività di micro targeting che sono solo scaricabili con file CVS. Inoltre, i database di Google contengono solo il nome dell'inserzionista e non altre informazioni utili sullo sponsor e questo può non essere sinonimo di trasparenza a 360 gradi. Facebook, con la sua libreria, facilità la ricerca per parole chiave ma non in maniera specifica per un determinato Paese, pur specificando i nomi degli inserzionisti, i link sulle loro pagine, il totale degli annunci e della spesa pubblicitaria.
Il centro trasparenza di Twitter, secondo l'aspetto considerato, è stato promosso maggiormente rispetto a Google e Facebook proprio perché è presente una panoramica completa di inserzionisti politici, spesa sostenuta, audience target, divisione per genere, età, regione anche se in alcuni casi non è stata segnalata l'identità degli sponsor.
Per quanto riguarda la seconda linea di monitoraggio circa la consapevolezza degli utenti di essere sottoposti ad attività di micro targeting, Google fornisce queste informazioni in un file che è non sulle pagine degli inserzionisti, non è possibile dunque fare analisi approfondite e filtrate su quest'aspetto. Con Facebook l'utente può accedere al pulsante "Perché vedo questo annuncio" che permette all'utente anche di nascondere alcuni "messaggi bersaglio".
Per la riconoscibilità degli annunci politici a pagamento in Google sono riconoscibili come tali, anche se spesso l'inserzionista vero e proprio non è un soggetto politico. Durante l'attività di monitoraggio, infatti, le NRA hanno trovato "falsi positivi" ossia annunci non politici etichettati come tali e viceversa. In Facebook gli annunci a pagamento sono riconoscibili come tali, seguiti dal messaggio "annuncio relativo a contenuti politici o argomenti di pubblico interesse". Sono stati individuati, soprattutto su Instagram, alcuni annunci che non erano etichettati come politici, soprattutto riferiti ad enti locali. Anche in Twitter si sono riscontrati dei falsi positivi e non sono stati trovati messaggi politici in Lettonia. Per la divulgazione del nome dello sponsor, requisito essenziale al fine di riconoscere anche gruppi di sovversivi o reti che possano influenzare l'opinione pubblica e provocare il successo o meno di un partito, è stato

divulgato il solo nome dello sponsor non basta ma sono necessarie informazioni più dettagliate come ad esempio, il codice fiscale. Sia in Facebook che in Google sono indicate le informazioni degli inserzionisti ed anche dei link, anche se sono stati trovati dei casi in cui il nome non era stato presentato, come nel 16% dei casi in Irlanda. In Twitter, invece, non vengono proprio fornite informazioni di questo tipo. Per gli importi spesi in pubblicità, in Google sono presenti dei file e dei grafici che però non sono sempre accessibili allo stesso tempo, in Facebook invece sono stati indicati dei *range* di spesa e quindi non è ben chiaro l'importo speso. Su Twitter il totale della spesa è indicato ma non quello per singolo annuncio pubblicitario. Per i progressi compiuti nel divulgare le pubblicità basate sui problemi, Google e Twitter non li definiscono. Facebook, invece, fa riferimento ai problemi dell'UE come immigrazione, sicurezza, valori politici, diritti sociali e civili, politica estera ed economica ma non sempre le informazioni di questo tipo sono state identificate come tali, come accaduto per l'Irlanda. Per quanto riguarda la coerenza tra gli annunci politici e la definizione della legislazione degli Stati membri, non risulta esserci congruenza con la legislazione nazionale, anche in riferimento al quadro di definizione che varia in tutta Europa. Per la procedura di rimozione di inserzionisti con annunci che non rispettano i requisiti, Google adotta procedure di verifica prima di procedere alla pubblicazione che prevede due passaggi, come l'identificazione del soggetto che promuove l'annuncio. Se la verifica porta a delle incongruenze, viene revocata l'autorizzazione e l'account potrebbe essere disattivato, una procedura simile avviene anche in Facebook anche se sono stati riscontrati falsi positivi e negativi. Twitter procede alla verifica anche attraverso una lettera inviata all'inserzionista ma il problema resta legato ovviamente al tempo. Per la facilità di accesso ai documenti, in Google come già anticipato, non tutte le informazioni sono disponibili allo stesso tempo. Gli annunci sono elencati in un unico file e la spesa totale in un altro e il collegamento tra i 2 file non sempre è visibile. I database sono intuitivi per la ricerca e i filtri, divisi anche per Stato europeo. In Facebook la libreria degli annunci è chiaramente visibile ma gli utenti possono cercare solo informazioni un annuncio correlato a parole chiave e gli annunci vengono conservati per 7 anni. In Twitter ci sono pochi inserzionisti ed è necessaria una ricerca specifica per singolo inserzionista solo tramite il termine di ricerca. Sicuramente rispetto al passato sono stati compiuti passi in avanti da queste piattaforme in termini di trasparenza ma sono ancora necessari interventi per permettere di assicurare qualità agli utenti perché spesso mancano i dettagli e ci si ritrova anche ad affrontare il problema riguardante la diversità delle norme legislative in materia di pubblicità diverse da Paese a Paese.

6. La ricerca in AGCOM: il Tavolo tecnico per la garanzia del pluralismo e della correttezza dell'informazione sulle piattaforme digitali

Allo stesso modo della Commissione europea, anche in AGCOM la preoccupazione per le *fake news* comincia ad emergere nel 2016, quando l'Oxford Press decreta la parola Post-Verità come parola dell'anno. Da quel momento in poi iniziano tavoli e discus-

sioni sul fenomeno che desta particolare preoccupazione soprattutto dal momento in cui si percepisce che le *fake news* hanno più visibilità delle notizie reali. Nel 2017 viene introdotto il "Tavolo tecnico per la garanzia del pluralismo e della correttezza dell'informazione sulle piattaforme digitali"[44], un'iniziativa di autoregolamentazione che segue i pronunciamenti della Commissione UE e istituisce cinque gruppi di lavoro.
Nel report "*News* vs *Fake news* nel sistema dell'informazione[45]", pubblicato a novembre 2018, si evidenziano i risultati di un'indagine sperimentale condotta su più fonti, in riferimento a diversi sistemi di informazione e disinformazione. Nella prima parte del rapporto si cerca di dare una definizione di *fake news* basata su criteri "oggettivi" e "soggettivi". Dal punto di vista "oggettivo" ci si riferisce alla relazione con l'oggetto del contenuto che viene veicolato, invece il punto di vista "soggettivo" è riferito a soggetti che vengono coinvolti nella creazione, produzione e distribuzione del contenuto. Le *fake news* di conseguenza, si caratterizzano per falsità dei contenuti, contagiosità ossia l'attitudine a percepire stati emotivi e la percezione degli stessi tra gli utenti, per l'intento doloso di fondo, per le motivazioni ideologiche, politiche ed economiche, per la diffusione in maniera massiva e sicuramente per la forte influenza che hanno sull'informazione, minando le fondamenta anche del pluralismo dell'informazione e della libertà di espressione.
Dal punto di vista metodologico, l'indagine effettuata ha considerato moli di documenti generati in Italia, circa 35 milioni in più di 2 anni e circa 1800 fonti informative tra cui canali televisivi, radiofonici, quotidiani ma anche siti web, pagine ed account. È stato analizzato un campione di 700 notizie, sia reali che false, sviluppando una *survey* su circa 14.000 italiani e su milioni di account social, implementando modelli di big data analytics per esaminare le modalità di fruizione dell'informazione e l'interazione degli utenti attraverso le piattaforme online.
Rilevanti sono i risultati finali che emergono, in particolar modo le due variabili a cui si associa il fenomeno della disinformazione: la stagionalità e il ciclo politico. La stagionalità è connessa alla produzione di *fake news* e di notizie in generale che diminuisce durante l'estate rispetto ai picchi che vengono raggiunti durante le altre stagioni. Il ciclo politico, invece, è collegato al fatto che, durante periodi particolari, come ad esempio le elezioni, si può registrare un forte aumento del tasso di informazioni che vengono prodotte, basti pensare alle lezioni politiche del 2018. Le fonti informative online si caratterizzano per una produzione di offerta maggiore ma soprattutto per la rapidità con cui si diffondono le notizie e con cui si passa da un tema ad un altro. Inoltre, le hard news e le notizie di cultura e spettacolo sono quelle che vengono prodotte maggiormente, a discapito di quelle tecniche e scientifiche che presentano un eccesso di domanda ma non di offerta (rappresentano il 41% di informazione prodotta).
Di conseguenza, l'indagine mostra che in Italia i temi più frequenti soggetti a *fake news* sono di carattere politico e di cronaca per il 57%, e di carattere scientifico per il 20%. Tra i nove argomenti principali ci sono: politica, diritto, economia, sociale, ambiente, famiglia, fede, cronaca, scienza ed immigrazione. Il tasso di produzione delle *fake news* è molto più alto rispetto al passato, quando un limite massimo è stato raggiunto du-

[44] Tavolo pluralismo e piattaforme online di AGCOM.

[45] *News vs Fake News nel Sistema dell'informazione di AGCOM*, in *agcom.it*, 23 novembre 2018.

rante le elezioni del 4 marzo 2018 dove il cognome di Salvini è stato citato più di 20 mila volte e quello di Berlusconi, poco più di 10 mila.
Il fenomeno in questione si caratterizza per assenza di anticipazioni e durata inferiore del ciclo di vita rispetto ad una notizia reale. Quello che quindi emerge non è soltanto il ciclo di vita più o meno lungo di una *fake news* ma anche il grado di viralità e diffusione cui si collega il ruolo dell'utente che ne permettono il lancio, anche inconsapevolmente. Grazie ai social network site si formano quindi *eco chamber* in cui si vanno a selezionare solo quelle informazioni che risultano coerenti e in accordo con il proprio sistema di credenze. Sui social infatti molti cittadini raccolgono informazioni politiche che utilizzano per impegnarsi nelle discussioni all'interno delle loro reti sociali. I social network vanno quindi a creare ed enfatizzare *eco chamber* in cui gli individui sono esposti a visioni simili.[46]
All'interno delle *eco chambers* presenti su Facebook si vengono così a costruire narrazioni distinte tra di loro ma si manifesta la tendenza degli utenti a promuovere le loro narrative preferite e a formare gruppi polarizzati, tenendo conto anche dei *bias* di conferma[47].
Nel Rapporto tecnico "Le strategie di disinformazione online e la filiera dei contenuti *fake*"[48], le *fake news* vengono definite notizie provenienti da fonti che non hanno un'opportuna attività professionale di verifica, notizie satiriche che possono essere percepite dai cittadini come reali, notizie che alimentano tesi complottistiche, notizie di gossip, rumors, pseudoscienze che si riferiscono ad annunci non verificabili, hate news che promuovono razzismo, misogina ed omofobia, notizie corrette ma che utilizzano una titolazione particolare per trarre in inganno e per attirare clic, notizie che supportano specifici punti di vista o orientamenti politici ma in maniera tendenziosa, notizie anche completamente inventate e diffuse allo scopo di manipolare il pubblico per motivi economici, ideologici e di guadagno. Si riflette soprattutto sul processo di creazione delle *fake news*. Si parte dalla produzione dei contenuti informativi, fase caratterizzata soprattutto dalla falsità dei contenuti ossia dalla diffusione di quei contenuti falsi o manipolati o riportati in maniera inverosimile e la contagiosità, ossia l'attitudine di quegli stessi contenuti a trasferire stati emotivi e percezione tra gli utenti, considerando, ad esempio: polarizzazione dell'argomento trattato, taglio, intento doloso e motivazione politico-ideologica. Nella prima fase della filiera di *creazione del messaggio*, è importante andare a connotare soprattutto il target a cui è riferita la strategia di disinformazione attraverso attività di profilazione degli utenti, di analisi del contesto e dei temi trattati e le modalità di elaborazione delle informazioni. Nella seconda fase di *produzione del contenuto,* il messaggio viene trasformato in un prodotto informativo che può assumere diverse forme: testo, immagine o contenuto audiovisuale. Il grado di manipolazione, in questa fase, può essere differente proprio perché il messaggio può essere costruito ex novo o la manipolazione può riguardare informazioni di contesto come titolo, immagini, didascalie e/o connessioni. Nella terza fase, quella di distribuzione, il con-

[46] P. Barberà, *How Social Media Reduces Mass Political Polarization. Evidence from Germany, Spain and the U.S.*, New York University, working papers, Social Media and Political Partecipation Lab, October 2014.

[47] W. Quattrociocchi-A. Scala-C.R. Sunstein, *Eco chambers on Facebook*, in *ssrn.com,* 2016.

[48] *Le strategie di disinformazione online e la filiera dei contenuti fake,* in *agcom.it*, 9 novembre 2018.

tenuto costruito viene pubblicato online su un sito web, su un blog, su un social, su un canale di *instant messaging*, affidandosi a meccanismi *peer to peer* che sono percepiti più credibili da parte dei destinatari. Nell'ultima fase, di valorizzazione, i contenuti vengono valorizzati al fine di produrre più guadagni monetari attraverso l'implementazione di strategie commerciali o di strategie politico-ideologiche. Con le strategie commerciali, i ricavi sono frutto di risorse pubblicitarie o azioni fraudolente, attraverso il contributo diretto degli utenti. Queste tipologie di strategie hanno l'obiettivo della massimizzazione dei profitti attraverso la vendita di spazi pubblicitari, ad esempio il *clickbaiting* ossia la capacità di attrarre click per guadagni economici. Rilevante è anche la compravendita di spazi pubblicitari online secondo la modalità del *programmatic advertising* che permette di inviare messaggi pubblicitari mirati e al momento giusto grazie ad attività specifiche di targettizzazione. In questo caso gli inserzionisti pubblicitari acquistano spazi pubblicitari all'interno di siti che in base ai dati raccolti gli consentono di veicolare il messaggio al profilo socio-demografico desiderato con un sistema di prezzo in funzione delle visualizzazioni, ossia del numero di azioni svolte (click, compilazione moduli, acquisti). Dal lato dell'offerta, invece, ci sono editori o *publisher* che sono fornitori di contenuti e servizi web orizzontali (motori di ricerca, social network) e verticali (siti di informazioni e divertimento) che delineano il proprio sito per creare spazi appositi per accogliere più formati pubblicitari ai quali sono associati codici (*ad tag*) utili per l'inserimento della pubblicità da parte dell' ad server (software per la gestione e la distribuzione delle campagne pubblicitarie attraverso le pagine web e i relativi contenuti).

Tra i soggetti si riconoscono gli ideatori che possono essere attivi lungo tutte le fasi (singoli individui, gruppi di utenti, imprese, associazioni) e gli esecutori che sono coloro che contribuiscono alla creazione e alla produzione del contenuto fake. Tra le motivazioni ci sono quelle di natura economica già analizzate in precedenza, di natura ideologico-politiche, psicologiche e ludico-satiriche. Ovviamente un ruolo rilevante è investito dalla tecnologia perché da un lato vengono dati tutti gli strumenti utili alla creazione di contenuti, come ad esempio sistemi di web analytics o di intelligenza artificiale, e dall'altro è la stessa tecnologia uno spazio favorevole per la diffusione della disinformazione. La diffusione della disinformazione è stata accelerata dalla crescita della distanza fra inserzionista ed editore così come la diminuzione della trasparenza dei flussi di distribuzione delle inserzioni pubblicitarie, l'incremento nel sistema pubblicitario di azioni fraudolente, il potenziamento della profilazione degli utenti e della personalizzazione del messaggio.

Considerando il lavoro di AGCOM contro le *fake news*, l'obiettivo del "Tavolo per la garanzia del pluralismo e della correttezza dell'informazione sulle piattaforme digitali" è la promozione dell'autoregolamentazione delle piattaforme e lo scambio di buone prassi al fine di contrastare il fenomeno, come affermato dalla delibera 423/17/CONS[49]. Analizzando l'impatto degli attori sui mercati dell'informazione e sulle piattaforme online, si rilevano criticità legate alla diffusione di strategie specifiche e la centralità dei big data e dell'Intelligenza artificiale. L'obiettivo ultimo è quindi lo sviluppo

[49] AGCOM, Allegato A, delibera 423/17 CONS, "Istituzione di un tavolo tecnico per la garanzia del pluralismo e della correttezza dell'informazione sulle piattaforme digitali".

di soluzioni da implementare e su cui discutere nei vari Gruppi di lavoro a seconda di alcuni temi che vengono proposti. Il tavolo quindi, non ha solo il fine ultimo di essere un volano di opportunità su cui discutere per sviluppare soluzioni al problema delle *fake news* ma deve anche identificare quelli che sono i limiti dell'autoregolazione e delle misure adottate soprattutto in termini di algoritmi, in equilibrio con la libertà di espressione e coerenti con il tema dell'accesso diretto dei documenti, sia da parte degli inserzionisti che degli utenti. Le attività che vengono portate avanti all'interno del tavolo di lavoro riguardano:

- lo sviluppo di forme di cooperazione di natura tecnico-scientifica in funzione di relazioni con università e centri di ricerca al fine di aumentare la conoscenza sul fenomeno della disinformazione, misurando anche gli impatti delle misure che vengono adottate;
- lo scambio di esperienze e punti di vista tra i vari membri del Tavolo, considerando la disinformazione commerciale e le strategie che vengono attuate dagli inserzionisti;
- implementazione di soluzioni operative in termini di linee guida, di campagne di informazione e di comunicazione specifiche per gli utenti, attuazione di buone prassi di *media literacy*, sviluppo di soluzioni di *fact checking* e promozioni di attività di carattere innovativo tra i vari player.

In particolare, dal punto di vista operativo ci sarà il monitoraggio di fenomeni di disinformazione e hate speech (gruppo A-metodologie di classificazione e rilevazione dei fenomeni di disinformazione online), l'individuazione di forme di trasparenza del sistema della pubblicità online (gruppo B- Definizione di sistemi di monitoraggio dei flussi economici pubblicitari, da fonti nazionali ed estere, volti al finanziamento dei contenuti fake), la creazione di una piattaforma di coordinamento delle attività autonome di *fact checking* (Gruppo C - *Fact Checking*: organizzazione, tecniche, strumenti ed effetti), le iniziative per la *media literacy* e il contrasto ai fenomeni di hate speech online (Gruppo D - Media e *digital literacy*: promuovere la cultura mediatica e digitale fornendo ai cittadini strumenti per un uso consapevole e critico dei (social e non) media) e l'introduzione di nuovi strumenti di trasparenza ed *empowerment* del consumatore mediante linee guida e iniziative di comunicazione (Gruppo E - Progettazione e realizzazione di campagne informative su disinformazione rivolte ai consumatori)[50]. Dai risultati della ricerca emerge ancora una volta il concetto che i processi di disinformazione si collocano e si diffondono soprattutto dove il sistema dell'informazione fallisce, di fronte a fenomeni dove si manifesta la monetizzazione dei contenuti e il *clickbaiting* e dove diminuiscono gli investimenti in informazioni, in sistemi di verifica che vanno a ridurre la fiducia nei confronti del sistema informativo tradizionale.

[50] Rapporto tecnico "Le strategie di disinformazione online e la filiera dei contenuti fake", in *agcom.it*, 9 novembre 2018.

6.1 Linee guida per la parità di accesso alle piattaforme online durante la campagna elettorale per le elezioni politiche 2018

Le linee guida adottate durante la campagna elettorale per le elezioni politiche 2018 rappresentano un intervento di autoregolamentazione da parte di AGCOM con delibera 423/17/CONS. Si tratta di principi che possono essere applicati a tutti i mezzi di informazione, comprese le piattaforme digitali. Di conseguenza, diretto è il richiamo alla Legge 22 febbraio 2000, numero 28 che riguarda le disposizioni per la parità d'accesso ai mezzi di informazione durante le campagne elettorali e referendarie per la comunicazione politica (GU n.43 del 22-2-2000). Il primo punto delle linee guida considera la parità d'accesso nei confronti di tutti i soggetti politici che riguarda imparzialità e medesime condizioni, l'accesso agli strumenti di informazione e di comunicazione politica che vengono forniti dalle piattaforme digitali (in particolar modo Google e Facebook). Si fa riferimento a soggetti politici con forza di rappresentanza parlamentare nell'assemblea nella prima fase della campagna, nella seconda fase si tratta di liste che si presentano in circoscrizioni che interessano almeno quanti sono gli elettorali su base nazionali. È necessaria la conoscenza degli strumenti che i politici possono avere a loro disposizione. Le piattaforme, in relazione al principio di proporzionalità, dispongono di ampi margini di autonomia nella scelta degli strumenti tecnologici, giuridici e di mercato legati alle pari opportunità di accesso. Il principio successivo delle linee guida riguarda la trasparenza dei messaggi pubblicitari elettorali: l'inserzionista deve specificare la natura del messaggio elettorale, specificando il soggetto politico committente, così come avviene anche per la stampa e gli altri media tradizionali. Per quanto riguarda i contenuti illeciti, questi devono essere eliminati se violano la legge o diffamano persone e soggetti politici. Le autorità quindi devono segnalare alle piattaforme contenuti che diffondono sondaggi nei quindici giorni precedenti al voto.
Il quarto principio riguarda il divieto di comunicazione istituzionali e il divieto di utilizzare account istituzionali o social media. Infine, le linee guida parlano di silenzio elettorale, di divieto di fare propaganda politica nei giorni precedenti alle elezioni e durante il giorno stesso delle elezioni. Rilevanti sono anche le raccomandazioni riguardanti il *fact checking* richieste soprattutto a Facebook e Google.
In conclusione, le linee strategiche ed operative che sta seguendo l'Autorità per cerca di sconfiggere o tantomeno arginare il fenomeno delle *fake news*, riguardano il tentativo di regolamentare il settore mediatico, soprattutto quello digitale per fare in modo che ci siano risposte ed interventi normativi adeguati di fronte all'evoluzione dei mercati dovuta alla tecnologia. Di conseguenza, l'AGCOM intende rispondere alle sfide poste dal fenomeno della disinformazione grazie ad una conoscenza approfondita del fenomeno, stimolando e incoraggiando nuovi filoni di ricerca attraverso indagini conoscitive ed esplorative e rafforzando attività di networking e collaborazione con i vari player coinvolti, soprattutto con cittadini, giornalisti, editori e responsabili delle piattaforme online.

7. Alcune misure dei Paesi europei per combattere il fenomeno della disinformazione: la legge francese contro le *fake news*

Il 20 novembre 2018 l'Assemblea generale francese ha approvato la legge sulle *fake news* contro "la manipolazione delle notizie" in campagna elettorale. La legge prevede la rimozione di notizie false dai social network durante le elezioni politiche. Si tratta di una lotta contro le notizie illecite e il CSA (Conseil supérieur de l'audiovisuel) afferma il dovere di cooperazione tra le piattaforme online (Facebook, Google e Twitter) che li "obbliga a rendere pubblici i mezzi allocati per la lotta contro i contenuti illeciti", come ad esempio, la trasparenza nei confronti delle risorse utilizzate per la pubblicità[51].
La definizione di *notizia falsa* si può già ritrovare nell'iter legislativo francese, come nel Codice Elettorale, nella legge pubblicata nel 1881 sulla libertà di stampa e in quella sull'Audiovisivo (settembre 1986). La nuova legge, emanata a dicembre 2018, rappresenta il primo tentativo di dare alle autorità dello Stato il potere di stabilire se una notizia è vera o falsa. Essa è costruita su quattro pilastri fondamentali:

- rafforzare gli obblighi di cooperazione tra le piattaforme online;
- rafforzare gli obblighi di cooperazione tra le piattaforme online;
- nuovi poteri conferiti al CSA;
- implementazione di nuovi procedimenti giudiziari

Da cornice a tutti questi pilastri, ovviamente, c'è il rafforzamento della *media literacy* e dell'aumento della consapevolezza dell'utilizzo da parte dei nuovi strumenti "informativi" da parte degli utenti.
Riguardo al primo punto la legge intende prendere misure per prevenire la disseminazione di notizie false, affinché il sistema di produzione delle informazioni sia più accessibile e visibile da parte degli utenti, che devono in questo modo capire perché, ad esempio, vedono degli annunci piuttosto che altri. A tal riguardo, si vogliono adottare misure addizionali riguardanti proprio la trasparenza degli algoritmi e l'origine delle informazioni. Di conseguenza, è importante andare a comunicare le misure prese e i costi, stabilendo anche un legale rappresentante per le notizie stesse che vengono pubblicate. Annualmente, si invia una dichiarazione annuale al CSA sull'implementazione di queste misure da parte delle piattaforme in modo da "contare" in maniera più accurata anche le *fake news* riconosciute come tali.
Per il secondo punto, invece, gli obblighi di trasparenza sono stringenti soprattutto durante i periodi elettorali. Infatti, in riferimento ai contenuti di informazioni relative a temi di interesse generale, le piattaforme online dovranno fornire agli utenti l'identità delle persone o delle aziende che pagano per diffondere i loro contenuti sulle piattaforme e il totale che viene speso per sponsorizzare certi contenuti sulle piattaforme. Inoltre dovranno divulgare informazioni sull'utilizzo dei dati personali per la promozione dei contenuti di informazione che saranno inserite in un registro costantemente aggiornato e consultabile. Riguardo ai nuovi poteri che vengono conferiti al CSA, la legge dispone di azioni che possono essere messe in atto se richieste da un giudice (procuratore) o qualunque persona che può avere interesse ad avviare un processo,

[51] *Loi sur les «fake news», l'Assemblée adopte le texte constroversé*, in *leparisien.fr*, 10 ottobre 2018.

solo durante il periodo elettorale. I candidati alle elezioni nei tre mesi prima possono fare richiesta di controllo al tribunale per una notizia da loro ritenuta falsa e chiederne quindi la rimozione. Il giudice in 48 ore di tempo ha l'obbligo di stabilire se una notizia è vera o falsa, così come il mezzo di comunicazione coinvolto può presentare istanza sempre entro le 48 ore. Egli può ordinare di interrompere la disseminazione di «qualunque informazione riguardante fatti che sia inaccurata o ingannevole tale da alterare la sincerità del voto, disseminata attraverso i servizi online di pubblica consultazione».[52]

Il CSA può dunque decidere di rifiutare di concludere una convenzione con un servizio radio o tv, dove si presentano dei rischi legati all'informazione che può andare a violare alcuni principi come la dignità umana, il pluralismo, la protezione dei minori, l'ordine pubblico o la difesa nazionale. Per i servizi controllati da uno Stato straniero o sotto la sua influenza, il CSA potrebbe valutare la richiesta di convenzione tenendo conto dei contenuti che vengono pubblicati. Durante i tre mesi precedenti alle elezioni, il CSA può decidere di sospendere i servizi broadcast controllati da o sotto l'influenza di uno stato straniero, nel momento in cui il programma informativo minaccia gli interessi della società, diffondendo *fake news*. In questo caso, mediante notifica al giudice, può procedere all'interruzione perché vengono violati alcuni dei principi dell'audiovisivo e i contenuti minacciano gli interessi della nazione, incluso il regolare funzionamento delle istituzioni.

In conclusione, per il rafforzamento della *media literacy* è importante siglare convenzioni tra lo stesso CSA e televisione, radio e provider di servizi online. Dall'altro lato, ci si vuol focalizzare su bambini e studenti cercando di sviluppare maggiore consapevolezza nell'utilizzo di Internet e le piattaforme online, focalizzandosi maggiormente sugli strumenti di *fact checking*, andando ad analizzare le informazioni disponibili. Rendere maggiormente consapevoli studenti e bambini, è un compito che viene assegnato alle istituzioni scolastiche, soprattutto agli insegnanti che devono affrontare il tema della media literacy e della manipolazione delle informazioni in classe, durante le ore di lezione.

7.1. Il progetto Cross Check di Grégoire Lemarchand

Tra le misure messe in atto dalla Francia per contrastare il fenomeno analizzato, c'è il sistema di "Cross Check" contro la disinformazione durante le elezioni politiche, messo in atto dal giornalista Grégoire Lemarchand[53]. Questa "misura" si può considerare una forma di giornalismo collaborativo al fine sconfiggere la disinformazione durante le elezioni del 2017, grazie anche al supporto di Google News Lab. Il progetto è stato lanciato in circa sette settimane che hanno previsto incontri con più di 40 giornalisti a Parigi, due giorni di *bootcamp* e 33 *newsroom* nazionali e regionali. Ha previsto il monitoraggio di social media per identificare casi di disinformazione, successivamente c'è stata la discussione e il processo di verifica è stato portato a termine inserendo i loghi dei

[52] Legge numero 1202 del 22 Dicembre 2018.

[53] Grégoire Lemarchand è il vicedirettore dell'AFP (L'Agence France-Presse).

giornalisti vicino alla notizia. I punti di forza di questo progetto sono stati: decisioni prese in maniera unanime, un dialogo aperto con i giornalisti dei vecchi e nuovi media, nessuna forma di gerarchia, il miglioramento delle competenze dei partecipanti e l'aumento della visibilità del progetto di Cross Check. Ciò che ha funzionato particolarmente è stata la collaborazione tra vari soggetti, l'assenza di gerarchie durante i gruppi di discussione, il miglioramento della verifica delle *skill* dei partecipanti e l'aumento della visibilità dei brand grazie ai loghi presenti sotto ogni storia. I partecipanti hanno collaborato spinti da un senso comune di utilità pubblica cercando di smascherare le *fake news* infatti come afferma Lemarchand «*debunking fake news is not a scoop. There's a dimension of public utility linked to one of journalism's foundations to be the fourth estate, to ensure a sound functioning of democracy, inform the opinion in a healthy way, and help it if it is assailed by false information*». La collaborazione tra più player ha permesso di implementare forme di neutralità, trasparenza ed efficienza. L'engagement dei consumatori è stato stimolato anche attraverso icone visuali per far comprendere il tipo di informazione (fase, insufficiente attenzione).
Come risultato finale, sono stati rintracciati 67 articoli contenenti contenuti di disinformazione, 600 domande del pubblico, 590.000 visualizzazioni di pagine, 172.000 follower su Facebook, 347,800 per engagement e 1, 200,000 visualizzazioni di video, 4900 follower su Twitter, 1900 *mention* e 6100 *retweet*. In conclusione, quello su cui si può lavorare e che può rappresentare un punto in comune a tutte le piattaforme è quello della chiusura degli account fake da parte di tutti i player coinvolti nei processi di produzione di disinformazione.

7.2. I limiti della legge francese e del Progetto Cross Check

Se la legge francese rappresenta uno dei primi tentativi di dimostrare, da parte degli Stati, se una notizia è fake o meno, dall'altro presenta numerosi limiti, da ricondurre non tanto all'obiettivo finale e allo scopo della legge, quanto piuttosto alle caratteristiche strutturali del fenomeno della disinformazione.
I tratti salienti e determinati di Internet, infatti, non permettono di bloccare del tutto una notizia falsa o di riconoscerla come tale, facendo risultare difficoltoso il processo di verifica dell'informazione in sole 48 ore. Inoltre, la legge non presente un impianto sanzionatorio nei confronti di quelle piattaforme online o di broadcast nelle quali sono stati individuati fenomeni di *fake news*. Il progetto di Lemarchand, se da un lato risponde all'esigenza di *fact checking* più volte espresso dalla Commissione europea, talvolta registra dei limiti nei risultati ottenuti, basti pensare che sono stati rintracciati solo 67 esempi di *fake news*, un numero esiguo se si considerano i milioni di notizie che vengono pubblicate quotidianamente.

8. Riflessioni conclusive

In relazione alle ricerche svolte sia a livello internazionale (Commissione europea) che nazionale (AGCOM) per arginare il fenomeno della disinformazione si potrebbero percorrere più strade. Infatti, sulla base anche dei progressi effettuati dalla Comunità di ricerca e considerando le misure adottate dai big player dell'ecosistema dell'informazione, si potrebbero sviluppare ulteriori indicatori che andrebbero a riguardare la quantità di account chiusi annualmente, le "spunte" su siti o pagine i cui contenuti siano ritenuti autentici e il valore pubblicitario dei siti chiusi che diffondono disinformazione

Quello che si legge all'interno dell'elaborato è che il fenomeno *fake news* rappresenta ancora una grande preoccupazione per le istituzioni e per i cittadini, soprattutto in vista delle elezioni europee e, come emerge anche dall'ultimo report pubblicato dal servizio economico statistico di AGCOM[54], i siti di disinformazione dedicano più spazio e attenzione ai contenuti riguardanti le elezioni europee rispetto ad accadimenti e vicende quotidiane. Le *fake news*, infatti, non solo confondono gli elettori ma vanno ad influire anche sui risultati elettorali, proprio come affermano gli autori Allcott e Gentzknow[55], basti pensare che durante le elezioni presidenziali del 2016 è stato soprattutto l'elettorato favorevole a Trump a condividere *fake news* (Computational Propaganda Project) per 30 milioni di volte rispetto ai 7,6 milioni di condivisioni di notizie a favore di Hilary Clinton.

In conclusione, il problema centrale nel panorama nazionale ed internazionale, è quello che vede il paradosso tra libertà di pensiero, capacità di *newsmaking* favorita dalla nascita delle nuove reti sociali, e attacco alle democrazie occidentali con notizie che potrebbero influenzare l'opinione pubblica. È sempre più difficile trovare un equilibrio tra il diritto alla libertà di espressione e la necessità da parte dei cittadini di essere informati. Quello che preoccupa e che identifica il tema della disinformazione ancora come un fenomeno "*fuzzy*", dai contorni non chiaramente definiti, è che non ci sono sempre i criteri per ritenerla un'informazione illegale" (come nei casi di diffamazione, incitamento all'odio) e quindi, di conseguenza, ci si ritrova in difficoltà anche nell'attuare misure per regolamentare questo fenomeno e per contrastarlo.

Sicuramente ciò di cui si necessita è la presa di consapevolezza dei nuovi media, comprenderne le logiche di funzionamento, l'utilizzo dei dati, la trasparenza in relazione proprio alla *digital literacy* che è influenzata fortemente dal livello culturale e sociale dell'audience. In conclusione, dall'analisi svolta, emergono due filoni di intervento per combattere le *fake news*: favorire la cooperazione tra Stati membri, società civile, istituzioni e big player dell'industria mediatica e rafforzare la comunità di ricerca, al fine di sviluppare nuove forme di giornalismo collaborativo che possano andare a costituire una rete valida e forte di verificatore dei fatti.

[54] AGCOM, Primo numero dell'Osservatorio sulla disinformazione online, 7 marzo 2019.

[55] H. Allcott-M. Gentzkow, *Social Media and Fake News in the 2016 Election*, in *Journal of Economic Perspectives*, 31(2), 2017, 211 ss.

Saggi

Speciale ICON-S Italia 2019
Le nuove tecnologie
e il futuro del diritto pubblico

La libertà di manifestazione del pensiero sulla rete tra vecchi e nuovi limiti

Donatella Morana

Nella presente sezione sono pubblicati saggi che costituiscono rielaborazioni delle relazioni presentate nell'ambito del panel "La libertà di manifestazione del pensiero sulla rete tra vecchi e nuovi limiti" tenutosi in occasione della seconda edizione di ICON-S Italia "Le nuove tecnologie e il futuro del diritto pubblico", svoltasi a Firenze il 22-23 Novembre 2019.

Il panel si è proposto di verificare in che modo le nuove modalità di diffusione del pensiero sulla rete impongano un ripensamento delle tradizionali categorie interpretative elaborate intorno alla libertà di manifestazione del pensiero riconosciuta nell'art. 21 della Costituzione italiana.

Il titolo non deve tuttavia trarre in inganno. La disciplina costituzionale ed i limiti al godimento della libertà sono immutati: ciò che cambia, o può cambiare, è la sfera di lecito materiale presidiata dalla libertà, che non può non tener conto dei cambiamenti nella realtà effettuale derivanti dall'innovazione tecnologica, e dunque le concrete limitazioni apponibili al diritto rispetto allo specifico mezzo di diffusione utilizzato.

In altre parole, nuove tecnologie, nuovi problemi e dunque nuove sfide per i "vecchi" diritti costituzionali.

Nella sezione vengono pubblicati tre contributi al dibattito presentati nel panel:

- Michela Tresca, *Il perimetro del buon costume nelle manifestazioni del pensiero online*;
- Pietro Falletta, *Controlli e responsabilità dei social network sui discorsi d'odio online*;
- Guido d'Ippolito, *Comunicazione politica* online*: dal messaggio politico commercializzato alle sponsorizzazioni sui social network*.

Il perimetro del buon costume nelle manifestazioni del pensiero online*

Michela Tresca

Abstract

Il contributo affronta il tema del buon costume rispetto alla libertà di manifestazione del pensiero sulla rete. Con riferimento a quello che costituisce l'unico limite esplicito previsto dall'art. 21 Cost., viene analizzato il contenuto della clausola costituzionale, il suo significato e la sua attualità nel contesto online. Sebbene nella società attuale la percezione dell'osceno è senza dubbio nella sua forma più permissiva, la diffusione di contenuti su Internet potrebbe portare a nuove o perlomeno più penetranti violazioni del buon costume.
In tal senso, una particolare attenzione va riservata ai minori, rispetto ai quali il buon costume si estende, al di là della semplice sfera sessuale, a qualsiasi contenuto diseducativo. In proposito, a fronte di particolari tutele previste per il mezzo radiotelevisivo, si riscontra un'inadeguatezza del quadro normativo di riferimento rispetto alle piattaforme online. Per quanto riguarda la pedopornografia, invece, il legislatore ha fornito una disciplina anche con specifico riferimento agli strumenti telematici.

The paper deals with the issue of common decency in relation to freedom of expression online. With respect to the only explicit limit provided for in Art. 21 of the Italian Constitution, it is analyzed the content, the meaning and the relevance of the constitutional clause on the online environment. Although in today's society the sense of the obscene is in the most permissive shape, the dissemination of content on the web could lead to new or at least more penetrating breaches of the common decency. In this sense, particular attention should be paid to children, in respect of which the common decency extends, beyond sexuality, to any non-educative content. If special protections are provided with regard to Radio-Television, the legal framework of online platforms is inadequate. Instead, regarding paedopornography, the legislator has regulated also technology devices.

Sommario

1. Premessa: l'estensione ad Internet dell'art. 21 Cost. – 2. Sulla nozione costituzionale di buon costume. – 3. La tutela del buon costume nelle manifestazioni del pensiero

* Su determinazione della direzione, il contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo in conformità all'art. 15 del regolamento della Rivista.

online. – 4. Buon costume e tutela dei minori in Internet. – 4.1. Il contrasto alla pedopornografia online. – 5. Qualche considerazione conclusiva.

Keywords
buon costume - Internet - manifestazione del pensiero - limiti - minori

1. Premessa: l'estensione ad Internet dell'art. 21 Cost.

Un approfondimento sul limite del buon costume nella libertà di espressione online richiede una riflessione preliminare sull'inquadramento costituzionale di Internet, muovendo dalla possibile estensione, anche nei suoi riguardi, dell'art. 21 Cost.
Il buon costume rappresenta, come noto, l'unico limite esplicito che il Costituente ha posto rispetto alla libertà di manifestazione del pensiero[1].
Tale libertà è riconosciuta sia tramite la parola, lo scritto, che con riferimento a «ogni altro mezzo di diffusione». La scelta del legislatore costituzionale è andata, quindi, nel senso di non prevedere espressamente tutti i mezzi di diffusione del pensiero – almeno quelli all'epoca già presenti, salvo poi dedicare una disciplina quasi codicistica alla stampa, – ma di ricomprenderli genericamente nella locuzione con cui si chiude il primo comma[2].
In proposito, se parte della dottrina ha evidenziato il carattere anacronistico della disposizione costituzionale *de qua*[3] e si è parlato di miopia del legislatore costituente nel prevedere delle ampie garanzie solo per la libertà di manifestazione del pensiero tramite la stampa[4], vi è chi, invece, legge nella clausola «ogni altro mezzo di diffusione» un'apertura lasciata dal Costituente agli altri mezzi di diffusione del pensiero, che avrebbe permesso alla norma costituzionale di sopravvivere agli sviluppi dei mezzi di comunicazione di massa[5].

[1] L'art. 21, c. 6, prevede che «sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume. La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire e a reprimere le violazioni».

[2] C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, 22, nt. 43, il quale sottolinea, in proposito, come «non la mera attitudine di un mezzo alla diffusione, bensì il riconoscimento "sociale" di tale attitudine sia essenziale perché il mezzo goda della relativa garanzia costituzionale».

[3] B. Tonoletti, *Principi costituzionali dell'attività radiotelevisiva*, in M. Cuniberti - E. Lamarque - B. Tonoletti - G.E. Vigevani - M.P. Viviani Schlein, *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, 2011, 222.

[4] La miopia del legislatore costituzionale è evidenziata da L. Paladin, *Problemi e vicende della libertà d'informazione nell'ordinamento giuridico italiano*, in L. Paladin (a cura di), *La libertà d'informazione*, Torino, 1979, 6, il quale rimprovera al Costituente di aver «preso di mira le esperienze del passato, ben più che le prospettive a venire». V. Schiavetti, *Libertà di stampa e libertà della stampa nei lavori dell'Assemblea costituente*, in Aa. Vv, *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea costituente*, I, Firenze, 1969, 452 s., che evidenzia come il costituente, avendo ben chiare le limitazioni a cui era stata sottoposta la libertà di stampa durante il regime fascista, prese in carico più le esperienze del passato che le prospettive del futuro, non considerando, il risvolto sociale e l'evoluzione che sarebbe derivata dal progresso tecnologico.

[5] P. Costanzo, *La stampa telematica (tuttora) tra ambiguità legislative e dissensi giurisprudenziali*, in *Giur. Cost.*, III, 2010, 5239, il quale rileva come il riferimento ad «ogni altro mezzo di diffusione» abbia

Nell'aderire a quest'ultima interpretazione, non pare dubitabile che anche Internet sia un mezzo di diffusione del pensiero e che la libertà di espressione sulla rete rientri, quindi, nel paradigma di cui al primo comma dell'art. 21 Cost. Su tale impostazione, è parsa unanime la dottrina sin dalle prime riflessioni sul regime giuridico da accordare ad Internet[6], tanto che l'orientamento prevalente va nel senso di assimilare Internet agli altri mezzi di diffusione del pensiero a cui fa generico riferimento la disposizione costituzionale.

Fatta rientrare l'espressione del pensiero online nel primo comma dell'art. 21 Cost., ne deriva, per coerenza logica oltre che per ragioni di natura giuridica, l'estensione alle manifestazioni del pensiero in rete dell'unico limite espressamente riferito alla libertà in parola[7].

Da tale premessa deriva l'interesse nel verificare l'attualità del contenuto e il significato del buon costume nel contesto online.

2. Sulla nozione costituzionale di buon costume

Un'analisi sul significato della clausola costituzionale di buon costume risulta particolarmente complessa, trattandosi, evidentemente, di una nozione alquanto indeterminata. In questo senso, hanno contribuito anche le modifiche che il concetto di buon costume ha subito nel tempo, parallelamente al mutamento dei costumi sociali, adattandosi alle regole che l'opinione pubblica riconosce valide in un determinato momento storico.

Va dato conto, in proposito, di come in Assemblea costituente, nell'accogliere la nozione restrittiva di "buon costume", venne superato l'inziale riferimento alla "morale pubblica", nonché alla "protezione della gioventù", al fine di evitare di inserire, all'interno della Carta, formule dotate di eccessiva indeterminatezza, che avrebbero aperto

«posto le indispensabili premesse per la sussunzione continua nella garanzia costituzionale di qualsiasi strumento che il progresso scientifico e tecnologico riesca a mettere a disposizione per prolungare la portata diffusiva delle proprie opinioni»; in tal senso, cfr. anche G. Corrias Lucente, *Internet e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Dir. Inf.*, 2000, 599, la quale definisce la previsione di cui dell'art. 21, c.1, Cost. una «clausola aperta ed estesa, dotata di ampia flessibilità, che evita la fossilizzazione alla tecnologia esistente» tramite la quale il «legislatore costituente ha consentito […] l'integra sopravvivenza del principio di libera manifestazione del pensiero all'introduzione di mezzi di comunicazione di massa, neppure ipotizzabili all'atto di entrata in vigore della norma».

Tale è l'orientamento anche della più recente giurisprudenza rispetto all'inclusione del mezzo Internet: cfr., tra tutte, Cass. pen., sez. un., 29 gennaio 2015, n. 31022, che definisce lungimirante l'espressione utilizzata dal Costituente che «abbraccia anche internet, frontiera moderna per la diffusione dell'informazione professionale, ancorata ai valori della responsabilità e della correttezza».

[6] Così, V. Zeno Zencovich, *Appunti sulla disciplina costituzionale delle telecomunicazioni*, in *Dir. Inf.,* 1996, 400; A. Cerri, *Telecomunicazioni e diritti fondamentali*, in *Dir. Inf.*, 1996, 785 ss.; P. Costanzo, *Aspetti evolutivi del regime giuridico di Internet*, in *Dir. Inf.*, 1996, 838 ss.

[7] Nel senso che l'art. 21 Cost., c. 6, si estende anche alle manifestazioni del pensiero tramite Internet, A. Cerri, *op. cit.,* 796; P. Costanzo, voce *Internet (dir. pubblico)*, in *Digesto disc. pubb.*, agg., Torino, 2000, 357; Id, *Le nuove forme di comunicazione: Internet*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, I, Milano, 1999, 360; A. Valastro, *Art. 21*, in R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Milano, 2006, 464; C. Di Lello, *Internet e Costituzione: garanzia del mezzo e suoi limiti*, in *Dir. Inf.*, 2007, 908 ss.

la strada a censure troppe generiche[8].
La maggior parte della dottrina costituzionalistica ha ricondotto tale clausola alla nozione penalistica, identificata con il comune sentimento del pudore e, per questo, connessa alla sfera della morale sessuale[9]. Si è sostenuto, in questo senso, che tale limite sarebbe riferito alle sole manifestazioni consistenti in una perversione dei costumi[10] o nell'eccitazione di istinti erotici[11] salvo estendersi, per i minori, anche ai contenuti immorali e diseducativi.
Il legislatore, dal canto suo, ha esteso in alcuni casi la tutela del buon costume anche nei confronti di quelle manifestazioni che, pur non toccando la sfera sessuale, possono turbare la sensibilità del destinatario[12].
A fronte di una nozione così indeterminata, in realtà, neanche l'intervento della Corte costituzionale è riuscito a fornire una lettura univoca[13].
Se il giudice delle leggi ha respinto qualsiasi identificazione del buon costume con la morale dominante, infatti, non si è tuttavia limitato ad una nozione più restrittiva, legata al solo pudore sessuale[14].
La Corte ha, infatti, più volte fatto riferimento al sentimento morale dei giovani[15], nonché alla dignità umana e al rispetto della persona umana, chiamando in causa l'art.

---

[8] Per una ricostruzione del dibattito in Assemblea costituente, cfr. S. Grassi, *Rassegna sul concetto di buon costume nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, in *Orientamenti giurisprudenziali in tema di buon costume*, a cura del Segretariato Generale della Camera dei Deputati Roma, 1972, 15 ss.

[9] In questo senso, C. Esposito, *op. cit.*, 42 s.; S. Fois, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957, 135; P. Barile, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975, 460; C. Chiola, *Manifestazione del pensiero (libertà di)*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990, 8 s.
Minoritaria, invece, quella parte della dottrina che ha ricostruito la nozione di buon costume sulla base di norme civilistiche o principi costituzionali. V., in tal senso, P. Virga, *Diritto costituzionale*, Milano, 1979, 434; F. Pergolesi, *Diritto costituzionale*, Padova, 1962, 350; G. De Roberto, *Buon costume I) diritto costituzionale*, in *Enc. giur.,* V, Roma, 1988.

[10] C. Esposito, *op. cit.*, 42, nt. 95.

[11] S. Fois, *op. cit.*, 136.

[12] In questo senso, l'art. 725 c.p., che punisce il «commercio di scritti, disegni o altri oggetti contrari alla pubblica decenza», nonché l'art. 15 della l. 47/1948, che estende le sanzioni previste per la diffusione dei contenuti osceni anche alle «pubblicazioni a contenuto impressionante o raccapricciante» atte a «turbare il comune sentimento della morale e l'ordine familiare».

[13] M. Manetti, *I limiti oggettivi. (Segue): il limite del buon costume*, in A. Pace - M. Manetti, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, *Commentario della Costituzione,* fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna, 2006, 220. La mancata ricostruzione univoca del concetto di buon costume da parte della Corte costituzionale viene sottolineata anche da C. Chiola, *Informazione, pensiero, radiotelevisione. Problemi concreti. Commenti*, Napoli, 1984, 51 ss.

[14] M. Cuniberti, *Il buon costume e i reati di opinione*, in G.E. Vigevani – O. Pollicino – C. Melzi d'Eril - M. Cuniberti – M. Bassini, *Diritto dell'informazione e dei media*, Torino, 174, al quale si rimanda per un'analisi più dettagliata della giurisprudenza costituzionale in materia.

[15] In questo senso, C. Cost., sent. 9/1965 in cui, nel respingere la questione di legittimità costituzionale in merito all'art. 553 c.p. che puniva l'incitazione e la propaganda di pratiche contro la procreazione, la Corte afferma che il limite del buon costume di cui all'art. 21 Cost, c. 6, va interpretato come «insieme di precetti che impongono un determinato comportamento nella vita sociale di relazione» la cui inosservanza violi oltre che il pudore sessuale anche il «sentimento morale dei giovani».
Il riferimento più generale alla morale, oltre che al sentimento del pudore, si rinviene anche nelle sentt. 25/1965, 191/1970.

2 Cost.[16].

Il riferimento alla morale è stato utilizzato anche per sottolineare la mutevolezza del concetto, il quale ha conosciuto diverse interpretazioni, adattandosi alla morale corrente. La Corte ha evidenziato, in proposito, come il buon costume è da ricostruire in base a «ciò che è comune alle diverse morali del nostro tempo»[17].

Rispetto a un quadro così incerto, il tentativo di delimitare la nozione costituzionale di buon costume si fa ancora più complesso per le manifestazioni del pensiero diffuse sul web, rispetto alle quali proprio il contesto telematico concorre a rendere ancora più problematica una concezione del buon costume in senso unitario e a condurre verso una nozione maggiormente "inafferrabile" e "astratta"[18].

3. La tutela del buon costume nelle manifestazioni del pensiero online

Il buon costume è oggi certamente lontano da ciò che con esso si intendeva nel momento dell'entrata in vigore della Carta costituzionale, soprattutto se si considera il maggior grado di tolleranza nei confronti delle espressioni pubbliche della sessualità, alla luce di una diversa percezione di ciò che si considera osceno.

Tuttavia, le potenzialità offerte dalle tecnologie informatiche e la diffusività del mezzo potrebbero condurre a forme più penetranti di aggressione al buon costume, anche se nel suo aspetto più elastico e permissivo.

Su Internet chiunque può, in qualsiasi momento, inserire contenuti, con o senza finalità lucrative. A ciò si aggiunge che il dato, una volta immesso online, è destinato a rimanere nell'eternità mediatica e potrebbe propagarsi all'infinito. Gli strumenti forniti dal

[16] Così, C. Cost., sent. 293/2000, in base alla quale il divieto di pubblicazioni dal contenuto impressionante o raccapricciante che possano «turbare il comune sentimento della morale o l'ordine familiare» *ex* art. 15 della l. 47/1948, non contrasta con la Costituzione proprio perché è diretto a tutelare la dignità umana. La Corte rimarca come il «comune sentimento della morale» non vada inteso come morale dominante, ma piuttosto come «ciò che è comune […] alla pluralità di concezioni etiche che convivono nella società contemporanea» da leggere come «rispetto della persona umana». L'art. 15 della legge sulla stampa è stato quindi salvata da giudizio di incostituzionalità, giacché – in base a detta interpretazione – lesive del buon costume possono essere diverse condotte materiali tali da turbare la sensibilità dello spettatore, al di là del fatto che si tratti di manifestazioni riferite alla sessualità.
La dignità umana viene richiamata dalla Corte costituzionale già nella sent. 368/1992, in cui si fa riferimento al rispetto dei «contenuti morali», nonché alle «modalità di espressione del costume sessuale indispensabili per assicurare una convivenza sociale conforme ai principi costituzionali inviolabili della tutela della dignità umana e del rispetto reciproco tra le persone».

[17] Ancora C. Cost., sent. 293/2000. La mutevolezza del concetto di buon costume era già stata rilevata nella sent. 191/1970, in cui la Corte evidenzia come «il costume varia notevolmente secondo le condizioni storiche dell'ambiente e di cultura»; sent. 49/1971 ove, nel rovesciare la decisione di rigetto della questione di legittimità costituzionale con riferimento alla norma contro l'incitamento e la propaganda di pratiche contro la procreazione espressa con sent. 9/1965, la Corte fa riferimento all'evoluzione della coscienza sociale, alla luce della quale gli stessi comportamenti non potevano più essere considerati lesivi del buon costume.

[18] Così, L. Pedullà, *Accesso a Internet, libertà religiosa informatica e buon costume,* in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 35, 2012, 14. *Contra* R. Perrone, *Buon costume" e valori costituzionali condivisi. Una prospettiva della dignità umana*, Napoli, 2015, 294, in base al quale Internet non avrebbe inciso sul contenuto della clausola di buon costume.

web attraverso il *tagging*, i *like* e la condivisione portano il video, lo scritto o l'immagine a sottrarsi dal controllo di colui che lo ha inserito e dalla fonte originaria.
Questo fa sì che nel caso di inserimento di un contenuto illecito, esso possa essere più pericoloso rispetto alla sua diffusione tramite gli strumenti tradizionali, anzitutto perché è potenzialmente destinato a raggiungere un numero indefinito di persone.
A tal proposito, vanno verificate le tutele che appresta oggi l'ordinamento rispetto alla circolazione sul web dei contenuti osceni o, più in generale, lesivi del buon costume.
Tra le fattispecie previste dal legislatore, l'art. 528 c.p. punisce l'acquisto, la detenzione, l'esportazione o la messa in circolazione di «scritti, disegni, immagini od altri oggetti osceni di qualsiasi specie». Detta norma è stata oggetto di depenalizzazione nel 2016 (d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 8), ad eccezione del caso in cui, al fine della circolazione, sia utilizzato «qualsiasi mezzo di pubblicità»[19].
È stato rilevato, in proposito, come Internet sia da considerare un mezzo di pubblicità, tale per cui la trasmissione di scritti, disegni e immagini osceni sul web debba configurare un illecito penale[20], in quanto va oltre la semplice diffusione o messa in circolazione prevista dal primo comma dell'art. 528 c.p. e oggetto di depenalizzazione.
Sebbene sul punto non si sia mai pronunciata la giurisprudenza, la posizione del giudice di legittimità rispetto ad altri contenuti illeciti che circolano in rete è ormai consolidata, tanto da poter avvalorare tale impostazione. È il caso, ad esempio, del reato di diffamazione online, che la Cassazione fa rientrare nella fattispecie aggravata prevista dal terzo comma dell'art. 595 c.p., giacché la diffusività del mezzo Internet è tale da poterlo ricondurre all'ipotesi di "ogni altro mezzo di pubblicità" che giustifica l'aggravante[21].
Più problematica è, invece, l'applicazione all'online di altre fattispecie. È il caso dell'art. 15 della l. 47/1948, che estende le sanzioni previste dall'art. 528 c.p. agli stampati dal contenuto impressionante o raccapricciante, atti a «turbare il comune sentimento della morale o l'ordine familiare o da poter provocare il diffondersi di suicidi o delitti». Tale disposizione, che tra l'altro amplia la tutela penale del buon costume oltre la sfera del pudore sessuale, facendo riferimento alla più generale sensibilità dello spettatore, è stata dettata con riferimento alla stampa cartacea.
Contemplando, detta norma, i soli stampati, si dovrebbe concludere, alla luce del divieto di analogia in *malam partem* e del principio di tassatività in materia penale, in merito alla non estensione della fattispecie alle pubblicazioni online. D'altronde, la sua applicazione anche al settore radiotelevisivo è avvenuta con uno specifico intervento

[19] Sono da considerare "osceni", in base l'art. 529 c.p., «gli atti e gli oggetti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore».

[20] C. Melzi d'Eril - G.E. Vigevani, *Lo statuto dell'informazione su Internet*, in T.E. Frosini - O. Pollicino - E. Apa - M. Bassini (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Firenze, 2017, 250 s.

[21] Tale è l'orientamento espresso dalla Corte di Cassazione sin dalle prime pronunce in materia: cfr., in tal senso, Cass. pen., sez. V, 27 dicembre 2000, n. 4741, in cui si evidenzia come, proprio alla luce della grande pervasività del mezzo Internet, qualsiasi comunicazione sul web deve intendersi potenzialmente *erga omnes*. Tale orientamento è rimasto costante nel tempo; tra le pronunce più recenti, e con specifico riferimento al reato di diffamazione tramite social network, cfr. Cass. pen., sez. I, 6 giugno 2014, n. 12761; Cass. pen., sez. I, 8 giugno 2015, n. 24431, Cass. pen., sez. V, 1° marzo 2016, n. 8328, Cass. pen., sez. I, 2 gennaio 2017, n. 50.

del legislatore (art. 30, c. 2, l. 223/1990)[22].

Tuttavia, non può totalmente escludersi una diversa lettura della disposizione, tale da ricomprendere anche l'online, dal momento che la giurisprudenza più recente sembra aggirare i suddetti principi in materia penale. Nel far riferimento a una nozione estensiva di "stampa" fornita dalle Sezioni Unite della Cassazione nel 2015[23], infatti, lo stesso giudice di legittimità ha esteso anche ai giornali online, che abbiano medesime caratteristiche e finalità del giornale cartaceo, l'art. 57 c.p., che prevede la responsabilità del direttore e del vicedirettore sul contenuto del periodico[24]. Non si può escludere, per tale via, che il giudice arrivi ad estendere all'online – o per lo meno a ciò che ricomprende oggi nella nozione estensiva di stampa – anche la fattispecie prevista dall'art. 15 della l. 47/1948. Sarebbe, invece, da negare la sua applicazione agli altri mezzi di diffusione sul web, diversi dalla stampa, rispetto ai quali la giurisprudenza continua a escludere qualsiasi equiparazione con la stampa tradizionale[25].

In ogni caso, va considerato, con specifico riferimento ai contenuti pornografici, come – al di là degli interventi del legislatore in materia – la circolazione di prodotti dal contenuto sessualmente esplicito, è stata nei fatti sempre ampiamente tollerata e libera.

Tale circostanza è da ricondurre, già prima della recente depenalizzazione, ad un'impostazione più liberale che si è affermata a partire dagli anni '90, tanto da parte della Corte di Cassazione che della Corte costituzionale. In base a tale ricostruzione, l'osceno non è da considerare tale in sé, ma alla luce del contesto in cui viene divulgato e alla pubblicità che riceve il contenuto, nel senso della possibilità, per un numero indeterminato di persone, di percepire l'osceno[26].

---

[22] È da notare come detta disposizione estende esplicitamente al settore radiotelevisivo anche le previsioni di cui all'art. 528 c.p.

[23] Cass. pen., sez. un., 29 gennaio 2015, n. 31022, in base alla quale un giornale o un periodico rientra a pieno titolo nel concetto di stampa se, pur se diffuso online, presenta «una propria testata identificativa, [*è*] diffuso con regolarità in rete; ha la finalità di raccogliere, commentare e criticare notizie di attualità dirette al pubblico; ha un direttore responsabile, iscritto all'Albo dei giornalisti; è registrato presso il Tribunale del luogo in cui ha sede la redazione; ha un hosting provider, che funge da stampatore, e un editore registrato presso il ROC».

[24] Così, Cass. pen., sez. V, 11 dicembre 2017, n. 13398; Cass. pen., sez. V, 23 ottobre 2018, n. 1275.

[25] Cfr., in questo senso, sempre Cass., sez. un., 29 gennaio 2015, n. 31022, in cui vengono esclusi espressamente dal concetto di stampa blog, forum di discussione e tutti gli altri mezzi di manifestazione del pensiero presenti online. Tale orientamento e stato ribadito in Cass. pen., sez. V, 1° febbraio 2017, n. 4873.

[26] Tale impostazione fu dapprima accolta dal legislatore che, con l. 355/1975, introdusse un'esenzione di responsabilità per gli edicolanti nel caso in cui il materiale pornografico non fosse stato esposto al pubblico, in modo da rendere visibili le parti oscene e che non venisse offerto ai minori di sedici anni.
Per quanto riguarda la giurisprudenza, cfr. Cass. pen., sez. un. 1° ottobre 1991, in cui la Corte rileva come, l'idoneità di un prodotto ad offendere il pudore, al fine di ricomprenderlo tra i prodotti osceni *ex* art. 529 c.p., deve tener conto delle modalità in cui esso viene diffuso e la fruizione da parte del pubblico. Da ciò deriva che, nel caso in cui il prodotto non sia destinato ad essere visionato da adulti che non abbiano liberamente e consapevolmente deciso di fruirne ovvero da minori, allora non sarebbe da ravvisare alcuna idoneità ad offendere il pudore di alcuno.
La posizione della Corte di Cassazione viene ribadita un anno dopo dalla Corte costituzionale: cfr., in tal senso, C. Cost., sent. 368/1992, in cui la Corte afferma che l'art. 528 c.p., nel punire la detenzione di materiale osceno anche in presenza di cautele nella custodia e commercializzazione del prodotto, deve essere interpretata nel senso che la visione di tali prodotti da parte di adulti consapevoli e liberamente determinati a fruirne non è volto a offendere il pudore e quindi non è penalmente rilevante.

In questo modo, la giurisprudenza ha ritenuto che, anche alla luce del mutamento del costume sociale, la messa in circolazione e la fruizione di prodotti osceni da parte di adulti consapevoli e liberamente determinati a fruirne non abbia alcun impatto sul turbamento della sensibilità del pubblico, tale per cui non è atta a contrastare con il limite costituzionalmente posto del buon costume.
Estese tali argomentazioni all'online, sembra ragionevole ritenere che anche la circolazione in rete di materiale osceno debba essere considerata lecita, ed esuli da qualsiasi sanzione, «purché l'utente percepisca con chiarezza che stia entrando in contatto con materiale hard core»[27].
In questo senso, è stato evidenziato come anche su Internet non rilevi tanto la presenza in rete di materiale potenzialmente offensivo della sensibilità di adulti non consenzienti o di minori, bensì la predisposizione, da parte del gestore del sito o di chi rende disponibile l'accesso a terzi, di strumenti volti ad evitare che i contenuti osceni raggiungano inconsapevolmente soggetti adulti e, ancor di più, i minori[28].
Da tali considerazioni deriva che, se l'utente non si imbatte casualmente nel contenuto osceno e questo sia chiaramente identificabile e accessibile tramite una specifica e consapevole chiave di ricerca, la circolazione di materiale potenzialmente lesivo del pudore non è da considerarsi illecita[29].
Rispetto al contesto online, tuttavia, va tenuta conto, da un lato, la difficoltà di introdurre in Internet sicuri limiti all'accesso e di garantire sempre l'identificazione dell'età anagrafica dell'utente, a cui si aggiunge, dall'altro, il già rilevato carattere della diffusività, proprio del web, per cui la messa in circolazione di materiale osceno in rete potrebbe presentare potenzialità lesive di gran lunga superiori rispetto a qualsiasi altra forma di circolazione di informazioni[30]. Tali considerazioni valgono ancor di più nel caso in cui i destinatari siano minori.

4. Buon costume e tutela dei minori in Internet

Come anticipato, rispetto ai minori, la tutela del buon costume è certamente più ampia, tanto da estendersi anche alle manifestazioni nocive per il loro generale sviluppo fisico, mentale e morale. In questo senso, quindi, anche le manifestazioni semplicemente immorali e diseducative sono da considerare in contrasto con la tutela che va accordata al buon costume.
Tale interpretazione si ricaverebbe dal combinato disposto degli artt. 21, 30 e 31 Cost.,

[27] C. Melzi d'Eril - G.E. Vigevani, *Lo statuto dell'informazione su Internet*, cit., 251.

[28] M. Cuniberti, *Il limite del buon costume*, in M. Cuniberti - E. Lamarque - B. Tonoletti - G.E. Vigevani - M.P. Viviani Schlein, *Percorsi di diritto dell'informazione*, cit., 58.

[29] M. Cuniberti, *Il buon costume e i reati di opinione*, cit., 183.

[30] Opposta, in realtà, la posizione di P. Costanzo, *Le nuove forme di comunicazione: Internet*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, I, Milano, 1999, 361 s., che evidenzia come Internet rappresenti, in realtà, il «mezzo meno pericoloso tra quelli finora conosciuti», dal momento che l'accesso ad Internet non è né agevole, né facilmente disponibile, bensì richiede «una precisa pulsione della volontà e dell'intelligenza […] e non di rado l'inserimento di una o più password», tale per cui qualsiasi legislazione repressiva sarebbe da ritenere costituzionalmente inadeguata.

alla luce dei quali lo Stato, dato il suo ruolo sussidiario rispetto alla famiglia con riferimento all'educazione dei figli, può vietare quelle manifestazioni che possono turbare il processo educativo e che siano contrarie alla morale[31].

Ciò ha giustificato, ad esempio, l'introduzione di una serie di divieti e di misure nella diffusione di contenuti tramite il mezzo radiotelevisivo[32].

Rispetto alla circolazione di tali tipi di contenuti sulla rete, va invece ravvisata una maggiore difficoltà di fornire un'adeguata tutela ai minori.

Ciò è vero, anzitutto, alla luce di alcune caratteristiche del web, tra le quali occorre di nuovo citare oltre alla diffusività propria del mezzo, la possibilità di agire in anonimato e di creare profili falsi, nonché la mancanza – in alcuni siti – di chiavi di accesso connesse con l'identificazione dell'età anagrafica dell'utente.

A fronte di tali caratteri, che derivano dalla natura intrinseca di Internet, si pone un'assenza di regolamentazione dei contenuti in rete.

Da ciò potrebbe derivare non solo una maggiore facilità per i minori di raggiungere consapevolmente tali tipi di contenuti, ma altresì una maggiore probabilità che i minori diventino spettatori involontari di contenuti osceni o diseducativi.

In tal senso, va quindi ravvisata una differenziazione di tutela accordata al minore a seconda del mezzo utilizzato.

Se con riguardo ai contenuti radiotelevisivi, il minore riceve infatti un'ampia tutela, estesa poi anche alla TV via web, manca una regolamentazione specifica delle piattaforme online. In tal senso, è stato rilevato come ciò metta in discussione l'effettività delle tutele previste dal Testo Unico della radiotelevisione, rispetto alla figura del "fornitore dei servizi media audiovisivi", a fronte di soggetti che operano in rete e che esulano da qualsiasi responsabilità di natura editoriale e non esercitano un controllo effettivo sui contenuti veicolati[33]. Da ciò deriva che la tutela che il mezzo radiotelevisivo garantisce al minore finisce per essere ridimensionata, a fronte di un'assenza di garanzia per il mezzo Internet che, tra l'altro, costituisce oggi uno dei maggiori mezzi di comunicazione e diffusione del pensiero, soprattutto da parte delle generazioni più giovani[34].

Con riferimento al contesto online, è da evidenziare piuttosto una spinta verso forme di autoregolamentazione, attraverso l'elaborazione di Codici, Carte o Linee guida, che

---

[31] Sul punto, cfr. M. Manetti, *I limiti oggettivi. (Segue): Il limite del buon costume*, cit., 207, la quale evidenzia come l'accostamento tra limite del buon costume e limiti a tutela dei minori è proseguito dalla discussione in Assemblea costituente, sino alla legislazione ordinaria successiva.

[32] Si veda, in proposito l'art. 34 del Testo unico dei servizi media audiovisivi e radiofonici (d.lgs. 177/2005 e successive modifiche) che ha previsto il divieto di trasmissioni che possono nuocere gravemente allo sviluppo fisico, mentale o morale dei minorenni e ha imposto dei limiti di fascia oraria e accorgimenti tecnici volti ad evitare che il minore entri in contatto con tali contenuti.

[33] Così AGCOM, *Libro bianco media e minori 2.0 – review*, 2018, 83.

[34] Medesime considerazioni possono essere svolte anche con riferimento ad altri ambiti. Si pensi, ad esempio, alla par condicio rispetto alla quale la l. 28/2000 disciplina in maniera puntuale la comunicazione politica sul mezzo radiotelevisivo, a fronte di un'assenza di regolamentazione sulla rete. Su tale punto si rimanda a M. Manetti, *Libertà di pensiero e comunicazione politica,* 2011, la quale evidenzia come un sistema di regolamentazione puntuale e rigoroso del mezzo radiotelevisivo a fronte di una completa libertà della comunicazione su Internet potrebbe comportare il rischio che, soprattutto a fronte della grande capacità di mobilitazione della rete, la disciplina della par condicio del mezzo radiotelevisivo diventi superflua se non addirittura iniqua.

rientrano a tutti gli effetti nel *soft law*. È il caso, da ultimo, del Libro Bianco dell'AGCOM "Media e minori" *2.0* del 2018.

Nel frattempo, inoltre, l'ordinamento europeo, sta spingendo verso interventi normativi, tanto che è da ultimo intervenuta la direttiva 1808/2018/UE che, nel riformare la disciplina europea in materia di servizi audiovisivi per far fronte agli sviluppi tecnologici, impone ai fornitori di piattaforme per la condivisione di video l'adozione di misure appropriate per tutelare i minori dai contenuti che possono nuocere al loro sviluppo fisico, mentale o morale, ferma restando, in ogni caso, l'esenzione di responsabilità prevista per i fornitori di servizi della società dell'informazione[35].

Al di là della verifica di come tale direttiva sarà recepita negli Stati membri[36], l'atto europeo incentiva forme di co-regolazione e autoregolamentazione, nonché l'implementazione di strumenti di filtraggio e controllo successivo che in parte sono già predisposti dagli Internet service provider (*safe search* di Google e altri filtri[37]). Rispetto a tali strumenti tecnici, a fianco alle misure attivate dagli stessi utenti (*parental control*), si evidenzia come potrebbero scontare il limite di essere rimessi alla volontaria iniziativa dei gestori dei siti web o, appunto, dell'utente.

Sul punto è bene comunque tener presente, se fosse necessario sottolinearlo, come la fruizione della connessione ad Internet da parte del minore, presupponendo la stipula di un contratto e quindi la maggiore età dei contraenti, avviene sempre sulla base del consenso di una persona maggiorenne. Spetta, quindi, al genitore assicurare che il minore utilizzi la connessione in modo appropriato[38]. Ciò non toglie che lo Stato, come avviene per i contenuti radiotelevisivi, dato il suo ruolo sussidiario rispetto alla famiglia con riferimento all'educazione dei figli, vieti quelle manifestazioni che possano turbare il processo educativo dei minori.

In conclusione, va sottolineato come, se sono senz'altro auspicabili interventi più incisivi per tutelare i minori su Internet, applicare regole stringenti al web resta, al tempo stesso, tecnicamente molto arduo. Ciò vale soprattutto se si intende ricorrere a strumenti normativi dall'estensione territoriale nazionale, che risultano inadeguati a disciplinare un contesto trans-territoriale se non addirittura a-territoriale. In questo senso, l'adozione di Linee guida e di Codici di autoregolamentazione e la collaborazione da parte degli stessi operatori della rete che ne consegue, sembra la strada da seguire ed è quella effettivamente intrapresa più di recente dalle istituzioni europee[39].

---

[35] Su questo, la direttiva 2000/31/CE (c.d. "Direttiva E-Commerce") esclude in capo agli Internet service provider un obbligo generale di sorveglianza e di ricercare attivamente contenuti illeciti nelle proprie piattaforme.

[36] Per il recepimento della direttiva è stato fissato il termine è del 19 settembre 2020. Per un commento su tale intervento, cfr. F. Donati, *La tutela dei minori nella direttiva 2018/1808*, in *questa Rivista*, 1, 2019, 60 ss.

[37] La *safesearch* di Google è un filtro alla ricerca che può essere graduato a differente scala di intensità, ed impedisce la visualizzazione di immagini o video inadatti al minore, o sgraditi al maggiorenne.

[38] M. Cuniberti, *Il buon costume e i reati di opinione*, cit., 183.

[39] Si possono citare, in proposito, il Codice di condotta per lottare contro le forme illegali di incitamento all'odio online del 2016 o, ancora, il Codice di buone pratiche sulla disinformazione del 2018.

4.1. Il contrasto alla pedopornografia online

Considerazioni diverse vanno svolte rispetto ai contenuti pedopornografici, ove i minori non sono solo potenziali spettatori, ma vengono utilizzati al fine della realizzazione del prodotto.

Oltre a una grande attenzione già da tempo dimostrata tanto a livello internazionale che europeo[40], il legislatore italiano ha disciplinato anche il contesto telematico. Come di consueto, tuttavia, un ruolo decisivo in materia è stato poi rivestito dalla giurisprudenza.

La fattispecie criminosa compiuta online, infatti, ha trovato una formalizzazione sul piano normativo nell'art. 600-*ter*, che nel sanzionare la distribuzione, la divulgazione, la diffusione o la pubblicizzazione di materiale pornografico in cui sono stati utilizzati minori, fa espresso riferimento a «qualsiasi mezzo, anche per via telematica»[41].

Il giudice di legittimità ha poi specificato la configurazione di tale reato rispetto al contesto online Nella specie, in un recente arresto, le Sezioni Unite hanno definito ormai "anacronistica" la ricostruzione del reato di produzione di materiale pedopornografico di cui all'art. 600-*ter* come reato di pericolo concreto, che si sostanzierebbe solo laddove venga accertata la sussistenza del reale pericolo di diffusione di detto materiale[42]. La Suprema Corte sottolinea, infatti, che è proprio alla luce del mutato contesto sociale e della "accessibilità generalizzata" offerta da Internet, che permette più facilmente e velocemente lo scambio e la diffusione di immagini, che l'art. 600-*ter* deve essere interpretato come reato di danno. In altre parole, il ricorso alle nuove tecnologie avrebbe oramai generalizzato il pericolo di diffusione, per cui quest'ultimo

---

[40] A livello europeo, occorre citare la decisione 2000/375/GAI del Consiglio, relativa alla lotta contro la pornografia infantile su Internet, con la quale gli Stati membri e i privati operanti nel settore venivano invitati a collaborare nella predisposizione di filtri e altri strumenti al fine di individuare e porre un ostacolo alla diffusione di materiale pedopornografico.
In materia, è poi intervenuta la direttiva 2011/93/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile che ha sostituito la decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio.
Inoltre, per quanto riguarda il Consiglio d'Europa, va citata la Convenzione di Lanzarote per la protezione dei bambini contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali del 25 ottobre 2007, che richiede agli Stati di prevedere come reato la pornografia minorile, facendo espresso riferimento anche all'utilizzo delle nuove tecnologie (art. 20). Detta Convenzione è stata ratificata a livello interno dalla l. 1° ottobre 2012, n. 172, che ha modificato, tra le altre, le previsioni del codice penale sull'adescamento dei minori, anche attraverso Internet, e sulla pornografia minorile.

[41] Tale norma, introdotta dall'art. 3 della l. 3 agosto 1998, n. 269, è stata più volte modificata. In particolare, per quel che interessa in questa sede, il verbo "diffonde", riportato nel c. 3, in base al quale «chiunque, al di fuori delle ipotesi di cui al primo e al secondo comma, con qualsiasi mezzo, anche per via telematica, distribuisce, divulga, diffonde o pubblicizza il materiale pornografico di cui al primo comma, ovvero distribuisce o divulga notizie o informazioni finalizzate all'adescamento o allo sfruttamento sessuale di minori degli anni diciotto, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da euro 2.582 a euro 51.645», è stato inserito in seguito alla modifica introdotta con la l. 38/2006 , proprio allo scopo di risolvere dubbi che erano sorti in merito alla possibilità di far rientrare nella fattispecie prevista la condivisione di fotografie pedopornografiche attraverso le *chat lines*. Sul punto, cfr. A. Spangaro, *Tutela dei minori e delle fasce deboli*, in G. Finocchiaro – F. Delfini (a cura di), *Diritto dell'informatica*, Milano, 2014, 229.

[42] Cass. pen., sez. un., 31 maggio 2018, n. 51815, su cui vedi nota di R. Bertolesi, *Produzione di materiale pornografico: per le Sezioni Unite non è necessario l'accertamento del pericolo di diffusione*, in *penalecontemporaneo.it*, 30 novembre 2018.

non può più costituire un criterio dirimente al fine della configurazione del reato.
Alla previsione appena analizzata, si aggiunge l'art. 600-*quater,* che sanziona chiunque detenga materiale pedopornografico, purché si tratti di detenzione consapevole. Pur mancando in questo caso uno specifico riferimento ad Internet, sarebbero da escludere, se estesa la fattispecie al contesto telematico, i casi in cui i contenuti pedopornografici siano raggiunti involontariamente nel corso della navigazione su Internet e il file sia archiviato automaticamente nel computer. In particolare, in merito a tale profilo, si è più volte pronunciata la giurisprudenza, che ha specificato, rispetto alle fattispecie concrete, i casi in cui si possa ravvisare una detenzione consapevole.
Al di là dell'ambito penale, è stata poi prevista l'istituzione, presso il Ministero dell'interno, del Centro nazionale per il contrasto della pedopornografia sulla rete Internet, con il compito di raccogliere le segnalazioni in merito a siti che diffondono materiale a contenuto sessuale in cui siano utilizzati i minori, nonché l'istituzione, presso il Dipartimento per le pari opportunità della Presidenza del Consiglio dei ministri, dell'Osservatorio per il contrasto della pedofilia e della pornografia minorile, con il compito di acquisire e monitorare i dati e le informazioni relativi alle attività svolte da tutte le pubbliche amministrazioni, per la prevenzione e la repressione della pedofilia[43].
Sempre tra gli interventi legislativi di natura extra-penale, va dato conto della recente legge contro il cyberbullismo[44], che ha previsto un programma di azione a supporto dell'educazione dei minori sull'utilizzo consapevole delle nuove tecnologie, in cui possono considerarsi compresi, tra gli usi distorti che si intende contrastare, il *sexting* e il *revenge porn*.
Con riferimento alla pedopornografia, quindi, il legislatore sembra aver tenuto in maggiore considerazione, a differenza del suo tradizionale approccio rispetto ad Internet, come gli strumenti telematici rendano il contenuto immesso più facilmente raggiungibile da un ampio numero di utenti, per di più con la possibilità che lo scambio possa avvenire in forme del tutto anonime e che raggiunga, allo stesso tempo, più persone.

5. Qualche considerazione conclusiva

Alla luce di quanto sin qui esaminato, è possibile rilevare, anzitutto, come il sesto comma dell'art. 21 Cost. operi in tutta la sua estensione anche nei confronti delle manifestazioni del pensiero diffuse tramite Internet.
Può altresì rimarcarsi l'attualità della clausola di "buon costume" rispetto a mezzi nuovi e del tutto peculiari, nonché a fronte di una modifica del senso del pudore e di ciò che viene considerato osceno.
In proposito, non si può non rilevare come Internet possa condurre, per le sue caratteristiche intrinseche, a nuove forme – o perlomeno a forme più penetranti – di aggres-

[43] L'art. 19 della citata l. 6 febbraio 2006, n. 38, recante Disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo internet.

[44] L. 29 maggio 2017, n. 71, recante "Disposizioni a tutela dei minori per la prevenzione ed il contrasto del fenomeno del cyberbullismo", su cui vedi, per un commento, C. Panicali, *Il cyberbullismo: i nuovi strumenti (extrapenali) predisposti dalla legge n.71/2017 e la tutela penale,* in *Resp. civ. prev.*, 6, 2017, 2081 ss.

sione al buon costume, benché operi in un contesto socio-culturale in cui è più alta la tolleranza nei confronti di manifestazioni pubbliche relative alla sessualità, giacché mutata è la percezione dell'osceno.

Ciò non deve indurre a ritenere che il limite costituzionale abbia perso la sua attualità. Si è dato conto di come, ancora oggi, assuma rilevanza il contesto di diffusione, oltre che la pubblicità che viene data al contenuto indecente. Da ciò deriva che, se i contenuti osceni non raggiungono involontariamente gli utenti, la loro circolazione sul web non deve considerarsi in contrasto con il limite del buon costume.

Per quanto riguarda i minori, poi, la tutela si amplia in modo da ricomprendere tutte quelle espressioni del pensiero che potrebbero essere lesive del loro sviluppo fisico, mentale e morale. Ciò deve essere tenuto presente soprattutto rispetto al sempre più frequente e tendenzialmente illimitato utilizzo della rete da parte di questa categoria vulnerabile di destinatari.

A fronte delle opportunità offerte dalle tecnologie di informazione in termini di diffusione e di fruizione dei contenuti, quindi, si ravvisa l'opportunità di nuovi interventi a tutela dei contenuti osceni o anche semplicemente diseducativi per i minori, di modo che il vecchio ma ancora attuale limite del buon costume non si riduca ad una mera enunciazione di principio.

Controlli e responsabilità dei social network sui discorsi d'odio online*

Pietro Falletta

Abstract

La decisione di Facebook e Instagram di oscurare le pagine di due movimenti politici neofascisti, a causa delle ripetute forme di istigazione all'odio e alla violenza ivi contenute, consente di riflettere su due grandi questioni da tempo dibattute con riferimento al rapporto tra diritto e realtà digitale. Il primo riguarda l'incertezza sulla dimensione pubblica o privata dei social network, il secondo, i margini di azione degli *internet service provider* in caso di condotte illecite commesse all'interno delle proprie piattaforme e, in particolare, in caso di *hate speech*. Il presente contributo, a partire dall'analisi del caso in questione, proverà a delineare l'attuale scenario di regole e responsabilità riferite ai più importanti ISP, in particolare alla luce delle innovative forme di collaborazione tra questi ultimi e le istituzioni europee e sulla scorta della giurisprudenza più recente.

The decision of Facebook and Instagram to delete the account of two neo-fascist political movements, due to the frequent forms of hate speech online, allows us to reflect on two major issues of the relationship between law and digital reality, namely the public or private dimension of social networks, and the scope for action of internet service providers regarding illegal conduct committed within their own platforms and especially in the case of hate speech.
This paper, based on the analysis of the case in point, will try to outline the current framework of rules and responsibilities for the most important ISPs, notably in the light of innovative forms of collaboration between the latter and the European institutions and on the basis of the most recent jurisprudence.

Sommario

1. Premessa. Il caso Facebook e Instagram contro Casapound e Forza Nuova. - 2. La natura delle piattaforme social. - 3. Il potere/dovere di controllo degli ISP in caso di condotte illecite. - 4. Il Codice di condotta sull'*hate speech* online. - 5. Considerazioni conclusive. Sulla legittimità dell'intervento dei social contro Casapound e Forza Nuova

Keywords

Internet service provider - hate speech; movimenti politici - obbligo di sorveglianza - libertà di espressione

* Su determinazione della direzione, il contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo in conformità all'art. 15 del regolamento della Rivista.

1. Premessa. Il caso Facebook e Instagram contro Casapound e Forza Nuova

L'inarrestabile frequenza dei discorsi d'odio in rete fa discutere, ormai da diversi anni, sul difficile equilibrio tra l'esigenza di arginare normativamente il fenomeno e quella di non pregiudicare la tutela di altri diritti e libertà costituzionalmente rilevanti. In particolare, l'annosa questione dei limiti alla libertà di espressione assume su Internet un rilievo del tutto peculiare, anche per la maggiore complessità di ruoli e responsabilità nella dimensione online.

Una vicenda recente, che svela con chiarezza la complessità e molteplicità degli interessi in gioco, è la decisione di Facebook e Instagram di oscurare le pagine di due partiti politici neofascisti, Casapound e Forza Nuova, e gli account di numerosi esponenti di tali movimenti, a causa delle ripetute forme di istigazione all'odio e alla violenza ivi contenute.

La decisione dei due social network apre, però, scenari ancora non del tutto risolti sotto un profilo strettamente giuridico.

Rilevano, al riguardo, almeno due grandi questioni da tempo dibattute nell'ambito del rapporto tra diritto e realtà digitale, ossia la dimensione pubblica o privata dei social network, e i margini di azione degli *internet service provider* in caso di condotte illecite commesse all'interno delle proprie piattaforme e, in particolare, in caso di *hate speech*.

Il presente contributo, a partire dall'analisi del caso in questione, proverà a delineare l'attuale scenario di regole e responsabilità riferite ai più importanti ISP, in particolare alla luce delle innovative forme di collaborazione tra questi ultimi e le istituzioni europee, e sulla scorta della giurisprudenza più recente.

2. La natura delle piattaforme social

Il primo interrogativo che si è posto - anche in base al comunicato stampa di Facebook in cui sono spiegate le ragioni dell'oscuramento[1] - è se i social network, in quanto proprietari delle piattaforme che "ospitano" i contenuti immessi dai propri iscritti, possano disporre liberamente dei propri spazi digitali o se, invece, incontrino limiti dispositivi rispetto alle condotte degli utenti.

La discussione al riguardo è, invero, molto più ampia ed arriva financo a mettere in dubbio la natura strettamente privata delle piattaforme in questione.

In proposito, già da tempo è stato evidenziato che sulla rete si assiste ad una «destrutturazione/ricostruzione del rapporto tra sfera pubblica e sfera privata»[2] e che, in

[1] I social fanno esclusivo riferimento, nell'ambito del comunicato sulle ragioni dell'oscuramento, alla "policy sulle persone e sulle organizzazioni pericolose", accettata dagli utenti al momento dell'iscrizione, evidenziando in particolare che «le persone e le organizzazioni che diffondono odio o attaccano gli altri sulla base di chi sono non trovano posto su Facebook e Instagram. Candidati e partiti politici, così come tutti gli individui e le organizzazioni presenti su Facebook e Instagram, devono rispettare queste regole, indipendentemente dalla loro ideologia».

[2] S. Rodotà, *Il mondo nella rete*, Bari, 2014, 72.

quest'ottica, non è accettabile una privatizzazione del governo di Internet[3].
Nella stessa prospettiva, si afferma anche che i social sono ormai diventati, di fatto, un pezzo di infrastruttura democratica immateriale, di talché la nostra democrazia non può più consentire che i gestori di piattaforme agiscano come se le questioni dell'odio online, dell'apologia del fascismo, della violenza verbale rimangano semplici vicende private tra proprietario del giardino e visitatori[4].
In virtù di queste premesse, le piattaforme social non potrebbero più essere considerate alla stregua di luoghi e beni privati giacché rappresentano ormai da tempo "strumenti di cittadinanza, *essential facilities* democratiche, piattaforme globali di confronto".
Si arriva ad affermare che sarebbe, persino, legittimo l'esercizio di poteri espropriativi statali volti a nazionalizzare le piattaforme digitali più utilizzate, proprio al fine di consacrare la funzione sociale rivestita da queste ultime[5].
La questione non pare, tuttavia, risolvibile in modo così *tranchant* all'interno di un'economia di mercato globale, dove lo Stato può legittimamente ricorrere ad alcune forme di ingerenza sul mondo della rete, ad esempio in materia fiscale o di sicurezza, ma non deve porne in essere altre che potrebbero, invece, gravemente pregiudicare principi cardine dello Stato democratico. Tra questi, figurano senz'altro la libertà d'iniziativa economica e la tutela della proprietà, ma anche le libertà di riunione e di associazione, nonché quella di espressione che non possono tollerare, a priori, controlli e censure statali, piuttosto che aziendali.
In questo senso, chi sostiene la prevalenza della dimensione pubblica su quella privata nella comunicazione sui social trascura il fatto che la cornice entro cui si scambiano informazioni, opinioni e idee tra gli utenti – che liberamente accettano le regole di "convivenza" della comunità al momento dell'iscrizione – non può essere sindacata dell'autorità pubblica, salvo che venga dimostrato un conflitto di quella stessa cornice con principi e limiti specificamente prefissati dall'ordinamento.
In altre parole, per quanto vasta e democraticamente rilevante risulti la discussione sulle piattaforme digitali, rimane innegabile, e non è violabile, la sfera privata entro cui essa si svolge, con quanto ne consegue anche in ordine alla libertà del proprietario/gestore di fissare regole e verificarne il rispetto.
Rimane, evidentemente, aperta la questione dell'assoluta atipicità di funzionamento delle piattaforme in discorso che può, in effetti, determinare una considerevole trasformazione dell'intervento statale posto a presidio dei citati vincoli normativi predeterminati.
A tal riguardo, è innegabile che, rispetto ad altri canali di informazione e comunicazione tradizionali, il rapporto tra gestori delle piattaforme ed utenti è del tutto peculiare, proprio con specifico riferimento alla capacità di controllo dei primi e alla sfera di azione dei secondi. Riviste o reti televisive private possono decidere in assoluta libertà

[3] *Ivi*, 58.

[4] In questi termini, proprio con riferimento al caso Facebook e Instragram contro Casapound e Forza Nuova, G. Scorza, *Casapound e Forza Nuova bannate, smettiamo di considerare Facebook una questione privata*, in *ilfattoquotidiano.it*, 9 ottobre 2019.

[5] Cfr. N. Srnicek, *We need to nationalise Google, Facebook and Amazon. Here's why,* in *theguardian.com*, 30 agosto 2017.

la propria linea editoriale così come possono censurare in tempi rapidi comportamenti scorretti. I gestori dei social non sono, invece, strutturalmente idonei ad esercitare questo tipo di controllo, data la loro natura di *hosting provider* – seppur, in taluni casi, ritenuti "attivi"[6] - e considerata la vastità indeterminata di condotte che si svolgono al proprio interno.
In tale contesto, il ruolo dell'autorità pubblica deve necessariamente adattarsi, sia in ambito normativo che in sede giurisdizionale, a modalità di funzionamento così singolari, per non correre il rischio, da un lato, di comprimere illegittimamente libertà costituzionali, e, dall'altro, di rendere scarsamente efficace, se non velleitaria, la propria azione di contrasto alla violenza verbale online.
In definitiva, i social rimangono soggetti privati che stipulano accordi di natura altrettanto privatistica con i propri utenti, tra cui rientrano anche le regole di comportamento da osservare nella discussione e condivisione di contenuti, così come le sanzioni comminabili in caso di violazione.
Allo stesso tempo, la specifica rilevanza pubblica del mondo virtuale non può, ovviamente, lasciare indifferente l'ordinamento che deve trovare forme di regolamentazione e controllo rispettose, in generale, della peculiare natura del contesto online e, in particolare, delle piattaforme private di condivisione e scambio di contenuti.

3. Il potere/dovere di controllo degli ISP in caso di condotte illecite

Ferma restando, quindi, l'ammissibilità di regole e sanzioni predeterminate dalle principali piattaforme social nei confronti dei propri utenti, occorre, a questo punto, analizzare quale rilevanza giuridica è stata sin qui attribuita alle condotte sui social, con specifico riguardo ai margini di azione e ai profili di responsabilità riservati, non tanto agli autori della condotta, quanto piuttosto ai proprietari delle piattaforme stesse.
Questa analisi può consentire di sciogliere il secondo nodo problematico collegato ai fatti ricordati in premessa rispetto alla contesa tra Facebook e Instagram, da una parte, e movimenti neofascisti, dall'altra, ossia la correttezza o meno della reazione dei due *providers* ai ripetuti casi di *hate speech* presenti all'interno delle rispettive piattaforme.
In questa prospettiva, occorre, anzitutto, individuare le norme, di rango costituzionale e primario, riferibili alle fattispecie in questione, per poi verificare se forme di co-regolamentazione o autoregolamentazione da parte degli stessi ISP risultino praticabili o meno in un'ottica generale di contrasto ai discorsi d'odio.
Sotto il profilo costituzionale, il riconoscimento della libertà di espressione, sia a livello europeo che in ambito nazionale, ha sempre avuto carattere non assoluto, giacché corredato dalla previsione di limiti espliciti ed impliciti[7].
Ciò vale, certamente, rispetto a quanto fissato dalla Convezione europea dei diritti dell'uomo che riconosce la libertà di espressione nei limiti in cui la legge non pre-

[6] Sul punto, v. *infra*, § 3.

[7] Per una ricostruzione dei limiti alla libertà di espressione, cfr. A. Pace-M. Manetti, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, *Commentario della Costituzione,* Bologna, 2006.

determini formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni necessarie a preservare alcuni interessi fondamentali di una società democratica (art. 10, comma 2), o fino al punto in cui non sia configurabile un abuso di diritto (art. 17)[8].

In senso analogo, le fonti di diritto originario dell'Unione europea, e in particolare la Carta dei diritti fondamentali, ammettono limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà ivi riconosciute purché siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui[9].

In ambito interno, è, infine, risalente e tendenzialmente consolidata, oltre all'interpretazione del limite esplicito del buon costume, la ricostruzione giurisprudenziale sui limiti impliciti dell'art. 21 Cost.[10].

Sulla scorta di questi parametri costituzionali, il legislatore ha introdotto molteplici fattispecie limitative della libertà di espressione, dai c.d. reati di opinione, alla diffamazione, alle norme della legge n. 205/1993 (c.d. legge Mancino) di contrasto alla discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

Considerato, pertanto, che l'ordinamento ammette pacificamente diverse forme di limitazione della libertà di manifestazione del pensiero, occorre verificare se e in che termini sia possibile attribuire anche a soggetti diversi dall'autorità pubblica il compito di decidere sul rispetto di tali limiti.

In altri termini, con riguardo alla dimensione online che qui specificamente rileva, va risolto un nodo centrale circa il ruolo degli ISP rispetto a quanto avviene all'interno delle proprie piattaforme, ossia il potere/dovere delle aziende proprietarie dei social di controllare le affermazioni e le opinioni espresse dagli utenti e, soprattutto, di sanzionare quelle (considerate) illecite.

L'indagine su tale punto, evidentemente cruciale, non può che muovere dall'analisi delle norme che, direttamente o indirettamente, dispongono in ordine agli spazi di autonomia e ai profili di responsabilità dei gestori delle piattaforme digitali.

La normativa di riferimento, al riguardo, rimane sempre quella contenuta nella direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico - assai risalente e, solo in parte, pertinente

---

[8] Sul punto, cfr. M.E. Villiger, *Article 17 ECHR and freedom of speech in Strasbourg practice*, in J. Casadevall-E. Myjer-M. O'Boyle-A. Austin (eds.), *Freedom of Expression, Essays in honour of Nicolas Bratza,* Oisterwijk, 2012, 321 ss.

[9] L'art. 52 mira a fissare la portata dei diritti e dei principi della Carta e a definire norme per la loro interpretazione. Il paragrafo 1 tratta del sistema delle limitazioni. La formula usata si ispira alla giurisprudenza della Corte di giustizia: «secondo una giurisprudenza costante, restrizioni all'esercizio dei diritti fondamentali possono essere operate, in particolare nell'ambito di un'organizzazione comune di mercato, purché tali restrizioni rispondano effettivamente a finalità di interesse generale perseguite dalla Comunità e non si risolvano, considerato lo scopo perseguito, in un intervento sproporzionato ed inammissibile che pregiudicherebbe la stessa sostanza di tali diritti» (CGUE, 13 aprile 2000, C-292/97, § 45 della motivazione). Il riferimento agli interessi generali riconosciuti dall'Unione comprende sia gli obiettivi citati nell'art. 3 del Trattato sull'Unione europea sia altri interessi tutelati da disposizioni specifiche dei trattati come l'art. 4, par. 1, del Trattato sull'Unione europea e gli artt. 35, parr. 3, 36 e 346 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

[10] Sull'interpretazione della libertà di espressione e dei suoi limiti nelle sentenze della Corte costituzionale, v. E. Cheli, *Libertà d'informazione e pluralismo informativo negli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale ed evoluzione dell'ordinamento italiano*, in A. Pisaneschi-L. Violini (a cura di), *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione. Scritti per Giovanni Grottanelli de' Santi*, Milano, I, 2007, 1405 ss.

alle diverse fattispecie che si realizzano sul web - recepita, più o meno alla lettera, dal d.lgs. 70/2003.

Le disposizioni pressoché parallele dei due provvedimenti normativi prescrivono l'assenza di un obbligo di sorveglianza in capo ai *providers* sulle proprie piattaforme ma, al tempo stesso, assegnano loro obblighi di rimozione di contenuti su ordine delle autorità pubbliche nonché oneri di comunicazione che permettano alle stesse autorità di individuare e prevenire attività illecite. Nondimeno, tali norme sono state applicate dal giudice europeo e dai tribunali nazionali con sempre maggiori scostamenti rispetto al loro contenuto letterale, sino ad arrivare ad un'interpretazione decisamente ampliativa di obblighi e responsabilità degli ISP.

In una prima fase, specialmente i tribunali nazionali hanno più volte ridimensionato la portata del suddetto esonero da sorveglianza attiva, rintracciando obblighi di rimozione in capo ai social network anche oltre le due ipotesi di responsabilità contemplate espressamente nel d.lgs. n. 70/2003. Al riguardo, è stato più volte affermato che l'obbligo di rimuovere i contenuti illeciti da parte dell'ISP non sussiste solo in presenza di un ordine dell'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, o quando l'ISP stesso agisca come "hosting attivo" - e quindi come responsabile di contenuti da lui filtrati, selezionati, indicizzati, etc.[11] - ma anche quando il *provider* abbia conoscenza della manifesta illiceità della condotta online, a seguito di informazioni acquisite *aliunde*[12].

Questa giurisprudenza, alimentata da giudici di prima istanza - e talvolta sconfessata nei gradi successivi di giudizio - ha, tuttavia, avuto di recente un fondamentale avallo dalla Corte di cassazione, nell'ambito di una pronuncia che, seppur non priva di qualche forzatura e indebita sovrapposizione[13], può considerarsi una sorta di nuova "sentenza decalogo" rispetto alla responsabilità dei *providers*.

In particolare, la Suprema Corte ha chiarito che la responsabilità dell'*hosting provider* sussiste qualora questi non abbia provveduto alla immediata rimozione dei contenuti illeciti, nonché quando ha continuato a pubblicarli, nonostante ricorrano congiuntamente le seguenti condizioni: a) sia a conoscenza legale dell'illecito perpetrato dal destinatario del servizio, per averne avuto notizia dal titolare del diritto leso oppure *aliunde*; b) l'illiceità dell'altrui condotta sia ragionevolmente constatabile, onde egli sia in colpa grave per non averla positivamente riscontrata, alla stregua del grado di diligenza che è ragionevole attendersi da un operatore professionale della rete in un determinato

[11] Sulla distinzione tra *hosting* attivo e passivo, di non sempre costante ed uniforme applicazione giurisprudenziale, cfr. Trib. Milano, sez. I civ., 9 settembre 2011, n. 10893, annullata da App. Milano, 22 gennaio 2015, n. 29; Trib. Roma, sez. IX civ., 27 aprile 2016, n. 8437. In dottrina, cfr. C. Novelli, *Il social giudizioso. La giurisprudenza italiana sulla responsabilità civile degli Internet Service Providers*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2019, 97 ss.

[12] Trib. Roma, sez. IX civ., 20 ottobre 2011. *Contra* Trib. Firenze, ord. 25 maggio 2012. Da ultimo, v. Trib. Roma, sez. XVII civ., 10 gennaio 2019, n. 693, commentata da F. Frigerio, *Attivo, anche se inconsapevole. Il Tribunale di Roma sanziona Vimeo e conferma i caratteri della responsabilità dell'hosting provider attivo per violazione del diritto d'autore altrui*, in questa *Rivista*, 2, 2019.

[13] Cass. civ., sez. I, 19 marzo 2019 n. 7708. Considera la ricostruzione operata dalla Suprema Corte «un'occasione persa» nonché «un indirizzo pericoloso», data anche la sovrapposizione con una rinnovata distinzione tra *hosting* attivo e passivo, M. Bassini, *La Cassazione e il simulacro del provider attivo: mala tempora currunt*, in *questa Rivista*, 2, 2019, 248 ss..

momento storico; c) abbia la possibilità di attivarsi utilmente, in quanto reso edotto in modo sufficientemente specifico dei contenuti illecitamente immessi da rimuovere. In questi termini, la Cassazione tempera considerevolmente l'assenza di un obbligo di sorveglianza in capo ai prestatori di servizi Internet, ampliando lo spettro della responsabilità di questi ultimi a prescindere dai suddetti obblighi di comunicazione e collaborazione con l'autorità pubblica, e per effetto di una vera e propria *culpa in vigilando*, specie in relazione al controllo sulle successive pubblicazioni dei medesimi contenuti illeciti.

In senso del tutto analogo, anche il giudice europeo ha virato da ultimo[14] verso forme più stringenti di responsabilità degli ISP, dopo anni di pronunce abbastanza fedeli al contenuto della direttiva 2000/31/CE, e quindi alla tendenziale esclusione di obblighi di sorveglianza in capo ai *providers*, quanto meno rispetto a quelli "passivi"[15].

In particolare, la Corte di Giustizia ha ritenuto che, seppur l'art. 15, par. 1, della direttiva vieti agli Stati membri di imporre ai prestatori di servizi di *hosting* un obbligo generale di sorvegliare le informazioni che trasmettono o memorizzano, oppure un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite, tale divieto non si estende, in realtà, agli obblighi di sorveglianza «in casi specifici».

Un caso di tal genere può scaturire, secondo la Corte, a seguito di un'informazione precisa, memorizzata dal prestatore di servizi di *hosting* interessato su richiesta di un determinato utente, il cui contenuto sia stato analizzato e valutato da un giudice competente dello Stato membro che, in esito alla sua valutazione, l'abbia dichiarata illecita. In tali ipotesi, per scongiurare il rischio che un'informazione qualificata come illecita possa essere successivamente riprodotta e condivisa da un altro utente di detto network, è legittimo che il giudice competente possa esigere dal prestatore di servizi di *hosting* di bloccare l'accesso alle informazioni memorizzate, il cui contenuto sia identico a quello precedentemente dichiarato illecito, o di rimuovere tali informazioni, qualunque sia l'autore della richiesta di memorizzazione delle medesime. La Corte ritiene, quindi, che l'ingiunzione al social network di controllare e rimuovere informazioni illecite di identico contenuto immesse di lì in avanti sulla piattaforma non configuri un obbligo di sorveglianza in capo al social network, né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite.

Il giudice europeo va, però, ancora oltre, affermando che parimente legittima è l'ingiunzione di un giudice nazionale che ordini ad un prestatore di servizi di *hosting* di rimuovere le informazioni da esso memorizzate il cui contenuto sia "equivalente" a quello di un'informazione precedentemente dichiarata illecita o di bloccare l'accesso alle medesime[16]. Diversamente, sottolinea la Corte di giustizia, gli effetti inerenti a

[14] CGUE, 3 ottobre 2019, C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Limited.*

[15] Cfr. CGUE, 23 marzo 2010, cause riunite C-236/08, C-237/08 e C-238/08, *Google France*, e 12 luglio 2011, C-324/09, *L'Oréal SA c. eBay International.* Ivi, la Corte di giustizia ha chiarito che l'esonero da responsabilità va sempre riconosciuto ai *providers* qualora operino da intermediari neutrali che si limitano a prestare un servizio in maniera meramente tecnica, automatica e passiva. Sul punto, cfr. M.L. Montagnani, *Internet, contenuti illeciti e responsabilità degli intermediari*, Milano, 2018, 102 ss.

[16] Sulla nozione di contenuto "equivalente", la Corte chiarisce che «l'illiceità del contenuto di un'informazione non è di per sé il risultato dell'uso di alcuni termini, combinati in un certo modo, ma

un'ingiunzione del genere potrebbero facilmente essere elusi tramite la memorizzazione di messaggi appena diversi da quelli dichiarati illeciti in precedenza, tali da costringere l'interessato a moltiplicare le procedure per ottenere la cessazione dei comportamenti illeciti di cui è vittima, ancor più se consistenti in fattispecie di diffamazione, come nel caso oggetto del giudizio da cui è scaturita la questione pregiudiziale.

Al riguardo, la Corte precisa che tale tutela non viene garantita tramite un obbligo eccessivo imposto al prestatore di servizi di *hosting*, in quanto la sorveglianza e la ricerca che richiede sono limitate alle informazioni contenenti gli elementi specificati nell'ingiunzione e il loro contenuto diffamatorio di natura equivalente non obbliga il prestatore di servizi di *hosting* ad effettuare una valutazione autonoma, consentendo a quest'ultimo di ricorrere a tecniche e mezzi di ricerca automatizzati[17].

Questa precisazione della sentenza appare, invero, in qualche modo surrettizia giacché trascura che difficilmente sistemi automatizzati di controllo e rimozione dei contenuti illeciti possono riuscire, da soli, a verificare e contestualizzare, caso per caso, il carattere ulteriormente diffamatorio delle "informazioni equivalenti".

In realtà, è ormai ben chiara la posizione del giudice europeo, come di quello nazionale, dinanzi alle condotte illecite commesse sulla rete e, in special modo, rispetto a casi di offese alla reputazione e di violenza verbale sui social. L'assenza di un generale obbligo di sorveglianza da parte degli ISP si deve arrestare di fronte a casi specifici che impongono, non solo, obblighi di rimozione di contenuti illeciti pure a prescindere da specifici ordini dell'autorità pubblica, ma anche controlli *sine die* affinché non si ripetano condotte dello stesso tipo o anche solo equivalenti.

In altri termini, sottolineare che un obbligo di sorveglianza per i *providers* sussista in tutti i casi specifici in cui sia riscontrabile una condotta illecita comporta inevitabilmente un forte depotenziamento della clausola normativa da sempre invocata dagli ISP ai fini dell'esonero dalla propria responsabilità. In questo modo, infatti, essi sono costretti a sorvegliare le proprie piattaforme tutte le volte in cui "sia ragionevolmente constatabile" la condotta illecita, ove sussista una segnalazione circostanziata anche da parte di un semplice utente, e a farlo senza alcun limite temporale, una volta che sia giudizialmente riscontrata la natura illecita di una determinata condotta.

In questo senso, assumere che i *providers* debbano comunque attivarsi in tutti i "casi specifici" di condotte illecite significa imporre agli stessi un obbligo continuo e, sostanzialmente, generale di sorveglianza la cui violazione può determinare, quanto meno, obblighi risarcitori.

Nella giurisprudenza più recente è possibile, quindi, intravedere un'applicazione della pur scarna e datata normativa sulla responsabilità degli ISP che spinge questi ultimi

del fatto che il messaggio veicolato da tale contenuto è qualificato come illecito, trattandosi, come nel caso di specie, di dichiarazioni diffamatorie aventi ad oggetto una determinata persona. Ne consegue che, affinché un'ingiunzione volta a fare cessare un atto illecito e ad impedire il suo reiterarsi nonché ogni ulteriore danno agli interessi in causa possa effettivamente realizzare siffatti obiettivi, detta ingiunzione deve potersi estendere alle informazioni il cui contenuto, pur veicolando sostanzialmente lo stesso messaggio, sia formulato in modo leggermente diverso, a causa delle parole utilizzate o della loro combinazione, rispetto all'informazione il cui contenuto sia stato dichiarato illecito» (cfr. CGUE, C-18/18, cit., §§ 40-41).

[17] Cfr. CGUE, C-18/18, cit., § 46.

ad operarsi per scongiurare, o quanto meno arginare, il rischio di sanzioni per gli innumerevoli "casi specifici" che possono occorrere all'interno delle piattaforme social. In tale ottica, un'azione degli *hosting providers* che prevenga la commissione di condotte illecite o, in ogni caso, la reiterazione di condotte già realizzatesi, ben si giustifica ed è, anzi, un corollario inevitabile delle predette sentenze.

4. Il Codice di condotta sull'*hate speech* online

Un segno tangibile di questa ben più accentuata responsabilizzazione degli ISP è, comunque, già riscontrabile, a partire dal 2016, in virtù della sottoscrizione di un accordo tra la Commissione Ue e i principali intermediari di servizi Internet (Microsoft, Facebook, Twitter e Youtube; successivamente, Instagram, Google+, Snapchat e Dailymotion), per l'adozione di un Codice di condotta finalizzato a contrastare le condotte di *hate speech*[18]. Nonostante il relativo valore precettivo del testo, il Codice si è posto nell'ottica di una necessaria collaborazione tra le istituzioni e i soggetti che sulla rete gestiscono i flussi informativi, con l'evidente intento, pur sempre nella forma di un "pressione morbida"[19], di rafforzare le forme di autoregolamentazione e sorveglianza interna dei *providers*. Il presupposto evidente di questa scelta è il convincimento che la rimozione efficace e tempestiva di contenuti illeciti sulla rete non può essere affidata alle autorità pubbliche; per quanto, infatti, possano essere efficaci le norme europee e nazionali di contrasto all'odio online, solo i proprietari delle piattaforme digitali possono assicurare una più capillare ed immediata risposta alle segnalazioni degli utenti. Tra i contenuti del Codice che vanno in questa direzione, va segnalato, anzitutto, l'impegno ad adottare procedure chiare ed efficaci per esaminare le segnalazioni riguardanti forme illegali di incitamento all'odio nei servizi da loro offerti, in modo da poter rimuovere tali contenuti o disabilitarne l'accesso. Tale impegno si collega strettamente a quello di esaminare, entro 24 ore dalla ricezione, la maggior parte delle segnalazioni (valide) di illecita istigazione all'odio nei servizi offerti dal *provider* e, se necessario, di rimuovere tali contenuti o disabilitare l'accesso al sito. È, inoltre, prevista l'adozione di linee-guida indirizzate alla comunità degli utenti della rete, che precisino il divieto di ogni forma di istigazione all'odio e alla violenza.
Com'è evidente, la Commissione ha inteso affidare, anzitutto, agli ISP il compito di contrastare i contenuti illeciti in modo efficace e rapido, come ribadito in una successiva comunicazione del 28 settembre 2017[20] che ha fornito alle piattaforme una serie

[18] Il Codice di condotta è stato siglato conformemente alla decisione quadro 2008/913/GAI, del 28 novembre 2008, sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale e ai sensi delle leggi nazionali che la recepiscono. Nella premessa all'accordo, le aziende informatiche e la Commissione europea sottolineano la necessità di tutelare la libertà di espressione, che, come affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, si applica non solo alle informazioni o idee accolte favorevolmente o considerate inoffensive o indifferenti, ma anche a tutte quelle che offendono, sconcertano o disturbano lo Stato o una parte della popolazione.

[19] F. Abbondante, *Il ruolo dei social network nella lotta all'hate speech: un'analisi comparata fra l'esperienza statunitense e quella europea*, in *Informatica e diritto*, XXVI, 2017, 65 ss.

[20] Comunicazione della Commissione Europea COM(2017) 555 "Lotta ai contenuti illeciti online Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme online". L'intento della Comunicazione è

di linee guida sulle procedure di segnalazione e sulle altre azioni per contrastare la violenza verbale online.
La correttezza di tale scelta e la volontà di proseguire su questo percorso collaborativo sono stati, invero, evidenziate, in sede di monitoraggio dei risultati del Codice di condotta, che viene effettuato quadrimestralmente dalla Commissione. Al riguardo, la valutazione di febbraio 2019[21] ha attestato che, in media, le società informatiche hanno rimosso più del 70% dei casi segnalati. Inoltre, tutte le aziende che hanno sottoscritto il Codice hanno soddisfatto pienamente l'obiettivo di verificare la maggior parte delle notifiche entro 24 ore, con una media dell'88,9%[22].
L'adozione del Codice e la raccolta di buoni risultati nei primi anni di applicazione rappresentano, quindi, un ulteriore ed inequivocabile segnale della volontà di affidare agli ISP - e ai gestori delle piattaforme social in particolare - il ruolo di "custodi" dei propri spazi digitali, talvolta sconfinati e in larga parte inaccessibili per le autorità pubbliche.

5. Considerazioni conclusive. Sulla legittimità dell'intervento dei social contro Casapound e Forza Nuova

Ritornando alla vicenda da cui ha preso spunto il presente contributo, può ritenersi, sulla base di quanto sin qui riferito, che la decisione di Facebook e Instagram di oscurare pagine e account riconducibili ai movimenti neofascisti risulta pienamente legittima se, come dichiarato dai social, fondata sulla pubblicazione di ripetuti commenti gravemente inneggianti all'odio e alla violenza.
Secondo un'ottica strettamente privatistica, i due social network hanno, infatti, applicato regole e sanzioni predeterminate che erano state accettate dagli utenti al momento dell'iscrizione alla piattaforma. Sulla base di un legame che mutua aspetti sia del servizio aziendale che del modello associativo, i fornitori del servizio di *hosting* hanno legittimamente esercitato i propri poteri privati nei confronti degli "ospiti" e, al tempo stesso, attori della comunità interconnessa sulla piattaforma. Nel catalogo di poteri

chiarito nell'introduzione: «La presente comunicazione stabilisce una serie di orientamenti e principi affinché le piattaforme online intensifichino la lotta contro i contenuti illegali online in cooperazione con le autorità nazionali, gli Stati membri e i portatori d'interessi pertinenti. È volta a facilitare e intensificare l'attuazione di buone pratiche per prevenire, individuare, rimuovere e disabilitare l'accesso a contenuti illegali al fine di garantire l'efficace rimozione di contenuti illegali, una maggiore trasparenza e la tutela dei diritti fondamentali online. Mira inoltre a fornire chiarimenti alle piattaforme in merito alla loro responsabilità nell'adozione di misure proattive volte a individuare, rimuovere o disabilitare l'accesso a contenuti illegali (le cosiddette azioni da "buon samaritano")».

[21] Il report, riferito al monitoraggio sul quarto trimestre del 2018, evidenzia che si registra un forte aumento delle azioni di rimozione da parte di Facebook (82.4%) e di YouTube (85,4%), mentre Twitter, notoriamente il più "tollerante" dei social, rimuove soltanto il 43,5% dei contenuti segnalati.

[22] La Commissione ha evidenziato anche alcune criticità nell'applicazione del Codice di condotta, tra cui il livello ancora insufficiente di feedback agli utenti. Al riguardo, le aziende hanno risposto con un feedback al 65,4 % delle notifiche ricevute, ossia un dato leggermente inferiore rispetto al precedente esercizio di monitoraggio (68,9%). Solo Facebook informa sistematicamente gli utenti (92,6% delle notifiche ricevute), mentre Twitter ha dato un feedback al 60,4% delle notifiche e YouTube solo al 24,6%

privati esercitabili nei confronti degli utenti, l'*hosting provider* ha pacificamente la capacità di adottare norme di principio e codici etici che esigono dagli iscritti condotte e comportamenti conformi al quadro valoriale assunto come paradigmatico dal gruppo; e sono altrettanto legittimi il potere di controllo, che si concretizza in decisioni o pareri resi in una logica di garanzia anche su istanza degli altri iscritti, e il potere disciplinare, che si manifesta attraverso l'imposizione di sanzioni a chi dovesse violare le regole legittimamente predeterminate e a cui tutti i partecipanti hanno aderito. La spettanza di questo catalogo di poteri ai proprietari delle piattaforme digitali pare, quindi, innegabile, sia che prevalga la dimensione aziendale - dominante nell'organizzazione dell'ISP e nel rapporto genetico tra gestore ed utenti – sia che si valorizzi, invece, la vita della "comunità" che entra in contatto e si sviluppa continuamente sulla rete. La natura particolarmente ibrida del rapporto tra social network ed utenti mantiene, infatti, in ogni caso, una conformazione privatistica non penetrabile dall'autorità pubblica se non, ovviamente, nel caso in cui i predetti poteri siano esercitati in modo illecito e vengano quindi, sottoposti a sindacato giurisdizionale per acclarare l'eventuale lesione di situazioni giuridiche soggettive degli iscritti.

Nel caso di specie, i *providers* hanno ritenuto di adottare la sanzione dell'oscuramento delle pagine di Casapound e Forza Nuova dopo aver riscontrato la continua e grave violazione di alcune regole fondamentali della comunità virtuale; spetterà, ovviamente al giudice, già adito dai movimenti neofascisti[23], verificare nel merito la sussistenza dei fatti contestati e, quindi, l'effettiva violazione delle regole di convivenza della comunità virtuale.

La dinamica appena descritta risulta, peraltro, pienamente in linea anche con quanto evidenziato circa l'innegabile rilevanza pubblica ormai assunta dai social network.

Al riguardo, si è evidenziato che nell'ordinamento europeo così come in quello interno sembra prevalere negli ultimi anni una sorta di "vigile disimpegno" rispetto a quanto accade sulle piattaforme digitali, consistente in una delega agli ISP sul controllo delle proprie piattaforme; delega, ovviamente, non in bianco ma che prevede una condivisione, *ex ante*, per la corretta individuazione delle regole di condotta, e una correzione, *ex post*, nei casi di mancata vigilanza sul rispetto di quelle stesse regole.

In tal senso, sarebbe parossistico affidare ai *providers* sempre più stringenti compiti di autodisciplina e sorveglianza delle proprie piattaforme e, al contempo, impedire agli stessi di vigilare con rapidità ed efficacia sull'effettivo rispetto di quelle stesse regole. Allo stesso modo, risulterebbe in contrasto con la più recente giurisprudenza delle supreme corti ridurre i poteri inibitori degli ISP una volta che sia ampiamente riconoscibile, circostanziata e ripetuta la natura degli illeciti commessi all'interno delle piattaforme social.

Sulla scorta di queste considerazioni, stupisce non poco l'ordinanza del Tribunale di Roma che ha dato una prima soluzione alla controversia in discorso, accogliendo la richiesta cautelare dei movimenti neofascisti volta all'immediata riapertura delle pagine e degli account oscurati.

Fermo restando il carattere cautelare, e quindi ampiamente sommario, della cognizione effettuata dal giudice, il ragionamento che sta alla base dell'ordinanza appare,

[23] Sul punto, v. *infra*, in questo paragrafo.

comunque, alquanto distonico rispetto ai riferimenti normativi e giurisprudenziali sin qui illustrati.

Nel provvedimento, in particolare, si dispone la riattivazione della pagina dell'Associazione di Promozione Sociale Casapound e del profilo personale dell'amministratore della stessa, sul presupposto che il rapporto tra Facebook e gli utenti che si registrano al social «non è assimilabile al rapporto tra due soggetti privati qualsiasi in quanto una delle parti, appunto Facebook, ricopre una posizione speciale». La specialità di tale posizione imporrebbe a Facebook, secondo il Tribunale di Roma, di attenersi, nella contrattazione con gli utenti, «al rispetto dei principi costituzionali e ordinamentali» che costituiscono «per il soggetto Facebook ad un tempo condizione e limite nel rapporto con gli utenti che chiedano l'accesso al proprio servizio». Di qui, sempre ad avviso del giudice di prime cure, la violazione del diritto al pluralismo da parte della piattaforma social, a danno di un'Associazione che non potrebbe, così, esprimere i propri messaggi politici.

Può, invero, riconoscersi al provvedimento in questione un indubbio sforzo creativo e una qualche pretesa avveniristica, ma, per la verità, molti convincimenti ivi espressi pare difettino di coerenza e fondamento giuridico.

In primo luogo, si fa leva su una supposta "posizione speciale" di Facebook nei confronti degli utenti che imporrebbe al *provider* di spogliarsi del tutto dalla propria natura di azienda privata e di assumere il ruolo, quanto meno, di concessionario di servizio pubblico (se non di soggetto pubblico vero e proprio), tenuto, peraltro, al rispetto di non ben precisati "principi costituzionali e ordinamentali" nei confronti dei propri utenti. A riprova di questa suggestiva interpretazione, si sostiene la violazione del diritto al pluralismo dell'associazione neofascista, anche in questo caso rintracciabile solo laddove si volesse considerare la gestione della piattaforma digitale alla stregua di un servizio pubblico[24].

In altri termini, pur in assenza di qualsivoglia norma che "pubblicizzi" il servizio offerto dalle piattaforme digitali e, parimenti, di un contratto che instauri un qualche rapporto di servizio tra i proprietari delle piattaforme e lo Stato, il Tribunale di Roma afferma che Facebook avrebbe violato gli anzidetti "principi costituzionali e ordinamentali", discendenti da una così "speciale posizione", a danno dell'associazione neofascista.

A nulla rileva, invece, per il giudice di prime cure, che i social abbiano deciso di oscurare le pagine incriminate per la difesa di altri, conclamati, principi costituzionali e ordinamentali, quali la tutela della dignità umana, il principio di uguaglianza, il divieto di discriminazione, il divieto di propaganda fascista, e tutti gli altri diritti violati attraverso le gravi forme di istigazione all'odio e alla violenza di cui le pagine in questione, almeno secondo quanto allegato da Facebook, erano pregne.

[24] A meno di non voler sconfessare l'indirizzo consolidato della giurisprudenza costituzionale che impone obblighi di pluralismo, nel settore radiotelevisivo, al solo gestore di servizio pubblico. Sul punto, cfr. la nota pronuncia n. 826/1988 della Corte costituzionale sulla distinzione tra pluralismo interno ed esterno. Proprio con riferimento all'ordinanza in commento, cfr. C. Melzi d'Eril-G.E. Vigevani, *Facebook vs Casapound: un social è davvero un servizio pubblico*, in *ilsole24ore.com*, 15 dicembre 2019, secondo cui le piattaforme social, esercitando una libertà e non adempiendo a una funzione, alla stregua, ad esempio, della RAI, «non possono essere ritenuti servizi pubblici, sicché non devono dare spazio a chiunque».

In definitiva, il provvedimento in questione si pone in netta controtendenza con quanto sopra evidenziato circa la natura e il ruolo ormai riconosciuti ai social dall'ordinamento e dalla giurisprudenza, a tutti i livelli. Viene trascurato e contraddetto, infatti, il richiamato potere/dovere dei proprietari delle piattaforme social di vigilare sulla commissione di condotte illecite da parte dei propri iscritti – fermo restando, ovviamente, il sempre invocabile sindacato giurisdizionale sulla legittimità di questo controllo – in virtù di una radicale "pubblicizzazione" delle piattaforme stesse di cui non vi è traccia alcuna nell'ordinamento vigente.

Va segnalata, infine, un'ordinanza più recente del Tribunale di Siena[25] che riconduce, invece, a una dimensione strettamente privatistica il rapporto tra i gestori delle piattaforme social e gli utenti, riconoscendo in capo a Facebook «il buon diritto, di origine contrattuale, a procedere alla disattivazione della pagina e del profilo» di un utente che aveva violato la policy del social attraverso comprovati e ripetuti episodi di *hate speech*. Il provvedimento chiarisce, a questo riguardo, che Facebook non può essere seriamente paragonato ad un soggetto pubblico nel fornire un servizio di indubbia rilevanza sociale e socialmente diffuso ma che rimane, comunque, prettamente privatistico.

[25] Cfr. Trib. Siena, sez. unica civile, ord. 19 gennaio 2020.

Comunicazione politica online: dal messaggio politico commercializzato alle sponsorizzazioni sui *social network**

Guido d'Ippolito

Abstract

L'articolo analizza le caratteristiche della comunicazione politica sulla rete Internet e, in particolare, sulle piattaforme digitali. Partendo dall'individuazione delle caratteristiche che distinguono Internet dai mezzi di comunicazione tradizionali, come la stampa o la televisione, si individueranno alcuni elementi di discontinuità e di continuità tra i due mezzi: il passaggio da un sistema caratterizzato da risorse limitate a uno con "risorse infinite", l'interattività e la disintermediazione nonché, infine, la banalizzazione del messaggio politico e il sempre più forte collegamento tra comunicazione politica e commerciale. Si potrà così constatare che, da un lato, si riducono le esigenze legate al pluralismo esterno, dall'altro si amplificano quelle relative al pluralismo interno e alla qualità della comunicazione politica. In questo contesto sarà possibile individuare un nuovo tipo di comunicazione, il "messaggio politico commercializzato", espressione più di una libertà economica che del diritto a manifestare il proprio pensiero.
Si avanzeranno così alcune riflessioni in tema di regolamentazione delle comunicazioni politiche su Internet e, in particolare, si analizzeranno le questioni giuridiche sottese alla sponsorizzazione di contenuti politici. Si concluderà che anche questa attività di "pubblicità digitale" sembrerebbe integrare l'esercizio di una libertà economica *ex* art. 41 Cost. e non della libertà di espressione *ex* art. 21 Cost. Ne seguirà quindi che, in quanto esercizio di una libertà economica, sarà ammissibile una limitazione all'attività di sponsorizzazione di contenuti politici per tutelare altri interessi rilevanti quali: il pluralismo, un dibattito politico non "inquinato" e la necessità di evitare concentrazioni illecite di potere astrattamente idonee a manipolare l'elettorato.

The work exams the political speech on the Internet and the digital platforms. After a briL'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a referaggio "a doppio cieco"the paper exams the connection between the commercial and political speech on the digital platforms and social network like Facebook and Twitter.

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a referaggio "a doppio cieco"

In this way, it will be possible to study a new kind of communication acting like an economic freedom rather than the exercise of the freedom of expression: the "commercialized political speech".
Furthermore, the paper aims to analyse sponsorship of political contents on the digital platforms. This new form of "digital advertising" would seem to integrate the exercise of an economic freedom too. Therefore, in order to guarantee a correct political speech and the pluralism, it will be possible to forbid the use of the sponsorship of political contents.

Sommario

1. Introduzione. - 2. Caratteristiche della comunicazione politica online. - 3. Il messaggio politico commercializzato. - 4. Profilazione per finalità politiche e "inquinamento" del dibattito. - 5. Regolamentazione delle comunicazioni politiche online. – 5.1. La sponsorizzazione di contenuti politici tra libertà di espressione e iniziativa economica. – 5.2. Proposte legislative – 6. Osservazioni conclusive e limitazione delle sponsorizzazioni politiche quale libertà d'iniziativa economica.

Keywords

comunicazione politica - *social network* - Internet -propaganda - messaggio politico

1. Introduzione

È stato osservato come nell'attuale contesto sociale, dominato dall'avanzare e dal sovrapporsi del mondo immateriale dell'online a quello materiale dell'offline e, quindi, nella nuova dimensione c.d. "*onlife*"[1], per vincere un'elezione non si può prescindere dall'avere all'interno del proprio *team* almeno le seguenti figure che affiancano l'attività del politico: un *social media manager*, ossia un esperto di comunicazione e gestione dei processi nel contesto dei *social network*; un analista del *sentiment*, un soggetto specializzato nel carpire e valorizzare il "sentimento della rete"; e un *data anlytics*, ossia un soggetto capace di analizzare il sempre più ampio volume di dati generati dalle interazioni sulle piattaforme digitali (c.d. "*big data*"[2]). A queste figure imprescindibili si possono

[1] L. Floridi, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017 e *The Onlife Manifesto. Being Human in a Hyperconnected Era*, Oxford, 2015.

[2] La letteratura, giuridica e non solo, sul tema dei *big data* è ormai ampia. *Ex multis* si rinvia a: M. Delmastro-A. Nicita, *Big data. Come stanno cambiando il nostro mondo*, Bologna, 2019; M. Maggiolino, *I big data e il diritto antitrust*, Milano, 2018; V. Zeno-Zencovich, *Dati, grandi dati, dati granulari e la nuova epistemologia del giurista*, in *questa Rivista,* 2, 2018, 32 ss.; M. Orefice, *I big data e gli effetti su privacy, trasparenza e iniziativa economica*, Roma, 2018; V. Falce-G. Ghidini-G. Olivieri (a cura di), *Informazione e big data tra innovazione e concorrenza*, Milano, 2017; V. Mayer-Schönberger-K. Cukier, *Big data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere e già minaccia la nostra libertà*, Milano, 2013. Si veda anche: Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Garante per la Protezione dei Dati Personali, *Indagine conoscitiva congiunta sui big data*, 10 febbraio 2020, disponibile sui siti istituzionali delle autorità.

poi associare programmatori, grafici, *web designer* ed esperti di comunicazione online[3]. Di facile percezione è, pertanto, la constatazione di come anche questa volta il modo di comunicare in generale e, nello specifico, il modo di diffondere e veicolare messaggi politici risenta e si adatti all'evoluzione del mezzo di comunicazione. Da sempre, infatti, l'espressione del pensiero è stata condizionata dal mezzo che la diffonde[4]: dalla carta stampata, alla radio, alla televisione fino ad arrivare alla Rete[5], il messaggio (e

[3] Sul punto si veda G. Ziccardi, *Tecnologie per il potere. Come usare i social network in politica*, Milano, 2019, 20.

[4] Sebbene il rapporto tra mezzo di diffusione ed esercizio della libertà di espressione sia così stretto, non sempre la Corte costituzionale ha fatto conseguire al diritto di esprimere il proprio pensiero *ex* art. 21 Cost. il diritto all'utilizzo di un mezzo, quale può essere quello televisivo, per esercitare tale diritto costituzionale. Sul punto si vedano le sentenze della C. Cost.: 1/1956; 59/1960; 38, 46/1961; 48/1964; 105/1972; 225/1974; 202/1976; 94/1977; 148/1981; 826/1988; 102/1990. In particolare, nella sentenza 15 giugno 1972 n. 105, si legge che il fatto che tutti abbiano il diritto di manifestare il proprio pensiero: «non può significare che tutti debbano avere, in fatto, la materiale disponibilità di tutti i possibili mezzi di diffusione, ma vuol dire, più realisticamente, che a tutti la legge deve garantire la giuridica possibilità di usarne o di accedervi, con le modalità ed entro i limiti resi eventualmente necessari dalle peculiari caratteristiche dei singoli mezzi o dalla esigenza di assicurare l'armonica coesistenza del pari diritto di ciascuno o dalla tutela di altri interessi costituzionalmente apprezzabili, giusta i criteri di cui questa Corte ha fatto applicazione in varie occasioni (sentenze n. 59 del 1960, n. 48 del 1964, n. 11 del 1968)». A questa sentenza si possono aggiungere le sentenze n. 225/1974 e la 94/1977, nelle quali, secondo L. Paladin (*Libertà di pensiero e libertà d'informazione: le problematiche attuali*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 1987, 19), la Corte non qualifica l'utilizzo dei mezzi di comunicazione come una situazione soggettiva garantita ad ogni singolo individuo, piuttosto come un interesse nel senso più generico del termine. Tali sentenze acquisiscono particolare rilievo nel contesto attuale nella misura in cui proprio l'avvento di Internet sembrerebbe ricompattare questa distinzione tra il diritto e il mezzo di diffusione, laddove oggi tutti sono nella materiale disponibilità di accedere al mezzo Internet ed esercitare così il proprio diritto alla manifestazione del pensiero.
Sul tema si consultino anche S. Fois, *Libertà di manifestazione del pensiero e monopolio radiotelevisivo*, in *Giur. Cost.*, 1960, 1168 ss., per il quale l'art. 21 garantisce il diritto al mezzo e *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957; A. Pace-M. Manetti, *Commentario della Costituzione. Articolo 21 rapporti civili*, Bologna, 2006.
Il rapporto tra Internet e la libertà di espressione è indagato anche da G.E. Vigevani-O. Pollicino-C. Melzi d'Eril-M. Cuniberti-M. Bassini, *Diritto dell'informazione e dei media*, Torino, 2019; O. Pollicino, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet,* in *questa Rivista*, 1, 2018, 48 ss.; G. Pitruzzella, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, ivi, 19 ss.; G.L. Conti, *Manifestazione del pensiero attraverso la rete e trasformazione della libertà di espressione: c'è ancora da ballare per strada?*, in *Rivista AIC*, 2018, 4; M.R. Allegri, *Ubi Social, Ibi Ius. Fondamenti costituzionali dei social network e profili giuridici della responsabilità dei provider*, Milano, 2018; G. De Minico, *Internet Regola e anarchia*, Napoli, 2012, 198, secondo la quale: «Internet è serenamente acquisibile alla nozione di altri mezzi di diffusione del pensiero, per sintesi citati nella distesa endiadi libertà di parola e mezzi espressivi, di cui all'art. 21 Cost. co. 1»; G. Cassano-A. Contaldo, *Internet e tutela della libertà di espressione*, Milano, 2009; P. Costanzo, *Le nuove forme di comunicazione in rete: Internet*; in *Inform. Dir.*, 1, 1997, 9-12; G. Azzariti, *Internet e Costituzione*, in *Costituzionaismo.it*, 2, 2011; A.M. Gambino-A. Stazi, *Diritto dell'informatica e delle comunicazioni*, Torino, 2009; A. Papa, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet*, Torino, 2009; M. Cuniberti, *Nuove tecnologie e libertà di comunicazione. Profili costituzionali e pubblicistici*, Milano, 2008; V. Zeno-Zencovich, *La libertà d'espressione*, Bologna, 2004.

[5] Quasi profetiche sono le parole con le quali la Corte suprema americana, nel caso *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844, del 26 giugno 1997, parlava di Internet in rapporto alla libertà di espressione, in quell'ordinamento sancita nel famoso Primo Emendamento. La Corte riconosce in Internet un mezzo di comunicazione «unico ed assolutamente nuovo» e che «non è esagerato affermare che il contenuto di Internet è vario quanto il pensiero umano». A riguardo si vedano: T.E. Frosini, *Tecnologie e libertà costituzionali*, in *Dir. Inf.,* 3, 2003, 487 ss.; G. Ziccardi, *La libertà di espressione in Internet al vaglio della corte suprema degli Stati Uniti*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 1998, 124 ss.; A. Papa, *op. cit.*, 233.

ancora più la "pubblicità") è legato a filo doppio col mezzo[6].
Il mezzo condiziona fortemente la diffusione del pensiero in termini di tempistiche, modalità e potenzialità e proprio grazie alla diffusione di Internet e allo sviluppo di sempre più sofisticate tecnologie, la comunicazione politica ha nuovi e più efficaci strumenti di persuasione e diffusione. Tanto più laddove Internet quale peculiare mezzo sia di comunicazione, sia di diffusione del pensiero nonché di aggregazione, consente non solo di comunicare con altri soggetti ma anche di reperire informazioni e di assolvere a tutti quegli elementi che sono considerate caratteristiche indispensabili per una democrazia[7].
Scopo di questa breve trattazione sarà quindi analizzare le modalità con cui avviene la comunicazione politica tramite le piattaforme digitali[8]. Seguirà una veloce disamina sullo stato della normativa in materia, scissa sempre più tra le norme autoritative degli Stati, strumenti di co-regolazione e, soprattutto, le condizioni contrattuali di cui le stesse piattaforme digitali si dotano. Nel far ciò si prenderà come esempio concreto il tema della sponsorizzazione di *post* a contenuto politico sui *social network*, in particolare sulle piattaforme più diffuse per la comunicazione politica quali Twitter e Facebook. Questo riferimento aiuterà anche a valutare se ancora oggi la comunicazione politica possa essere intesa come sottocategoria della generale libertà di espressione[9] o se, specie con riferimento alla sponsorizzazione di contenuti politici, stia migrando verso altre forme di libertà di contenuto più economico[10]. Infine, sul presupposto che l'attività di sponsorizzare contenuti politici si avvicini più all'iniziativa economica *ex* art. 41 Cost. che alla libertà di espressione di cui all'art. 21 Cost., si valuterà la legittimità di possibili limitazioni o divieti alla stessa.

2. Caratteristiche della comunicazione politica online

Lasciando da parte questioni pure rilevanti – come cosa debba intendersi per "conte-

[6] Con riferimento alla pubblicità, F. Lanchester, (voce) *Propaganda elettorale*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXXVII, 1990, 126 ss., rileva come: «è noto come una delle caratteristiche peculiari della società borghese sia la pubblicità come visibilità dell'azione all'interno di un ambiente sociale, cosicché pubblicità e democrazia risultano inseparabili e "al limite addirittura confondibili"».

[7] S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2013, 135, che affermava: «libertà di conoscenza per tutti e democrazia coincidono sempre di più».

[8] Sul punto si veda, in generale, G. Ziccardi, *Tecnologie per il potere*, cit., mentre con specifico riferimento al tema della "privatizzazione della censura" nelle campagne elettorali sulle piattaforme digitali, si vedano B. Caravita, *Social network, formazione del consenso, istituzioni politiche: quale regolamentazione possibile?*, in *federalismi.it*, 2019; e di M. Monti i seguenti scritti: *Le Internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2019, 811 ss.; *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 1, 2019, 35 ss.; *Regolazione, Internet e tecnica: le implicazioni di motori di ricerca e "social networks" sulla libertà di informazione*, in *federalismi.it*, 24, 2017.

[9] Il rilievo e la collocazione della comunicazione politica nell'ambito della libertà di espressione possono essere apprezzati anche ponendo mente al fatto che la prima sentenza della Corte costituzionale ebbe ad oggetto proprio il controllo dei manifesti politici: C. Cost., sent. 1/1956.

[10] E. Stradella, *L'inserzione tra discorso commerciale e discorso politico: alcune questioni rilevanti*, in *dirittifondamentali.it*, 1, 2016.

nuto" o "soggetto" politico e, quindi, cosa sia la comunicazione politica[11] e chi pone in essere un'attività di propaganda[12] – ma non indagabili nel presente lavoro, per meglio comprendere le problematiche giuridiche della comunicazione politica online può essere preliminarmente utile individuare le differenze e le affinità tra i tradizionali mezzi di comunicazione di massa e quelli attuali, nello specifico tra la televisione e Internet. Chiaramente i due strumenti sono molto diversi, tanto più che con riferimento a Internet bisognerebbe anche distinguere tra Internet come infrastruttura, come Rete di reti, e i *social network* o le piattaforme digitali che tecnicamente costituiscono solo una porzione di Internet. Se è possibile considerare Internet come un luogo pubblico, i *social network* sono invece luoghi "aperti al pubblico", perché l'accesso a questi non è "libero" ma condizionato dalle regole delle piattaforme digitali[13].

La prima differenza tra la televisione e Internet è che con l'avvento del secondo passiamo da un sistema caratterizzato da scarsità di risorse disponibili (come le frequenze televisive) a un sistema di risorse illimitate.

La seconda differenza è che Internet è uno strumento bidirezionale, interattivo e che elimina i soggetti intermedi (c.d. "disintermediazione"); ciò, seppur in modo non sem-

---

[11] M. Monti, *Le Internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia,* cit., 817, osserva come, all'atto pratico, la distinzione tra i vari soggetti impegnati in attività di propaganda politica è rimessa a *policy* e termini contrattuali a tal punto generici da riconoscere alle piattaforme un'ampia discrezionalità. Ciò comporterebbe da un lato il rischio della compressione del "*political speech*", dall'altro la possibilità di ritagliare e rendere discrezionale l'applicazione delle regole. Soprattutto consentirebbe di rimuovere i contenuti politici distinguendoli in base a chi li diffonde sul social, in particolare differenziando il trattamento riservato ad un soggetto politico di primo piano (come il Presidente degli Stati Uniti d'America) e quello a un normale cittadino, con evidente nocumento del principio di uguaglianza.

[12] Si veda la voce "Propaganda elettorale" di F. Lanchester, già cit. *supra*. Nel rilevare la difficoltà nel distinguere l'attività di "comunicazione" da quella "informativa", nonché le criticità sottese al riconoscimento di una tutela differenziata alle suddette attività, l'Autore indica come definizione maggiormente condivisa di "propaganda" quella di «qualunque attività volta a diffondere in modo deliberato e sistematico messaggi ad un determinato uditorio al fine di creare un'immagine (positiva o negativa) di specifici fenomeni, stimolando altresì comportamenti adeguati». Con specifico riferimento al contesto politico e alle attività connesse all'esercizio del diritto di voto, l'A. distingue una "propaganda politica", intesa come «l'attività di manipolazione di simboli che abbia attinenza con l'allocazione autoritativa di valori, differenziandosi quindi a livello operativo dalla cosiddetta attività pubblicitaria, generalmente settoriale e mirata a fini commerciali», da una "propaganda elettorale", definita come «quella specifica attività che si esplica nell'àmbito del processo preparatorio della scelta e che è volta a influire sulla volontà degli aventi diritto al voto nel periodo precedente la votazione».

[13] Sulla possibilità di considerare la rete Internet come un luogo pubblico si vedano: O. Grandinetti, *La par condicio al tempo dei social, tra problemi "vecchi" e "nuovi" ma, per ora, tutti attuali*, in *questa Rivista*, 3, 2019, 92 ss., spec. 105: «Internet è un mondo virtuale da cui tutti sono condizionati nel modo reale, persino coloro i quali non la usano direttamente»; M.R. Allegri, *op. cit.*; M.R. Allegri-G. d'Ippolito (*a cura di*), *Accesso a Internet e neutralità della rete fra principi costituzionali e regole europee*, Roma, 2017; P. Passaglia, *Le formazioni sociali e Internet*, in T.E. Frosini-O. Pollicino-E. Apa-M. Bassini, *Diritti e libertà in Internet*, Firenze, 2017, 50 ss.; S. Quintarelli, *Costruire il domani. Istruzioni per un futuro immateriale*, Milano, 2016; F. Marcelli-P. Marsocci-M. Pietrangelo, *La rete internet come spazio di partecipazione politica. Una prospettiva giuridica*, Napoli, 2015; S. Rodotà, *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Roma-Bari, 2014, 2; T.E. Frosini, *Internet come ordinamento giuridico*, in M. Nisticò-P. Passaglia (a cura di), *Internet e Costituzione*, Torino, 2014, 57 ss.; P. Passaglia, *Internet nella Costituzione italiana: considerazioni introduttive*, in *Consulta Online*, 2013. Infine, secondo M. Monti, *Le Internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia,* cit., 827: «Nel contesto odierno le *Internet platforms* sembrano aver introdotto nel dibattito pubblico un luogo/mezzo di comunicazione onnicomprensivo che incorpora sia quei caratteri tipici del *political speech* (comizi, comunicati di partito, manifestazioni) sia quelli della libertà di informazione, come l'attività giornalistica (diffusione di notizie, selezione delle stesse, controllo del potere)».

pre consapevole, spinge cittadini e politici a partecipare, a interagire direttamente nel "campo politico". Questa partecipazione genera dei dati che sono oggi la risorsa su cui si basa l'intero sistema digitale e che hanno un ruolo importante anche per la comunicazione politica.

Infine, l'ultimo elemento non più di contrasto ma, semmai, di similitudine con il mezzo televisivo, è che Internet accentua tendenze già in atto con i media tradizionali. Tra queste, due in particolare: la semplificazione del messaggio politico e della propaganda; il collegamento tra comunicazione politica e commerciale[14], laddove il messaggio politico è sempre più concepito e trattato come un prodotto da vendere e pubblicizzare. Ciò sfrutta i dati prodotti dalle interazioni delle persone con i *social network*, amplificando il fenomeno della polarizzazione politica e della semplificazione del messaggio politico.

Il fatto che, con buona approssimazione, tutti possano avere facilmente accesso ad Internet e usufruire del più potente mezzo di comunicazione mai creato dall'uomo per esprime il proprio pensiero (e non solo), elimina dal campo di gioco tutta una serie di problematiche giuridiche che sono invece centrali nei mezzi tradizionali e contestualmente ne complica altre[15].

Nello specifico, non si pone più un problema di accesso al mezzo. Le norme a tutela del pluralismo esterno[16], per esempio, vedono ridotta la loro rilevanza, mentre aumenta l'attenzione per il pluralismo interno[17] e, soprattutto, per la qualità del messaggio politico veicolato.

Ancora, la disintermediazione operata da Internet consente non solo ai politici ma anche ai cittadini di esprimere la loro opinione e farsi sentire in modo diretto e senza

[14] Sul tema si veda E. Stradella, *op. cit.* In generale sulla pubblicità commerciale si veda E. Apa, *La pubblicità commerciale. Struttura, natura e referenti costituzionali*, Napoli, 2011.

[15] Secondo la Corte costituzionale (sent. 105/72) un regime democratico: «implica pluralità di fonti di informazione, libero accesso alle medesime, assenza di ingiustificati ostacoli legali, anche temporanei, alla circolazione delle notizie e delle idee». Con buona approssimazione e la necessaria cautela legata a un corretto utilizzo dello strumento Internet, si può accettare l'idea che quest'ultimo abbia risolto gran parte degli ostacoli individuati dalla C. Cost., spostando l'attenzione sulla qualità dell'informazione, piuttosto che la sua varietà e quantità, e sulla possibilità di concentrazioni di potere che possano influenzare o manipolare l'elettorato.

[16] Con l'espressione "pluralismo esterno" si fa riferimento alla possibilità di quanti più soggetti, pubblici e privati, di intervenire su un certo tema, creando una pluralità di voci e opinioni. Il pluralismo esterno ha i suoi fondamenti costituzionali negli artt. 21 e 41 della Costituzione, ossia nella libertà di manifestazione del pensiero e nella libertà di iniziativa economica. Tali limiti sono poi tracciati dalla giurisprudenza della C. Cost., *ex multis* nella sent. 826/88, che definisce il pluralismo esterno come la possibilità di ingresso, nell'ambito dell'emittenza pubblica e di quella privata, di quante più voci consentano i mezzi tecnici, con la concreta possibilità nell'emittenza privata che i soggetti portatori di opinioni diverse possano esprimersi senza il pericolo di essere emarginati a causa dei processi di concentrazione delle risorse tecniche ed economiche nelle mani di uno o pochi. Le norme sul pluralismo nel settore radiotelevisivo sono poi contenute, in generale, nel d.lgs. 177/2005 recante il "Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici". Sul tema si rinvia a P. Caretti, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Bologna, 2013.

[17] Il "pluralismo interno" fa riferimento invece alle diverse opinioni, tendenze politiche, sociali, culturali e religiose all'interno di un unico contesto informativo. La Corte costituzionale, nella sent. 826/1988, ha definito il pluralismo interno come la concreta possibilità di scelta tra programmi che garantiscano l'espressione di tendenze aventi caratteri eterogenei (pluralismo dell'informazione). Sul punto si veda anche A. Pace-M. Manetti, *op. cit.*

mediazione alcuna[18]. Mentre prima per farsi sentire si doveva avere necessariamente la collaborazione della stampa o della televisione, cosa non agevole per motivi tecnici e pratici oltre che economici, oggi gli stessi individui possono usare i social per esprimersi in modo semplice e in prima persona e, eventualmente, anche rispondersi reciprocamente[19]. Le problematiche giuridiche sollevate da questi nuovi assetti sono molte ma, tra queste, si possono ricordare da un lato il tema della responsabilità editoriale delle piattaforme digitali[20], formalmente non esistente ma che, in concreto, si sta cercando di imporre tramite alcuni tentativi legislativi, dall'altro tocca il tema del trattamento dei dati personali per finalità politiche.
Dunque, se vengono meno le esigenze di cosiddetto pluralismo esterno, diretto a garantire un numero di voci il più ampio possibile perché, come visto, chiunque può intervenire nel dibattito pubblico, restano e forse si amplificano le questioni relative alla qualità della comunicazione politica.

3. Il "messaggio politico commercializzato"

Internet, *social network* e motori di ricerca hanno reso disponibili molte più notizie e informazioni di quanto non lo fosse mai stato. Tuttavia, maggiori informazioni disponibili non equivalgono automaticamente a più conoscenza e consapevolezza. Al contrario, l'esperienza empirica di qualunque internauta rende chiaro come troppa informazione sia di difficile cognizione.
La possibilità di chiunque, soggetto politico o semplice cittadino, di accedere ad Internet ed esprimere il proprio pensiero produce una sovrabbondanza di informazione che genera "rumore" e confusione. Ciò ha spinto a raffinare sempre più le tecniche comunicative al fine di aumentare la certezza che un messaggio sia letto da parte del soggetto a cui è indirizzato. Grazie alle nuove tecnologie automatizzate di analisi dei *big data* nascono così nuove tecniche di pubblicità mirata e forme di "targettizzazione"[21].
L'esigenza di essere rintracciabili, visibili e, soprattutto, letti in un mare di informazione è avvertita anche alla propaganda politica. Su Internet si rafforzano fenomeni già in corso nei mezzi tradizionali, come quello della semplificazione esasperata, o anche "banalizzazione", del messaggio politico e l'utilizzo di tecniche commerciali e di marketing per veicolare il messaggio come fosse un prodotto da vendere.

---

[18] Più approfonditamente, sul rapporto tra disintermediazione professionale e nuovi intermediari imprenditoriali, si veda: O. Grandinetti, *La* par condicio *al tempo dei social,* cit., 114 ss.

[19] Riecheggia qui il ricordo di quella che era stata definita "libertà informatica", ossia la situazione giuridica, il fascio di diritti resa possibile dalle caratteristiche della Rete e composto dal diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero al quale segue la facoltà di costruire un rapporto, di trasmettere e ricevere informazioni, di associarsi intorno a quella manifestazione del pensiero e partecipare attivamente alla vita della società. Sul punto si vedano gli studi di V. Frosini, *L'orizzonte giuridico dell'Internet*, in *Dir. Inf.*, 2, 2000, 271 ss. e T.E. Frosini, *Tecnologie e libertà costituzionali*, cit.

[20] M.R. Allegri, *op. cit.*; O. Pollicino, *Tutela del pluralismo nell'era digitale: ruolo e responsabilità degli internet service provider*, in *Percorsi costituzionali*, 1, 2014.

[21] O. Grandinetti, *La* par condicio *al tempo dei social,* cit., 117 ss.

Nel secondo caso, alla pubblicità mirata si affianca la comunicazione politica mirata, "targettizata", ritagliata sugli specifici interessi dell'elettore. In altre parole, si accentua la commercializzazione del messaggio politico: si tratta l'informazione come una merce per massimizzare i profitti (consistenti anche nell'avere poche percentuali di gradimento in più) e si semplifica il messaggio.

Tutto ciò non costituisce però un fenomeno nuovo. Al contrario, il passaggio dalla televisione a Internet ha solo perfezionato e rafforzato il ricorso e l'efficacia di quello che può essere definito "messaggio politico commercializzato": ossia il prodotto della nuova propaganda politica, creato più per essere comprato o rigettato *in toto* piuttosto che un'idea da condividere o confutare, anche solo parzialmente, con le sue sfaccettature e gradazioni[22].

Se queste modalità di propaganda online hanno comportato l'avvicinamento del messaggio politico alla comunicazione commerciale[23], la sua semplificazione è divenuta ben presto "banalizzazione" finalizzata a suggestionare e conquistare il destinatario (elettore), facendo leva sulla persuasività dello *slogan* piuttosto che su quella del contenuto[24]. Un esempio, emblematico ed estremo, di tale impoverimento del messaggio politico può essere il concorso "Vinci Salvini" lanciato da Salvini in prossimità del voto delle politiche del 2018 e delle europee del 2019[25].

Con riferimento al messaggio politico commercializzato, inoltre, si rinviene una sorta di cooperazione e complementarietà tra il mezzo televisivo e Internet laddove spesso il primo riprende e riporta quanto espresso dal politico nel secondo. In tal senso i due mezzi non sono in competizione ma concorrono per conquistare il bene più ricercato dell'economia digitale: l'attenzione delle persone[26]. Cooperazione che si rinviene anche dal punto di vista dei costi pubblicitari laddove la disintermediazione ottenuta

---

[22] E. Stradella, *op. cit.*, 5: «la pubblicità commerciale altro non è che il mezzo di comunicazione con il quale un'impresa cerca di sottoporre all'attenzione del pubblico informazioni e caratteristiche di prodotti e servizi la cui vendita intende proporre».

[23] F. Lanchester, *Propaganda elettorale*, cit., 126 ss.: «L'elemento distintivo tra propaganda politica, propaganda elettorale e pubblicità commerciale si pone dunque nelle finalità e nell'intensità ed ampiezza dei mezzi utilizzati, ma non nella tecnica».

[24] R. Borrello-A. Frosini, *La disciplina delle trasmissioni radiotelevisive di rilievo politico in Italia. Premesse generali e di diritto comparato la disciplina dei periodi ordinari*, Santarcangelo di Romagna, 2019, 65: «Il messaggio politico a pagamento, costruito secondo la tecnica della pubblicità commerciale, tende ad una banalizzazione del processo comunicativo, cercando di suggestionare il destinatario, anziché conseguire una ragionata ed argomentata forma di convincimento basata sulla esposizione di proposte ed idee per il bene comune, motivatamente comparate con quelle degli altri competitori, secondo la logica più "mite" della propaganda politica. Gli slogan e il trattamento delle questioni politiche come vendita di un prodotto commerciale rischiano infatti di determinare la radicalizzazione nel dibattito politico, con creazione di tensioni sociali, a causa della suggestività del messaggio pubblicitario e di deteriorare la qualità del dibattito stesso».

[25] Gli spot promozionali del concorso "Vinci Salvini" sono attualmente disponibili sul canale YouTube del *leader* della Lega a questo e questo link. Con riferimento alle problematiche in materia di trattamento dei dati personali e profilazione degli utenti che hanno partecipato al concorso si veda R. Angius, *Dove vanno a finire i tuoi dati se giochi a "Vinci Salvini"*, in *Agi*, 11 maggio 2019.

[26] Y.N. Harari, *21 lezioni per il XXI secolo*, Milano, 2018, 116 che rileva come: «La gara per ottenere i dati è già iniziata e vede in testa giganti *high-tech* come Google, Facebook, Baidu e Tencent. Finora queste aziende sembrano avere adottato il modello di business dei "mercanti dell'attenzione". Catturano la nostra attenzione fornendoci informazioni gratuite, servizi e intrattenimento, e rivendendo poi la nostra attenzione alle aziende inserzioniste».

tramite l'utilizzo dei social permette ai politici di avere pubblicità sui mezzi tradizionali sostanzialmente gratuita[27]. Sono sempre più infatti, le agenzie di stampa, i giornali, i telegiornali e i programmi televisivi che riprendono e ripubblicano i post, i tweet, i video e le dirette effettuati da esponenti politici sui social. Così facendo i media tradizionali espandono la visibilità e la portata di tali contenuti digitali ben oltre i confini virtuali delle singole piattaforme. La politica delle piazze del *web* viene riportata così anche sul vecchio schermo e la carta stampata, creando una stretta connessione tra online e offline che ben rappresenta la vita "*onlife*". In questo caso, messaggio politico commercializzato significa che più che di politici, pensatori, ideologi e statisti, la scena sociale sembrerebbe dominata da *leader* di partito e "*influencer*" politici in senso lato.

4. Profilazione per finalità politiche e "inquinamento" del dibattito

Se la tendenza a vendere l'informazione politica come se fosse un bene commerciale non è nuova, ciò che cambia è la portata del fenomeno e le possibilità che Internet e i moderni sistemi di analisi dei *big data* permettono. In particolare l'utilizzo di appositi algoritmi producono la polarizzazione del dibattito e attività di profilazione per finalità politica.

Al pari delle attuali attività economiche, anche la politica ricorre sempre più all'analisi dei dati e delle informazioni relative ai cittadini.

Anche questo non è un fenomeno né nuovo né di per sé preoccupante nella misura in cui da sempre i partiti politici, che rappresentato gli elettori, colgono le istanze dei cittadini, ossia la "domanda politica", e le traducono in iniziative politiche[28].

Si potrebbe ritenere, pertanto, che le moderne tecnologie di analisi dei *big data* aiutino i politici a capire gli umori, gli interessi e le necessità degli elettori per poi sottoporre queste istanze al dibattito politico. Ciononostante le cose non sembrerebbero essere così lineari e il rapporto tra domanda e offerta politica si è progressivamente alterato. Proprio il ricorso ad algoritmi di profilazione ha consentito alla politica di utilizzare non le necessità e le aspirazioni dei cittadini ma le paure e i timori per creare il bisogno di una nuova "domanda politica" alla quale associare una "offerta politica" *ad hoc* al fine di creare coinvolgimento e sostegno elettorale. Sembrerebbero essere questi i presupposti che avrebbero portato ai tentativi di orientare, plasmare, o "manipolare" il consenso elettorale negli scandali come Cambridge Analytica o le presunte interferenze sul voto per la Brexit[29].

Con riferimento alla polarizzazione, ogni interazione umana sulle piattaforme digitali è registrata e analizzata da algoritmi sotto forma di cc.dd. *data point*. Da queste intera-

[27] G. Ziccardi, *Tecnologie per il potere*, cit., 28 e 52.

[28] R. Borrello-A. Frosini, *op. cit.*, 15: «[I partiti politici], filtrano, razionalizzano, elaborano la domanda politica proveniente dalla società civile e, conseguentemente, la traducono in alternative programmatiche, nella selezione delle persone nel momento elettorale nonché, grazie alla loro presenza-influenza all'interno degli organi costituzionali rappresentativi, nella preformazione delle politiche pubbliche».

[29] Sul tema si veda F. Chiusi, *Guida al caso Facebook-Cambridge Analytica: gli errori del social, la reale efficacia dell'uso dei dati e il vero scandalo*, in *ValigiaBlu*, 22 marzo 2018.

zioni, anche banali e comuni, è possibile dedurre dati sensibili quali gli orientamenti politici. L'algoritmo polarizza il dibattito nel senso che rinchiude ogni persona nella sua categoria eliminando le zone grigie, di incertezza, ed esasperando alcuni argomenti nell'intento di allargare, anche di pochi punti percentuali, il consenso.

L'algoritmo permette inoltre di fare delle "prove", delle simulazioni in anticipo. Di qualunque proposta è possibile percepire e studiare, quasi in tempo reale, le reazioni che essa suscita sulle reti. Sulla base delle risultanze prodotte dall'analisi delle reazioni e commenti in rete è possibile decidere se proseguire nella proposta lanciata oppure se, semplicemente, lasciarla cadere nel vuoto perché recepita negativamente dalla base elettorale e quindi non sfruttabile per la creazione di ulteriore consenso[30]. Sebbene ciò non implichi di per sé qualcosa di sbagliato può tuttavia essere sintomatico di una politica estemporanea, poco ragionata e programmata e, al contrario, guidata delle contingenze del momento, con i pro e i contro del caso[31]. Sono tante le proposte lanciate in rete e poi non più seguite. L'esempio più immediato in Italia può essere, ancora una volta, la Lega che spesso ha lanciato proposte politiche come quella di abolire il reato di abuso d'ufficio[32] o l'idea di tassare il contante nelle cassette di sicurezza[33]. L'algoritmo registra le reazioni suscitate da queste proposte e restituisce gli umori e il grado di condivisione dei cittadini. Tendenzialmente, se la proposta viene lasciata cadere e dimentica potrebbe volere dire che i *feedback* ricevuti sono negativi.

A questo potere dell'algoritmo si associa il fenomeno dilagante della disinformazione online[34]. Nel mare confusionario delle notizie che girano in Rete seminare odio[35], contenuti offensivi, violenti se non palesemente falsi – anche tramite il ricorso alla nuova frontiera del *deep fake*[36] – è semplice.

---

[30] G. Ziccardi, *Tecnologie per il potere*, cit., 105 ss.

[31] Sulla continua ricerca di un consenso immediato e la "volatilità" dello stesso si veda B. Caravita, *op. cit.*, 5.

[32] P. Molinari, *L'ultimo scontro tra Salvini e Di Maio è sul reato di abuso d'ufficio*, in *Agi*, 23 maggio 2019.

[33] M. Cremonesi, *Salvini propone una tassa sulle cassette di sicurezza. Il Pd: irresponsabile*, in *Corriere della Sera*, 11 giugno 2019.

[34] M. Monti, *Il "Code of Practice on Disinformation" dell UE: tentativi "in fieri" di contrasto alle "fake news"*, in *questa Rivista,* 1, 2019, 320 ss.; O. Pollicino, *Fake news, internet and metaphors*, in *Italian Journal of Public Law*, 1, 2017, 5; M. Monti, *"Fake news" e "social network": la verità ai tempi di "Facebook"*, in *questa Rivista*, 1, 2017, 79 ss.

[35] O. Pollicino-G. De Gregorio, *"Hate speech": una prospettiva di diritto comparato*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4, 2019, 421 ss.

[36] Col termine "*deepfake*" si intende una tecnica avanzata di mistificazione di video, audio o immagini basata sull'uso di intelligenza artificiale. Può quindi essere considerata una forma più pericolosa di disinformazione essendo in grado di riprodurre un filmato in cui un capo di stato o un personaggio di rilievo pubblico sembrerebbe affermare cose mai dette. Esempi famosi di *deepfake* sono i video che hanno riguardato Barack Obama, Mark Zuckerberg e, in Italia, Matteo Renzi. Cfr. M. Monti, *Deepfake, i rischi "politici": per la democrazia e l'informazione online*, in *Agenda Digitale*, 8 novembre 2018; V. Carlini, *Deepfake e video manipolati: come funziona il lato oscuro dell'intelligenza artificiale*, in *Il Sole24Ore*, 25 settembre 2019.

A tal riguardo, solo di recente Facebook ha annunciato la volontà di rimuovere i video modificati dall'intelligenza artificiale. Si veda S. Shead, *Facebook to ban "deepfakes"*, in *BBC News*, 7 January 2020. Tale posizione è condivisa anche da Twitter che ha dichiarato che, in presenza di contenuti "sintetizzati" o "manipolati" tramite deepfake: «*Twitter may: place a notice next to Tweets that share synthetic or manipulated media; warn people before they share or like Tweets with synthetic or manipulated media; or add a link – for example, to*

Alla disinformazione si associa un modo di comunicare, un parlare anche da parte dei politici[37], aggressivo, rissoso e di basso livello[38]. Famosi sono i *tweet* di Trump con attacchi personali e diretti ad altri soggetti, da esponenti politici o del suo stesso *staff* fino al dittatore koreano Kim Jong-un. A tal proposito, si rileva la tendenza, soprattutto negli USA, di equiparare gli *account social* dei politici che ricoprono cariche istituzionali a veri e propri "spazi pubblici" ai quali i cittadini hanno il diritto di accedere al fine di formare la propria opinione politica[39]. Sembrerebbe essere questo un ulteriore stimolo alla dottrina americana della c.d. "*State action*" secondo la quale, in presenza di alcune circostanze, è possibile assoggettare spazi privati al rispetto di normative a tutela di interessi pubblici[40]. Proprio questa dottrina sarebbe, secondo alcuni autori, la strada per assoggettare l'attività delle piattaforme digitali al rispetto di normative di carattere pubblicistico[41].

Una comunicazione "violenta" sui social da parte di esponenti politici, che pure può essere considerato uno dei tanti modi legittimi in cui si manifesta la politica o semplicemente un fattore culturale, inquina tuttavia il dibattito politico[42], non lo stimola e, semmai, crea delle tifoserie. Nelle migliori delle ipotesi chi è fuori da queste tifoserie reagisce con sfiducia e distacco, nella peggiore partecipa con ulteriore odio.

Ricapitolando, la comunicazione politica su Internet si baserebbe prevalentemente sullo sfruttamento intenso dei dati personali, a volte anche illecitamente o all'insaputa degli interessati; una commercializzazione del pensiero politico, che più che un'idea

---

a news article or Twitter Moment – so that people can read more about why various sources believe the media is synthetic or manipulated. In addition, if a Tweet including synthetic or manipulated media is misleading and could threaten someone's physical safety or lead to other serious harm, we may remove it», si veda D. Harvey, *Help us shape our approach to synthetic and manipulated media*, in *Blog Twitter,* 11 novembre 2019.

[37] Per quanto riguarda la disinformazione diffusa dai politici italiani si veda lo studio di M. Flora, *Dove si forma l'Opinione Pubblica? Uno studio*, 11 novembre 2019.

[38] Significativa può essere, a tal proposito, la nascita di un movimento di opinione politica che si schiera contro le forme di comunicazioni offensive da parte di titolari di incarichi istituzionali sui social network. Si tratta del movimento delle c.d. "Sardine" che, tra i suoi punti programmatici, ne annovera tre aventi ad oggetto: la trasparenza sull'uso che la politica fa dei social network e l'esclusione dai toni della politica in ogni forma di violenza anche solo verbale. Cfr. F. Di Blasi, *Sardine: chi sono, cosa vogliono e perché questo nome*, in *FanPage*.

[39] Proprio l'utilizzo che Trump fa dei suoi *account* Twitter è al centro, negli USA, di aspre critiche nonché battaglie legali sulla possibilità del Presidente degli Stati Uniti d'America ("POTUS", secondo l'acronimo usato su Twitter) di bloccare chi lo critica. Cfr. A. Robertson, *The unpredictable legal implications of Trump's Twitter-blocking defeat*, in *The Verge*, 11 giugno 2019.

[40] K. Klonick, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, in *Harvard Law Review*, 131, 2018, 1599 ss.

[41] La "*state action doctrine*" è sapientemente illustrata da M. Monti, *Le Internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia,* cit., 819, al quale si rinvia. L'Autore ripercorre la nascita e l'evoluzione della dottrina a partire dalla pronuncia della Corte Suprema USA nel caso *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946) sulle c.d. "*company towns*" nonché nei casi *Lloyd Corp. v. Tanner*, 407 U.S. 551 (1972) e *Hudgens v. NLRB*, 424 U.S. 507 (1976), dove la Corte sostenne che in assenza di spazi fisici, altrettanto efficaci, di comunicazione, i privati sono tenuti al rispetto integrale delle disposizioni del Primo Emendamento così come lo è il Governo. L'autore ripercorre anche la dottrina sul tema e vaglia la possibile applicazione di tale tesi ai social network come Facebook e i motori di ricerca come Google.

[42] Con riferimento alla possibilità di "inquinare" il discorso politico, si vedano le audizioni avviate dalla *Federal Communication Commission* americana disposte al fine di comprendere come regolare la comunicazione politica online: FCC, *Public hearing on internet disclaimers*, 18 luglio 2018.

da condividere diventa una merce da vendere, creando, come visto, il "messaggio politico commercializzato" (espressione più di una libertà d'impresa *ex* art. 41 Cost. che di manifestazione del pensiero *ex* art. 21); la banalizzazione del messaggio politico che facilmente si presta ad abusi, disinformazione, discorsi d'odio. Il fine della di tale comunicazione o propaganda si ridurrebbe così alla mera ricerca, conservazione e incremento del consenso.
La percezione generale che se ne ricava è la facilità e sempre più ampia tendenza a "giocare sporco"[43] e/o tenere condotte ai limiti della legalità da parte di esponenti politici, i quali possono anche giovare di interpretazioni di favore che le piattaforme fanno dei loro già ampiamente discrezionali termini contrattuali. Inoltre, da una parte la comunicazione politica su Internet si è dimostrata impermeabile al rispetto di norme come quelle sulla *par condicio* o il silenzio elettorale, dall'altra si presta alla diffusione di informazioni false o contenuti dannosi ed è facile fare un uso illecito di dati personali per scopi di controllo e manipolazione delle masse.

5. Regolamentazione delle comunicazioni politiche online

Ci si può chiedere se le norme esistenti siano in grado di gestire le nuove dinamiche scaturenti dalla comunicazione sulle piattaforme digitali, se siano sufficienti o se, al contrario, necessiterebbero di modifiche o integrazioni.
Tenendo da parte il tema delle asimmetrie normative tra gli operatori tradizionali e nuovi nel settore delle comunicazioni, in particolare il rapporto tra le società radiotelevisive e le piattaforme digitali, e pur nella consapevolezza che gran parte delle criticità evidenziate sarebbero meglio risolvibili investendo in istruzione e cultura, si possono formulare le seguenti osservazioni generali e con particolare riguardo alle sponsorizzazioni dei messaggi politici.
Dal punto di vista sistematico, una moderna normativa sulle comunicazioni politiche potrebbe seguire il seguente schema: al livello più alto della gerarchia delle fonti bisognerebbe individuare e fissare dei principi, delle norme generali applicabili in ogni caso (a prescindere dal mezzo di comunicazione), come la tutela della libertà di espressione, del pluralismo[44], di un'informazione corretta e non condizionata dalla presenza di posizioni dominanti. Tali principi sono già codificati o desumibili dalle carte costituzionali o dei diritti sia nazionali che europee.
Successivamente si potrebbe affidare alle fonti sub-costituzionali la tutela in concreto di questi valori e, andando ancor più nello specifico, alla normativa secondaria la disciplina di dettaglio e particolare per i singoli mezzi di comunicazione, lasciando infine che la materia sia vigilata dalle autorità di settore, con poteri di vigilanza, di regola-

[43] G. Ziccardi, *Tecnologie per il potere*, cit., 37 ss.

[44] Sul rapporto tra il pluralismo, interno ed esterno, e la disciplina della *par condicio*, colta a tutelare il pluralismo c.d. "politico" o "sostanziale", si vedano di O. Grandinetti i seguenti lavori: *La* par condicio *al tempo dei social, tra problemi "vecchi" e "nuovi" ma, per ora, tutti attuali*, cit., 96; *La par condicio nei programmi di informazione: alcuni sviluppi recenti*, in M. Manetti-R. Borrello (*a cura di*), *Diritto dell'informazione. Temi e problemi*, Modena, 2019, 201 ss.

zione del caso concreto e di segnalazione agli organi legislativi, anche, supportandone l'attività nei relativi processi di aggiornamento della normativa di dettaglio.
Infine, nell'interattività del mondo digitale, un particolare ruolo di "segnalazione" degli illeciti può essere riconosciuto anche al cittadino, il quale può portare all'attenzione, della piattaforma *in primis* e dei competenti organi pubblici successivamente, comportamenti illeciti posti in essere da esponenti politici[45].
Sul tema della disinformazione ci si è finora mossi tramite codici di autoregolazione. Un esempio è il "Codice di buone pratiche sul tema della disinformazione online" promosso dalla Commissione Europea, pubblicato il 26 settembre 2018 e da quel momento firmato da *player* come Google, Facebook, Mozilla, Twitter e Microsoft[46].
Tramite questo codice le piattaforme digitali si sono impegnate a ridurre la disinformazione adottando alcune "buone pratiche". Tra queste: modificare il posizionamento e i guadagni ottenuti da chi diffonde contenuti disinformativi, ridurre le possibilità di "*micro-targeting*" sulla propaganda politica, aumentare la trasparenza sulla pubblicità commissionata dalla politica e sul perché si ricevono determinate pubblicità o con quale logica si viene profilati dagli algoritmi[47] oppure aumentare gli sforzi per chiudere gli account falsi e stabilire sistemi di marcatura e regole per i *bot* per garantire che le loro attività non possano essere confuse con le interazioni umane.
Recentemente tale codice ha visto la presentazione del primo report di valutazione da parte delle piattaforme partecipanti[48]. Gli esiti non sembrerebbero però aver soddisfatto le aspettative affiancando a risultati positivi anche altri meno soddisfacenti. Complice l'assenza di interventi legislativi e di indirizzo politico, ogni piattaforma si è comportata diversamente generando un approccio disorganico e confusionario, per esempio sulla trasparenza sui contenuti politici. Criticata è stata anche la sporadica e ridotta messa a disposizione di dati e strumenti a ricercatori indipendenti ed esponenti della società civile[49].
Altro esempio è il "Tavolo per la garanzia del pluralismo e della correttezza dell'in-

[45] Un particolare ruolo procedurale è auspicato da una certa dottrina al cittadino utente nell'ambito del *political speech* e delle *fake news*. Secondo M. Monti, *Le Internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia,* cit., 830: «il cittadino-utente, [sarebbe] deputato sia alla segnalazione dei contenuti illeciti o presunti tali, sia alla contestazione del provvedimento delle piattaforme qualora lesivo della propria libertà di espressione. In questo modo la democrazia creerebbe una nuova figura di controllore della Rete, un nuovo (ma antico) *watchdog of democracy*, il cittadino (internauta), che, coadiuvato sicuramente da giornalisti, attori politici e autorità di sicurezza, sarebbe deputato a sporgere richieste di rimozione di contenuti illeciti e ricorrere contro la rimozione di contenuti leciti».

[46] European Commission, *Code of Practice on Disinformation*, 26 settembre 2018.

[47] Può essere utile rilevare come tale obbligo sia in certa misura desumibile anche dall'attuale normativa in materia di protezione dei dati personali, oggi contenuta nel Regolamento (UE) 2016/679, in particolare in quello che la dottrina ha definito "*right to explanation*", ossia il diritto ad avere informazioni in concreto e *ex post* con riferimento allo specifico trattamento automatizzato. Si veda al riguardo: G. Malgieri, *Automated decision-making in the EU Member States: The right to explanation and other "suitable safeguards" in the national legislations*, in *Computer Law & Security Review*, 35, 2019.

[48] European Commission, *Annual self-assessment reports of signatories to the Code of Practice on Disinformation 2019*, 29 ottobre 2019.

[49] N. Iacono, *Lotta a disinformazione e odio online, che fa l'Unione europea*, in *Agenda Digitale*, 7 novembre 2019; Openpolis, *La propaganda social e la difficile definizione di politica*, 11 novembre 2019.

formazione sulle piattaforme digitali" istituito dall'AGCOM il 6 novembre 2017[50]. A tal riguardo, di particolare interesse sono le "Linee guida per la parità di accesso alle piattaforme online durante la campagna elettorale per le elezioni politiche 2018"[51] create all'interno del Tavolo.

Con queste linee guida l'AGCOM ha cercato di riprodurre nel sistema dei *social network* le regole sulla comunicazione politica previste dalla legge 28/2000. In particolare, la necessità di indicare la natura dei "messaggi elettorali" specificando, altresì, il soggetto politico committente; il divieto di svolgere propaganda elettorale tramite gli account social delle istituzioni; nonché il rispetto del silenzio elettorale nel giorno precedente e concomitante con le votazioni.

Entrambe le iniziative sono di grande interesse ma sembrerebbero scontare i limiti dell'autoregolazione nonché di una non sempre possibile applicazione.

Con riferimento al tema della profilazione per fini politici, alcuni aspetti possono trovare la loro disciplina nel Regolamento (UE) 2016/679 in materia di trattamento dei dati personali. Per esempio, gli obblighi di informazione agli utenti sul trattamento dei loro dati, l'individuazione di una corretta base di liceità del trattamento, l'adozione delle misure di sicurezza, la valutazione d'impatto sulla protezione dei dati, i diritti riconosciuti agli interessati nei confronti di processi decisionali interamente automatizzati, come quelli posti in essere da algoritmi predittivi a scopo politico.

Sul punto si è espresso anche il Comitato Europeo per la Protezione dei dati personali, secondo il quale i dati personali che rivelano opinioni politiche sono dati sensibili il cui utilizzo è vietato se non effettuato con particolari cautele e restrizioni (consenso esplicito, rispettare la finalità dei dati disponibili sui social, rispetto GDPR)[52]. Dello stesso avviso, in Italia, anche il Garante per la protezione dei dati personali[53].

A ciò si aggiunge la previsione di sanzioni, anche penali, a carico di chi tratta in modo non corretto i dati personali o li utilizza, li diffonde o li ha acquisiti illecitamente[54]. Da questo punto di vista, tuttavia, sebbene le sanzioni penali possano avere maggior effetto deterrente delle sanzioni amministrative pecuniarie scontano i limiti propri della norma penale, con i suoi tempi e i confini territoriali ai quali sono inevitabilmente legate, nonché il rispetto delle relative garanzie tipiche della responsabilità personale.

---

[50] L'iniziativa, decisa con la delibera 423/17/CONS, si inscrive nel percorso istituzionale intrapreso da AGCOM, a partire dal 2015, con la pubblicazione di rapporti e indagini conoscitive sul sistema dell'informazione online.

[51] AGCOM, *Linee guida per la parità di accesso alle piattaforme online durante la campagna elettorale per le elezioni politiche 2018*, 1 febbraio 2018.

[52] European Data Protection Board, *Statement 2/2019 on the use of personal data in the course of political campaigns*, Adopted on 13 March 2019. Si vedano anche le "*Linee guida in materia di processi decisionali automatizzati e profilazione*" elaborate dal Gruppo di lavoro Articolo 29 il 3 ottobre 2017 e successivamente modificate il 6 febbraio 2018.

[53] Garante per la protezione dei dati personali, *Provvedimento n. 96 in materia di propaganda elettorale e comunicazione politica*, 18 aprile 2019 (doc. web 9105201).

[54] V. artt. 167, c. 2,167-*ter*, 172 del d.lgs. 196/2003, come modificato dal d.lgs. 101/2018.

5.1. La sponsorizzazione di contenuti politici tra libertà di espressione e iniziativa economica

Venendo alla pubblicità politica o, meglio, alla sponsorizzazione della propaganda politica sui *social network*, la tematica suscita particolarmente interessante perché permette di studiare come le piattaforme digitali, tramite le loro condizioni contrattuali, disciplinino argomenti di rilievo pubblico e giuridico in un contesto caratterizzato di fatto dall'inerzia del legislatore, sia italiano che europeo, o eventualmente anche di lacune normative.

A tal riguardano si registrano le posizioni antitetiche di Facebook e Twitter[55]. Il primo ha infatti dichiarato che non sottoporrà a "*fact-checking*" le dichiarazioni dei politici e che, soprattutto e per quanto d'interesse per la presente trattazione, permetterà agli stessi di sponsorizzare post e contenuti anche se contengono notizie false[56]. In tal mondo, Facebook avalla e consente la pubblicità della propaganda politica sulla sua piattaforma. A giustificazione di tale scelta, la constatazione da parte di Facebook di non rivestire (e non voler rivestire) il ruolo di "arbitro" nella vita pubblica, né di essere il soggetto preposto a stabilire cosa sia vero e cosa no[57]. Secondo Zuckerberg, infatti, in una democrazia sono gli elettori a dover decidere a chi e cosa credere[58].

Si noti però che fare pubblicità (*rectius*, sponsorizzare contenuti) sui social è cosa ben diversa che fare pubblicità in televisione o tramite manifesti elettorali. Infatti, mentre la presenza del politico in televisione o per le strade è contingentata per esigenze tecniche e legali, sui social la sua presenza è continua, pervasiva, quasi invadente. Sponsorizzare contenuti politici vuol dire quindi rafforzare, intensificare, rendere ancor più penetrante la presenza del politico nella vita quotidiana delle persone oltre a quanto deriverebbe dal suo seguito reale e oltre il suo pubblico di riferimento. In altre parole, sponsorizzare un contenuto politico vuol dire usufruire di un servizio a pagamento al fine di intercettare un pubblico molto più ampio di quanto sarebbe normale attendersi in base al solo carisma del politico e pregio delle sue idee.

La possibilità di sponsorizzare un contenuto politico sui social, avvalendosi anche della profilazione e del *micro-targeting*, è qualcosa che non ha un corrispettivo nella vita materiale e offline. È una possibilità in più di cui usufruire nella realtà immateriale lad-

---

[55] Sulla vicenda si veda A. Ciccone, *Facebook e Twitter hanno deciso che i politici sono più uguali degli altri*, in *Valigia Blu,* 25 ottobre 2019.

[56] Si veda il comunicato di Nick Clegg, capo della comunicazione globale di Facebook: *Facebook, Elections and Political Speech*, 24 settembre 2019. Anche con riferimento alla possibilità di sponsorizzare, e quindi pagare, per diffondere volontariamente pubblicità elettorali false, idonee a confondere l'elettorato sulla posizione dei partiti in campo, si veda M. Monti, *Elezioni, i social terra di nessuno? Ecco perché serve una regolamentazione pubblica*, in *Agenda Digitale*, 15 novembre 2019.

[57] Con riferimento a Facebook può essere utile segnalare come sia, tra le *Interent platforms*, quella che per le sue vicende è stata più influenzata dal paradigma americano del "Primo Emendamento". Sul punto si vedano K. Klonick, *op. cit.*; H. Zhen Gan, *Corporations: The Regulated or the Regulators - The Role of IT Companies in Tackling Online Hate Speech in the EU*, in *Colum. J. Eur. L.*, 24, 2017, 118 ss.; G. Pennycook-T. Cannon-D.G. Rand, *Prior Exposure Increases Perceived Accuracy of Fake News*, in *SSRN*, 2017. L'argomento è ripreso, in Italia, da M. Monti, *Privatizzazione della censura e Internet platforms,* cit.

[58] Concetto espresso dallo stesso Zuckerberg nel corso dell'audizione sulla moneta digitale "Libra", del 23 ottobre 2019, davanti l'*House Financial Services Committee*.

dove il politico è già ben visibile e individuabile dall'elettorato dalla sua mera presenza sui social, mentre per essere "semplicemente" visibile nella realtà materiale necessita di affiggere cartelloni pubblicitari, acquistare spazi sui giornali o in televisione. Possibilità in più che, inoltre, sembrerebbe essere esercizio più di un'attività economica che dell'esercizio del diritto di manifestare il proprio pensiero politico.

Alla luce di ciò si può comprendere l'antitetica posizione di Twitter che ha invece ritenuto (certamente anche per motivi interni e non legati alle questioni socio-giuridiche qui trattate) di non consentire più alcuna pubblicità relativa a politici o elezioni sulla sua piattaforma. Una scelta netta che elimina alla radice le questioni etico e giuridiche sulla gestione dei contenuti falsi, violenti o illeciti sponsorizzati o sullo "*targettizzazione*" dell'elettorato per finalità politiche, ma che ne lascia inalterate altre come definire il concetto di "politico", di "comunicazione politica" e di "personaggio" o "esponente politico".

Ciononostante, la giustificazione di Twitter sembrerebbe essere più concreta e meno "politicamente corretta" di quella di Facebook. In una serie di tweet, infatti, l'amministratore delegato della piattaforma Jack Dorsey ha affermato che quando si parla di sponsorizzazioni: «Non si tratta di libertà d'espressione. Si tratta di un meccanismo che permette di pagare per aumentare il numero di persone raggiunte delle dichiarazioni dei politici, con significative conseguenze che oggi la democrazia potrebbe non essere pronta a gestire. Vale la pena fare un passo indietro»[59].

Sul presupposto, qui condiviso, che la sponsorizzazione di contenuti politici sia esercizio di una libertà economica e non l'esercizio della libera manifestazione del pensiero (politico), la scelta di Twitter di vietare le sponsorizzazioni politiche non sembrerebbe impattare negativamente sui diritti costituzionalmente garantiti e sottesi alle questioni qui affrontate, anzi potrebbe tutelarne altri.

Infatti, se da una parte la libertà di espressione dei politici non viene intaccata, ben potendo questi continuare a usare la piattaforma, dall'altra ciò che viene limitata è solo la sponsorizzazione. Quel che non sarà più possibile per loro è infatti pagare per ampliare la platea dei propri messaggi e la precisione con cui vengono inviati messaggi personalizzati agli elettori[60]. Ciò porta giovamento ai consociati e al loro diritto all'informazione e a un dibattito politico non condizionato e influenzato da singole concentrazioni di potere[61].

Pertanto, sempre Dorsey rileva che: «Un messaggio politico si diffonde quando le persone decidono di seguire un account o di *retwittarlo*. Pagare per aumentare la diffusione rimuove questa decisione, che noi non riteniamo vada compromessa dal denaro. La pubblicità su Internet è molto potente ed efficace per gli inserzionisti, questo potere comporta rischi significativi per la politica, dove può essere utilizzato per influenzare

[59] J. Dorsey, tweet, 30 ottobre 2019.

[60] M. Pennisi, *Twitter blocca la pubblicità politica. L'ad Dorsey: «Troppi rischi»*, in *Corriere.it*, 30 ottobre 2019.

[61] Con riferimento alle dinamiche economiche sottese alle sponsorizzazioni politiche al fine giustificare un trattamento di disfavore per i messaggi politici sponsorizzati si veda il principio di matrice anglosassone secondo cui in politica "*Money shall not talk*". Sul tema si rinvia a M. Cuniberti, *I servizi di media audiovisivi*, in G.E. Vigevani-O. Pollicino-C. Melzi d'Eril-M. Cuniberti-M. Bassini, *Diritto dell'informazione e dei media*, cit., 386 ss. e, dello stesso Autore, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, in *Dir. Inf.,* 2, 2015, 275 ss.

i voti e influire sulla vita di milioni di persone»[62].
Rimane fuori il tema delle esternazioni non sponsorizzate dei *leader* sebbene Twitter abbia anche affermato che ne ridurrà la portata, impedendo di commentarle o condividerle, se violano le sue *policy* inneggiando alla violenza o al terrorismo (ma non dicendo falsità)[63]. Allo stesso modo, ancora irrisolta è la questione dei *bot* che generano e ripropongono tweet automaticamente e sono una risorsa non indifferente per chi diffonde disinformazione organizzata con *post* all'apparenza normalissimi.

5.2. Proposte legislative

Ritornando al ruolo del legislatore si può rilevare la presenza, nell'attuale legislatura, di alcuni tentativi di riforma della disciplina in materia di comunicazione politica, con particolare riferimento all'ambiente online.
Risulta depositata presso la Camera dei Deputati la proposta di legge n. 2009, in materia di divieto di silenzio elettorale nella rete internet, disciplina della propaganda elettorale mediante le piattaforme digitali, trasparenza e accesso ai dati e agli algoritmi utilizzati sulle medesime piattaforme digitali per la classificazione delle informazioni[64].
Sebbene la proposta abbia l'obiettivo di porre la comunicazione politica online sotto le regole e i principi stabiliti per la comunicazione politica tradizionale, essa si connota per un approccio troppo specifico e particolare, con interventi normativi sì mirati ma che, perdendo di vista il contesto generale, rischiano di non essere pienamente risolutivi.
Altre soluzioni per da un lato evitare forme di censura del pensiero (politico o meno), anche tramite l'applicazione di filtri *ex ante* sui contenuti immessi in rete, e dall'altro far rispettare le regole elettorali, garantire il pluralismo informativo e il rispetto del diritto a essere informati possono essere l'imposizione di un tetto agli investimenti fatti dai partiti nelle sponsorizzazioni su Internet[65] o l'offerta di servizi pubblicitari a parità di condizione per tutte le forze politiche[66], vietare il *micro-targeting* e l'utilizzo di *bot*.
Ancora, diversamente da chi propende per l'imposizione ai social dei tradizionali istituti che regolano le comunicazioni politiche nei periodi elettorali (si pensi alla *par*

[62] J. Dorsey, tweet, 30 ottobre 2019.

[63] Twitter Inc., *World Leaders an Internet: principles & approach*, in Blog Twitter, 15 ottobe 2019, dove si legge che: «*if a Tweet from a world leader does violate the Twitter Rules but there is a clear public interest value to keeping the Tweet on the service, we may place it behind a notice that provides context about the violation and allows people to click through should they wish to see the content*».

[64] Si tratta dell'Atto Camera n. 2009 a prima firma dell'On. Riccardo Magi, presentato il 23 luglio 2019 e concernente: «Introduzione dell'articolo 9-bis della legge 4 aprile 1956, n. 212, in materia di divieto di propaganda elettorale nella rete internet nel giorno precedente e in quelli stabiliti per le elezioni, e alla legge 10 dicembre 1993, n. 515, in materia di disciplina della propaganda elettorale mediante le piattaforme digitali, e altre disposizioni per la trasparenza della propaganda politica nella rete internet e per l'accesso ai dati e agli algoritmi utilizzati sulle medesime piattaforme digitali per la classificazione delle informazioni».

[65] O. Grandinetti, *La* par condicio *al tempo dei social,* cit., 126 ss.

[66] B. Caravita, *op. cit.*, 4 ss.

condicio)[67], a parere di chi scrivere tali istituti necessiterebbero di ripensamento per vagliare la loro applicabilità concreta alla realtà digitale. Potrebbe essere, per esempio, da ripensare interamente il ruolo del silenzio elettorale nel giorno precedente e in quello delle votazioni con riferimento alle piattaforme digitali. Se infatti tale divieto può avere una sua ragion d'essere nei tradizionali mezzi di comunicazione di massa, caratterizzati da una comunicazione monodirezionale (c.d. "uno a molti") e da parte di soggetti qualificati, tutt'altro scenario si ha con Internet dove la comunicazione è quantomeno bidirezionale ("molti a molti")[68] e veicolabile anche dal *quisque de populo*. In un mondo digitale in cui è difficile limitare la circolazione di informazioni sempre più "liquide" e diffuse tra una platea potenzialmente infinita di soggetti, più o meno qualificati, tentare di impedire una qualche forma di propaganda in uno specifico giorno potrebbe rivelarsi ostico. Tanto più che risulta difficile apprezzare, nel contesto digitale, gli eventuali benefici di un divieto limitato ad un arco temporale così breve quali le 24/48 ore. Diversamente, molto più agevole potrebbe essere adottare una normativa che affianchi al generale divieto di sponsorizzazioni politiche sulle piattaforme digitali nei periodi c.d. "ordinari"[69], anche la limitazione della possibilità degli utenti di ri-condividere i contenuti postati dagli esponenti politici nei periodi "elettorali". In altre parole, il post su Facebook o il tweet del politico potrebbe essere visibile solo da chi "segue" tale soggetto, ma non anche "ri-condiviso", "*ri-twittato*" o portato all'attenzione di altri soggetti in altro modo. Sembrerebbe essere questa una misura meno impattante sulla libertà di espressione politica e meglio bilanciata con il diritto dei consociati ad una corretta informazione piuttosto che bloccarne totalmente la comunicazione tramite le pagine e gli account di partito. Da una parte il politico potrebbe comunque fare propaganda, contestualmente sgravando gli organi pubblici competenti dal gravoso onere di far rispettare un divieto (silenzio elettorale) di difficile applicazione, dall'altro il messaggio politico non potrebbe andare oltre la platea di soggetti che volontariamente hanno deciso di "seguire" (e quindi di riceverne la relativa comunicazione) un certo esponente politico. In quest'ultimo caso, senza ricorrere a divieti, si eviterebbe comunque che un messaggio politico commercializzato possa influenzare soggetti al di fuori della propria cerchia di sostenitori.

Stesso dicasi per la *par condicio*. Piuttosto che imporre una rigorosa quanto difficile parità di tempi[70] nelle presenze di partiti e/o movimenti politici sui *social network* potrebbe avere più senso limitare temporaneamente la portata diffusiva dei messaggi di propaganda politica al solo pubblico che scientemente sceglie di seguire quel dato

[67] M. Monti, *Le Internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia,* cit., 831: «In relazione alle campagne elettorali, sarebbe invece necessario imporre – soprattutto ai social, ma non solo – i principi alla base del silenzio elettorale, la *par condicio* etc. Anche in questo campo le soluzioni proposte – per esempio la deindicizzazione temporanea per Google o il blocco momentaneo dei profili partitici per Facebook in tema di silenzio elettorale – potrebbero garantire il rispetto delle regole della democrazia italiana relative al discorso pubblico senza eccessivi sforzi da parte delle *Internet platforms*».

[68] Sulle caratteristiche della comunicazione su Internet si vedano: M. Betzu, *Regolare Internet. La libertà di informazione e di comunicazione nell'era digitale*, Torino, 2012; S. Rodotà, *Tecnopolitica: la democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Bari-Roma, 2004.

[69] La disciplina attualmente vigente della comunicazione politica nei "periodi ordinari" è contenuta in R. Borrello-A. Frosini, *op. cit.*

[70] Cfr. O. Grandinetti, *La* par condicio *al tempo dei social,* cit., 100 ss.

orientamento.
Non si dimentichi poi che, spesso, i media tradizionali finiscono per essere un'ulteriore cassa di risonanza dei post su Internet dei politici. Motivo per cui, imporre alle piattaforme di ridurre la diffusività di tali post per un determinato periodo di tempo non impedirebbe comunque al politico di raggiungere, tramite i media tradizionali, fette di elettorato tendenzialmente estranee alla propria area di influenza. Come già osservato, in questo caso, i media tradizionali e quelli digitali sono complementari e non concorrenti[71].
Altre soluzioni sono state proposte dagli stessi dipendenti di Facebook[72]: regole più chiare per le pubblicità politiche e l'imposizione degli stessi standard tra pubblicità politiche e commerciali o, al limite, un trattamento grafico più netto per le pubblicità politiche; limitare le capacità di *targeting* e *micro-targeting* per le pubblicità politiche; tetto alle spese dei singoli politici per le sponsorizzazioni.

6. Osservazioni conclusive e limitazione della sponsorizzazione politica quale libertà d'iniziativa economica

Conclusivamente resta da chiedersi se la comunicazione politica tramite i *social network* e il diffondersi di quello che è stato definito "messaggio politico commercializzato" possano avere impatti dirompenti sulle attuali democrazie e ordinamenti giuridici.
L'interrogativo può essere incarnato dalle già viste opposte posizioni di Facebook e Twitter. Sebbene le due piattaforme possano avere anche ulteriori motivi, soprattutto commerciali, a sostegno delle loro posizioni, idealmente si può dire che mentre per Facebook non è necessario alcun accorgimento o limitazione alla libertà di espressione politica, per Twitter invece ciò è necessario e opportuno anche a tutela di un dibattito pubblico corretto e non influenzato.
Non è in questa sede possibile valutare il grado di influenza delle sponsorizzazioni politiche sull'elettorato né verificare se siano capaci di manipolarne e carpirne il consenso. Si può però, da un punto di vista giuridico, inserire la sponsorizzazione dei contenuti politici all'interno di un'attività d'impresa *ex* art. 41 Cost. piuttosto che nell'esercizio della libertà di espressione *ex* art. 21 Cost.[73] e, conseguentemente, valutare la posizione di Twitter come più cauta e che meglio bilancia gli interessi e i diritti in gioco: da un lato la libertà di espressione e di iniziativa economica (sponsorizzazione

[71] G. Ziccardi, *Tecnologie per il potere*, cit., spec. 28 e 52.

[72] Openpolis, *La propaganda social e la difficile definizione di politica*, 11 novembre 2019.

[73] Sul rapporto tra gli artt. 21 e 41 della Costituzione si veda la sentenza della C. Cost., sent.17 ottobre 1985, n. 231 che afferma come la pubblicità commerciale non rientri tra le ipotesi di manifestazione del pensiero protette dall'art. 21 Cost. ma è una componente dell'attività di impresa di cui all'art. 41 e, in quanto tale assoggettabile alle limitazioni previste dai relativi commi secondo e terzo. Dello stesso tenore anche C. Cost., sent. 68/1965 che ha statuito come la libertà di espressione *ex* art. 21, Cost. comprenda esclusivamente le forme di comunicazione riconducibili all'ambito dell'informazione, dell'opinione e della cultura, mentre le forme di comunicazione che abbiano una finalità economica, come la pubblicità, sarebbero invece espressione della libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost. Sul punto si veda E. Stradella, *op. cit.*, 2 ss.

del messaggio politico), dall'altro il diritto alla corretta informazione dei consociati. Vietando le sponsorizzazioni politiche, infatti, a fronte della limitazione di una libertà (più imprenditoriale che di espressione) del politico si ottiene la tutela dell'interesse dei consociati a un'informazione non alterata e artificialmente indotta.
Il messaggio politico commercializzato più che l'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero sembrerebbe corrispondere così all'attività imprenditoriale diretta a "vendere" un contenuto (anche falso) al fine di ottenere il profitto consistente in un maggior consenso elettorale. In quest'ottica, tale diritto economico ben può essere limitato per tutelare i diritti dei consociati al pluralismo e a un dibattito politico sano[74].
Inoltre, anche a voler comunque considerare la sponsorizzazione della propaganda online come esercizio del diritto alla manifestazione del pensiero, la limitazione o divieto di contenuti politici sponsorizzati non costituirebbe comunque una lesione della libertà di espressione del politico che rimarrebbe intatta. A essere vietata sarà infatti solo la sponsorizzazione, non l'espressione di quel pensiero tramite i normali post permessi dalle varie piattaforme digitali.
In conclusione, la posizione di Twitter sembrerebbe maggiormente condivisibile rispetto a quella opposta di Facebook. L'introduzione di correttivi e limitazioni alla possibilità di sponsorizzare messaggi politici tutela meglio valori quali il pluralismo interno e il diritto dei cittadini/elettori a ricevere un'informazione il più possibile sana e non condizionata dalla presenza di posizioni dominanti suscettibili di manipolare l'elettorato[75].
Ciò sarà tanto più condivisibile se si pensa a quali sono le mutate esigenze della società in tema di comunicazioni politiche. Infatti, come affermato in apertura, la priorità non è più la tutela del pluralismo esterno e la necessità di garantire l'accesso al mezzo, bensì la tutela del pluralismo interno e la necessità di evitare concentrazioni illecite di potere e la manipolazione dell'elettorato.
In ogni caso, al di fuori di interventi normativi, più o meno efficaci, resta il fatto che il primo strumento di tutela avverso una comunicazione politica scorretta su Internet è la consapevolezza che essa possa avvenire. Prima della norma servirà quindi educazione e istruzione al corretto uso degli strumenti digitali e dei *social network* al fine di non cadere nelle insidie che tali nuovi strumenti possono celare.
Bisognerà dunque accettare l'idea che i *social network* e gli svariati servizi su Internet siano diventati, oggi, quello che per la Corte suprema americana erano la televisione e

[74] Sul punto si rileva come per il Tar Lazio - Roma, sez. III, 22 giugno 2006, n. 5038, se l'art. 21 Cost., nel riconoscere e garantire a tutti la libertà di manifestazione del proprio pensiero, con qualsiasi mezzo di diffusione, ricomprendendo in tale libertà anche il diritto di informare e di essere informati, limitazioni all'art. 41 Cost. possono ritenersi giustificate dall'esigenza di prevenire il pericolo che l'esercizio della libertà di scelta dell'impresa possa arrecare pregiudizio al pluralismo ed all'imparzialità dell'informazione televisiva ed in genere ai valori protetti dall'art. 21 Cost.

[75] Tra gli altri diritti dei consociati che aiuterebbero a far inclinare la bilancia a sfavore della libertà economica di sponsorizzare contenuti politici vi sono la garanzia della libertà del voto (art. 48 Cost.), il concorso dei cittadini alla determinazione, attraverso i partiti, della politica nazionale con metodo democratico (art. 49 Cost.), o la parità di chance nell'accesso alle cariche elettive (art. 51 Cost.). Su tali temi si rinvia ai lavori di F. Lanchester, *ex multis*: *La rappresentanza politica e le sue trasformazioni*, Milano, 2006.

la radio: degli "*intruder*"[76], gli intrusi nella vita quotidiana delle persone[77] nella misura in cui – con riferimento alla diffusione di trasmissioni oscene o indecenti – finivano per essere un: «silenzioso portatore di contenuti subiti con una soglia di attenzione molto bassa dal telespettatore»[78].

[76] Nel caso *FCC v. Pacifica Foundation*, 438 U.S. 726 (1978) la Corte suprema americana si occupò della liceità di un richiamo che la *Federal Communication Commission* inoltrò a una stazione radio di proprietà della *Pacifica Fondation*. Tale stazione aveva infatti trasmesso, in un'ora della giornata in cui la radio era ascoltata anche da soggetti minori, una trasmissione intitolata "*Filthy Words*" che elencava e ripeteva una varietà di usi colloquiali e di "parole che non si potevano dire pubblicamente". Nel confermare il provvedimento della FCC la Corte ritenne prioritario l'interesse a che discorsi indesiderati non si intromettano nella *privacy* della propria casa. Affermò quindi: «*The reasons for these distinctions are complex, but two have relevance to the present case. First, the broadcast media have established a uniquely pervasive presence in the lives of all Americans. Patently offensive, indecent material presented over the airwaves confronts the citizen not only in public, but also in the privacy of the home, where the individual's right to be left alone plainly outweighs the First Amendment rights of an intruder. Because the broadcast audience is constantly tuning in and out, prior warnings cannot completely protect the listener or viewer from unexpected program content. To say that one may avoid further offense by turning off the radio when he hears indecent language is like saying that the remedy for an assault is to run away after the first blow. One may hang up on an indecent phone call, but that option does not give the caller a constitutional immunity or avoid a harm that has already taken place*».

[77] Parole simili ha usato anche la Corte costituzionale italiana (sent. 148/1981), per la quale: «[I] dati caratteristici del mezzo di diffusione del pensiero in esame che, per la sua notoria capacità di immediata e capillare penetrazione nell'ambito sociale attraverso la diffusione nell'interno delle abitazioni e per la forza suggestiva della immagine unita alla parola, dispiega una peculiare capacità di persuasione e di incidenza sulla formazione dell'opinione pubblica nonché sugli indirizzi socio-culturali, di natura ben diversa da quella attribuibile alla stampa».

[78] R. Borrello-A. Frosini, *op. cit.*, 22.

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.

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.

Crisi della rappresentanza e nuove tecnologie tra domanda e offerta politiche*

Ilenia Massa Pinto

Sommario

1. Un lato del problema. – 2. L'altro lato del problema. – 3. Nuove tecnologie e sfera pubblica cosmopolita?

1. Un lato del problema

È diventato ormai un luogo comune associare l'evocazione della crisi della rappresentanza al ricorso a nuove tecnologie come strumenti per far fronte a tale crisi. In questo intervento vorrei porre in discussione la relazione stessa tra questi due poli: l'osservazione di un fenomeno – la crisi della rappresentanza – e la proposta di strumenti per farvi fronte – le nuove tecnologie. Non è qui in discussione la bontà del ricorso in generale a questi strumenti: la tecnica, in quanto tale, non è mai né buona né cattiva; sono gli usi che se ne fanno che devono semmai essere valutati. È invece in discussione l'indicazione stessa delle nuove tecnologie quale risposta alla crisi della rappresentanza.

Tutta la letteratura che si occupa di questo binomio in realtà prende in considerazione solo un lato del problema, poiché riduce il concetto di rappresentanza al suo solo lato ascendente, e, dunque, con un'operazione semplificante e spesso mistificante, limita il concetto di rappresentanza a quello di domanda e di controllo *dal basso*, da cui deriva l'auspicio per quella vicinanza tra rappresentati e rappresentanti che oggi le nuove tecnologie renderebbero possibile. E infatti questi temi sono spesso affrontati sotto etichette quali sussidiarietà orizzontale, democrazia partecipativa, *e-democracy*, democrazia digitale, cittadinanza attiva, partecipazione in rete, partecipazione online/partecipazione offline, *open government*…: tutte espressioni evocative di modelli alternativi alla rappresentanza politica tradizionale (in crisi) che presuppongono quel movimento dal basso verso l'alto di cui si è detto.

La *technopolis* è in fondo un luogo nel quale la distanza tra rappresentati e rappresentanti è ridotta al minimo: o comunque è un luogo in cui questa riduzione al minimo è

* Il testo riprende l'intervento svolto durante il *Panel* "I *social network* fra comunicazione e partecipazione politica", presentato alla Seconda Conferenza di ICON-S Italia, "Le nuove tecnologie e il futuro del diritto pubblico", Firenze, 22-23 novembre 2019, e conserva il tono tipico delle comunicazioni orali, con la sola aggiunta delle note a piè di pagina e dei riferimenti bibliografici essenziali.

un obiettivo buono da perseguire, e spesso da perseguire a ogni costo.
La lettura del romanzo di Dave Eggers, *Il cerchio*, è a tal fine molto suggestiva: consente di vedere come le nuove tecnologie permettano oggi di realizzare l'obiettivo della concezione giacobina della democrazia (termine in quell'orizzonte culturale impiegato proprio in contrapposizione a quello di governo rappresentativo). Il discorso di Robespierre del 1793 di fronte alla Convenzione che si apprestava a votare il progetto di costituzione montagnarda è del tutto sovrapponibile al discorso di una deputata del Congresso americano che nel romanzo citato sceglie, per fare un importante annuncio, la sede del Cerchio, una *big company* nel campo dei *social media* e della gestione dell'informazione via *web*:

> «"I cittadini devono sapere che cosa stanno facendo i loro rappresentanti… Voglio dire: è un vostro diritto, o no? (…) Tutti noi volevamo e ci aspettavamo trasparenza da parte dei nostri rappresentanti politici, ma ancora non esisteva la tecnologia che lo rendesse pienamente possibile. Oggi, però, essa esiste. (…) è facilissimo dare al mondo pieno accesso alla tua vita, vedere quello che tu vedi, sentire quello che senti e quello che dici… Io intendo (…) dimostrare come la democrazia può essere e dovrebbe essere del tutto aperta, del tutto trasparente. A partire da oggi (…) ogni mio incontro, movimento, ogni mia parola, sarà a disposizione di tutti i miei elettori e del mondo intero…". "Dunque, lei sta dicendo che ogni conversazione, ogni incontro, ogni momento della sua giornata sarà teletrasmesso?" "Sì. Sarà tutto disponibile sulla mia pagina del Cerchio". Il pubblico tornò ad applaudire… "E se quelli che desiderano incontrarsi con lei non volessero che un certo incontro venisse teletrasmesso?" "Be', allora non s'incontreranno con me" disse lei. "O sei trasparente o non lo sei. O sei affidabile o non lo sei. Cos'avrebbe da dirmi qualcuno che non si potesse dire in pubblico? Come rappresentante del popolo, quale parte della mia attività non dovrebbe essere conosciuta proprio dal popolo che rappresento?" (…). "Quando avrà inizio questo nuovo programma?" "Questo è il momento giusto" disse lei. Premette un pulsante sul dispositivo che aveva al collo ed eccola là, l'inquadratura della videocamera, proiettata sul gigantesco schermo alle sue spalle. Il pubblico si vide in quell'immagine, ripresa con grande chiarezza, ed espresse la propria approvazione con un boato. "Per me comincia adesso (…)" disse lei. "E spero che presto cominci per gli altri leader eletti in questo paese… e per quelli di tutte le democrazie della Terra"»[1].

Non sono forse, queste, le parole con le quali Robespierre nel 1793 affermava che

> «L'intera nazione ha il diritto di conoscere la condotta dei suoi mandatari. E occorrerebbe, se fosse possibile, che l'assemblea dei delegati del popolo deliberasse in presenza dell'intero popolo. Il luogo delle sedute del corpo legislativo dovrebbe essere un edificio vasto e maestoso, aperto a dodicimila

[1] D. Eggers, *Il cerchio*, Milano, 2014 (New York, 2013), 168-170.

> spettatori. Così, sotto gli occhi di un così gran numero di testimoni, né la corruzione, né l'intrigo, né la perfidia, oserebbero mostrarsi; e sarebbe consultata la sola volontà generale; sarebbe ascoltata solo la voce della ragione e dell'interesse pubblico. Invece, l'ammissione di poche centinaia di spettatori, incassati in un locale stretto ed incomodo, offre forse una pubblicità proporzionale all'immensità della nazione, soprattutto quando una folla di rappresentanti mercenari atterriscono il corpo legislativo per intercettare o per alterare la verità con resoconti infedeli, che essi diffondono in tutta la Repubblica? (…). La Costituzione (…) deve provvedere (…) a che la legislatura risieda nel seno di una immensa popolazione e deliberi sotto gli occhi della più grande moltitudine di cittadini possibile». E concludeva: «Un popolo, i cui mandatari non sono obbligati a dare a nessuno il rendiconto della loro gestione, non si può dire che abbia una Costituzione; poiché infatti dipenderà soltanto da costoro tradirlo impunemente o lasciarlo tradire dagli altri. E se è questo il senso che si attribuisce al governo rappresentativo, confesso che impiegherò tutti gli anatemi pronunciati contro di esso da Jean-Jacques Rousseau». «Che si deliberi ad alta voce: la pubblicità è il sostegno della virtù, la salvaguardia della verità, il terrore del crimine, il flagello dell'intrigo. Lasciate pure le tenebre e lo scrutinio segreto ai criminali ed agli schiavi: gli uomini liberi vogliono avere il popolo a testimonio dei loro pensieri. Questo è il metodo che forma i cittadini e le virtù repubblicane»[2]?

Davvero impressionante la corrispondenza culturale tra questi due mondi così lontani. Non c'è dubbio: la tecnologia oggi ha messo a disposizione dell'umanità quell'«edificio vasto e maestoso» che Robespierre auspicava per realizzare la piena partecipazione del popolo contro i rappresentanti (incapaci e corrotti).

Non è questa la sede per addentrarsi in raffinate ricostruzioni teoriche, ma è essenziale tenere fermissimo il punto: la teoria della rappresentanza, che sta alla base di tutto l'edificio statale, è una teoria antichissima che ha a che vedere con la legittimazione del potere politico, e non deve essere diluita, confusa, annacquata con i discorsi, pur importantissimi, relativi, in ultima analisi, agli strumenti di partecipazione democratica dal basso e di controllo dei rappresentati sui rappresentanti. Rappresentanza e democrazia sono due concetti diversi, dal momento che la rappresentanza può essere, e a lungo è stata, e in certi ordinamenti lo è ancora, non democratica[3].

Se l'obiettivo da perseguire è far fronte alla crisi della rappresentanza, è quel *corpus* teorico antichissimo da ricondurre al senso profondo della rappresentanza che deve essere recuperato, ma non sono sicura che l'uso delle tecnologie possa servire a questo scopo: ho anzi il sospetto che tale uso vada nella direzione opposta.

---

[2] Il testo originale del discorso di Robespierre del 10 maggio 1793 è in M. Bouloiseau - G. Lefebvre - A. Soboul (a cura di), *Oeuvres de Maximilien Robespierre*, Paris, 1958, vol. IX, 495-508. Una traduzione italiana è in M. Robespierre, *La rivoluzione giacobina*, a cura di Umberto Cerroni, Roma, 1984, 122 ss.

[3] In argomento sia consentito il rinvio a I. Massa Pinto, *Rappresentanza*, in Associazione Italiana dei Costituzionalisti (a cura di), *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale. Sovranità Rappresentanza Territorio*, Atti del XXXI Convegno annuale, Trento, 11-12 novembre 2016, Napoli, 2017, 329 ss. (e già in *Rivista AIC*, 2017, 3), e alla bibliografia ivi citata.

Ho l'impressione che anche i più scettici nei confronti del ricorso alle nuove tecnologie puntino il dito su questioni, certo rilevantissime per il diritto pubblico, ma che si limitano a evidenziarne vizi e virtù, senza affrontare *la* questione, la crisi della rappresentanza, appunto: le lesioni arrecate alla riservatezza delle identità individuali (a beneficio degli ingenti profitti di pochi); l'ineguale accesso alle potenzialità che le tecnologie medesime possono offrire (a beneficio, anche qui, di pochi detentori del potere effettivo); gli effetti distorsivi del consenso che si possono deliberatamente ottenere nelle campagne elettorali che fanno ricorso al *web* come strumento di propaganda; la presenza in rete di posizioni di dominio economico e tecnocratico, sul presupposto che il *web* in realtà non ha eliminato le intermediazioni, ma le ha solo sostituite con altre di tipo diverso…Tutte, queste ed altre, questioni rilevantissime per il diritto costituzionale, ma che si collocano solo su un lato del problema.

2. L'altro lato del problema

Poi c'è l'altro lato, quello della rappresentanza *dall'alto*. Rappresentare politicamente una società non vuol dire rispecchiare quella società come un qualcosa che c'è già (e tantomeno vuol dire essere "portavoce", "raccoglitore delle richieste" di una massa di isolati: a ciò bene si confanno gli strumenti tecnologici, pur con tutte le criticità a cui si è accennato). Vuol dire, invece, fare esistere una società che non c'è ancora. Ma che in questo suo farsi, rivolto a un futuro indicato dal rappresentante stesso, diventa una realtà dinamica e attuale: che c'è. Solo in questo senso si può dire che c'è un popolo. Del resto, cosa significa "democrazia senza popolo"? Significa che lo scheletro degli organi del governo democratico, che le nuove tecnologie promettono di rendere sempre più efficaci ed efficienti, è impiantato però non sopra un popolo organizzato (il *politeuma* aristotelico; oggi diremmo: un corpo politico composto di parti capaci di azione collettiva), ma su una folla (per lo più depressa e impolitica, rinchiusa nei suoi particolarismi e facile preda di illusionisti). Siamo esattamente nella situazione che gli antichi definivano "demagogia" o "oclocrazia" (governo della piazza, oggi mediatica, proprio grazie o a causa delle nuove tecnologie).

Questa dimensione discendente della rappresentanza ci dice che se non c'è rappresentanza dall'alto non c'è nemmeno quella dal basso. Gli individui "sovrani di se stessi", autoconvocati, non controllati da nessuno (come vorrebbe una retorica oggi in auge), le formazioni sociali e i corpi intermedi, di per sé, non generano, da soli, alcuna rappresentanza. Ed è per questo che la crisi della rappresentanza non è mai crisi del rappresentato, ma è sempre crisi del rappresentante. Il rappresentato (il popolo, la classe, la nazione…) può certo sfarinarsi, liquefarsi, frammentarsi, sciogliersi in un «volgo disperso che nome non ha». Ma questo significa solo che non c'è un rappresentante che lo renda "uno", che riesca a farlo essere "uno" (certo nel pluralismo, come oggi pretendiamo).

Quest'idea è magnificamente espressa da Rousseau: «[Mosè] ideò ed eseguì la stupefacente impresa di costituire in nazione uno sciame di profughi disgraziati, privi di arte, di armi, di capacità, di virtù, di coraggio; e che, non possedendo un solo pollice

di campo, costituivano un branco straniero su tutta la faccia della terra. Mosè osò fare di questo branco errante e servile un corpo politico, un popolo libero, e, mentre esso errava nei deserti senza neanche avere un sasso su cui posare il capo, gli dava quella istituzione duratura che ha sfidato il tempo, la sorte e i conquistatori, che cinquemila anni non sono riusciti a distruggere né ad alterare, e che si conserva in tutta la sua forza ancor oggi che il corpo della nazione non esiste più»[4].

É il rappresentante che trasforma un «branco errante e servile» – o, diremmo oggi, una società smarrita e sofferente – in un «corpo politico». Se c'è un «branco errante e servile» vuol dire che non c'è un rappresentante capace.

Quest'azione rappresentativa – che rende possibile, con la politica, una società che non c'è ancora – può essere intesa in due significati, che si riferiscono a due diverse condizioni in cui può trovarsi la società stessa. Può significare fare una società che non c'è perché c'è solo il caos, l'anarchia, la lotta di tutti contro tutti. In questo senso, la prestazione della politica rappresentativa consiste nel rendere la società non autodistruttiva, superando le relazioni anarchiche e violente tra i singoli e tra le fazioni. Oppure può significare fare una società che non c'è perché quella che c'è non riesce a reggersi, non ha futuro, è disorientata e depressa, ha perso il senso degli interessi collettivi e conflittuali: è una sorta di mucillagine che va trasformata in una società dinamica (e dunque, inevitabilmente conflittuale: ma, anche qui, non autodistruttiva; e comunque non autodistruttiva nell'inedia).

Ma come può la politica rappresentativa offrire legame sociale? Come può costituirlo (anziché assumerlo come un dato da rappresentare?) Come può "fare società", cioè realizzare una *societas civilis sive politica*, senza che siano già dati i legami sociali parziali che possano essere presupposti?

La risposta non può essere, o non può essere solo, quella della c.d. politica dei diritti, secondo la quale a una società anomica e politicamente rattrappita si offre l'orizzonte della rivendicazione dei diritti individuali. Una via totalmente impolitica; una società come mera somma di monadi tutelate. In questo quadro le nuove tecnologie hanno sicuramente una grande utilità, sono direttamente funzionali a un'idea di rappresentanza come movimento solo di presentazione ascendente di bisogni (nella migliore delle ipotesi, perché nella peggiore sono senz'altro strumenti di creazione o quanto meno di indirizzo di tali bisogni). Di certo il *web* potenzia gli effetti dell'attività individuale e favorisce processi spontanei di autorganizzazione. Ma rimuove il problema dell'*assenza* (di un'identità collettiva), e, dunque, non si preoccupa di superarlo: non è questo il suo obiettivo, anzi opera nel senso di renderlo ancora più drammatico, lo amplifica, lo perpetua, lo mostra in tutta la sua evidenza. Internet risponde a un elettorato sempre meno impegnato nella tradizionale forma partitica e che preferisce intraprendere un'azione "politica" in forma per lo più individuale od organizzata in movimenti *single-issue*. È infatti funzionale all'espressione di un "voto di opinione" in un contesto nel quale prevale una politica cognitiva o dell'informazione (presunta neutrale o scientifica o oggettiva) contro quella ideologica ovvero partitica. Il cittadino digitale s'informa e vota in base alle posizioni maturate su ciascun singolo tema. Partendo da un atteggiamento generale di sfiducia, la sua richiesta di essere informato è funzionale

[4] J.J. Rousseau, *Considerazioni sul governo di Polonia*, in *Scritti politici*, Torino, 1970, 1129.

a sottoporre a costante controllo i detentori del potere decisionale.

3. Nuove tecnologie e sfera pubblica cosmopolita?

Se si abbandona la concezione semplicistica della rappresentanza come movimento solo di presentazione ascendente di bisogni, "rappresentare" allora assume il significato di "rendere presente", visibile, concretamente tangibile, credibile (come un attore rappresenta in carne e ossa un personaggio sul palcoscenico), a colui che si vuole rappresentare, una proposta sul senso della sua vita e sulla via per risolvere i suoi problemi. L'oggetto della rappresentanza – ciò che viene reso presente e tangibile – non è un'azione organizzativa: è una proposta politica. Rappresentare non vuol dire affatto farsi carico di bisogni dispersi, in quanto tali. Questo è clientelismo. La rappresentanza va dall'alto verso il basso e – se è buona – qui si radica. In questo senso la crisi della rappresentanza è sempre crisi del rappresentante: è l'afasia del rappresentante. Non ci sono scorciatoie. Rappresentare vuol dire proporre. Vuol dire parlare, mostrare; vuol dire additare, far vedere una via, un orizzonte di senso.
In altre parole: è l'offerta politica che dà forma alla domanda politica. Senza un'offerta politica adeguata il popolo si riduce a massa indifferenziata, disorganizzata, disorientata e dispersa tra le infinite maglie di una rete che dissimula una partecipazione politica fasulla. Se l'offerta politica è assente, se il rappresentante è in crisi, l'appello diretto al popolo – in tutte le sue forme possibili – non può che rivelarsi, infine, mistificante.
Ma nella teoria della rappresentanza politica, quale ruolo può essere immaginato per le nuove tecnologie?
Forse, per una eterogenesi dei fini, un effetto positivo si può intravvedere nel lungo periodo: il *web* amplifica su scala sovranazionale i conflitti che generano la democrazia e che non possono fare a meno di identità collettive. È indubbio che Internet presenti potenzialità inedite di informazione e di aggregazione (con tutti i problemi a cui sopra si è accennato). Ed è altrettanto indubbio che sono le tragedie a livello planetario (povertà, guerre di aggressione, terrorismo, devastazioni ambientali…) che possono mettere in moto un possibile circolo virtuoso che promuova quel conflitto che impone di essere concluso con un accordo intorno a principi fondamentali, accordo che richiede soggetti collettivi. Solo se si riuscirà a innescare tale circolo virtuoso si potrà affermare che il *web* può servire l'obiettivo di costituire una sfera pubblica cosmopolita.

Social media and politics: the legal value of a tweet

Edoardo Celeste

Summary

1. Introduction. – 2. Italian case-law: The *Bray* case. – 3. Comparative perspectives: The *Trump* cases. – 4. Digital exclusion and fundamental rights. – 5. Conclusion

1. Introduction

In the hot summer of 2018, in the midst of the migrant crisis, a series of tweets from Italian government officials announced the closure of national ports to refugee rescue ships. This digital statement was repeated as a mantra in television news, on the radio, and in newspapers. Italian people had the impression that the executive had ordered the closure of Italian ports. Port authorities and the coast guard, despite frictions and mutual misunderstandings, seemed to eventually follow this orientation conveyed through a series of tweets. Short sequences of words interspersed with some hashtags and published on a private platform from the personal accounts of various government officials de facto acquired a legal value equal, if not greater, to that of any ministerial decree.

This paper does not intend to discuss the merits of the complex issue of managing migrants in Europe. Instead, it aims to analyse from a legal point of view the relationship between social media and politics, specifically illustrating how the use of social media as a communication tool by politicians can have a profound impact on the exercise of our fundamental rights. In particular, the central question on which I would like to focus in this brief paper is: what is the legal value of a message, for example a tweet, published on social media by a person holding a political-institutional role?

2. Italian case-law: The *Bray* case

Italian case-law has rarely analysed issues related to social media, but there is one precedent specifically dealing with the question presented above. In 2015, the fourth chamber of the Council of State held that a minister's tweet cannot be considered an administrative act and that, therefore, cannot be a source of abuse of power.[1] A Ligurian municipality had approved an intervention to redevelop a part of the historic centre that was protected as a cultural asset. It requested and was granted authorization to start the works from the local cultural heritage office. However, some environmental

[1] Council of State, VI division, 12 February 2015, no. 769.

and citizens' associations began a protest as the redevelopments would have involved the demolition of some characteristic trees.

The media hype raised by the dispute came to the attention of national news to the point of arousing the personal interest of the then Minister for Cultural Heritage, Massimo Bray. The minister, tweeting from his personal Twitter account, asked the municipality to suspend the works. The local cultural heritage office decided to follow the advice expressed through the minister's tweet, and invited the municipality to suspend the part of the redevelopment works which was subject to contestation. The municipality then decided to appeal the suspension order before the regional administrative court. One of the points of the appeal concerned precisely the tweet in question: according to the applicant, the Minister would have intervened in a matter removed from his competence, giving rise to a situation of abuse of power.

The regional administrative court held that, although the Minister's tweets cannot be regarded as an administrative act that can be invalidated due to incompetence, they nevertheless constitute an evidence of abuse of power.[2] At the appeal stage, the Council of State reaffirmed that administrative acts must satisfy specific formal criteria, especially in an era characterised by new technologies and methods to communicate.[3] Therefore, according to Italian administrative judges, communication through social media by representatives of public institutions, especially if it is carried out via their personal profile or account, does not constitute an administrative act and, therefore, it cannot legally affect citizens' legal status.

3. Comparative perspectives: The *Trump* cases

Very similar conclusions, although starting from diametrically opposite assumptions, seem to have been reached also overseas, in the context of a dispute arisen from three tweets posted by US President Donald Trump in 2017. As known, the current president of the United States of America is a prolific Twitter user. His predecessor Barack Obama was considered the first "social media president", having tweeted for the first time in 2007 and having established the official account of the president of the United States @POTUS in 2015.[4] Trump, however, despite having inherited the presidential account login credentials from Obama, has always continued to use his personal Twitter ID @RealDonaldTrump.

On 26th July 2017, President Trump tweeted: «After Consultation with My Generals and Military Experts, Please Be Advised That the United States Government Will Not Accept or Allow.....» «....Transgender Individuals to Serve in Any Capacity in the U.S. Military. Our Military Must Be Focused on Decisive and Overwhelming.....» «....Victory and Cannot Be Burdened with the Tremendous Medical Costs and Disruption That

[2] Regional Administrative Tribunal of Liguria, I division, 19 May 2014, no. 787.

[3] Council of State, decision no. 769/2015, cit.

[4] See A. Acker – A. Kriesberg, *Tweets May Be Archived: Civic Engagement, Digital Preservation and Obama White House Social Media Data*, in Proceedings of the Association for Information Science and Technology, 54(1), 2017, 1 ss.

Transgender in the Military Would Entail. Thank You».[5]

In 2015, the Obama administration had started a process of gradual revision of policies relating to the admission and service of transgender military personnel.[6] In 2016, then US defence secretary Ash Carter allowed transgender soldiers to serve in the army in an "open" way.[7] In June 2017, the recruitment procedures for transgender individuals in the army were to officially begin, an operation however first postponed, and then definitively suspended due to direct intervention by President Trump.

Following the publication of the three tweets quoted above, several transgender soldiers sued the President for violating the principle of non-discrimination enshrined in the Fifth Amendment to the American Constitution.[8] These tweets, therefore, although published by Trump from his personal account @RealDonaldTrump, were perceived as an official order of the President, having a legally binding value in particular vis-à-vis military hierarchies, subject in the US legal system to the direct guidance of the President, in his capacity of commander in chief of the armed forces.[9]

The first comments on the legal nature of the President's tweets that appeared in American newspapers underlined the differences between a formal order of the head of state and his externalisation on social media, concluding that the latter could not claim to assume any legally binding value.[10] An analysis subsequently published in the Harvard Law Review took a more nuanced approach.[11] In contrast to the Italian Council of State, assuming that the orders of the president of the United States are legally binding whatever form they take, the article explained how Trump's tweets satisfy both the publicity and competence requirements, which are the only criteria necessary to evaluate the validity of a presidential order. Little, if anything, would then be the difference between a tweet and a presidential memorandum at the content level, both being purely political communication tools. The article therefore concluded that the legal value of a tweet depends on the intrinsically dynamic "legal culture" of the executive in power. Secretary Mattis' decision not to immediately follow Trump's tweets shows that the informality of the current President is not yet recognized and fully subscribed to at the executive level, but that perhaps - the article does not seem to exclude it - it will be in future.

On the one hand, decreeing via Twitter allows the president to circumvent the minimal guarantees required in terms of preliminary consultation about the decision and does not offer the possibility of fully developing any motivations or of accompanying

---

[5] D.J Trump (@realDonaldTrump) tweets posted on 26 July 2017, available here, here and here.

[6] See US Secretary of Defense, *Memorandum for Secretaries of the Military Departments - Subject: Transgender Service Members* (28 July 2015), accessed 28 May 2019.

[7] US Secretary of Defense, *Directive-Type Memorandum (DTM) 16-005, "Military Service of Transgender Service Members* (30 June 2016), accessed 28 May 2019.

[8] *Doe v Trump, Civil Action No 2017-1597 (DDC 2018).*

[9] See D. Luban, *On the Commander-In-Chief Power*, in *Southern California Law Review,* 81, 2008, 477 ss.

[10] See J.S. Gersen, *Trump's Tweeted Transgender Ban Is Not a Law,* in *New Yorker,* 27 July 2017, accessed 28 May 2019.

[11] Recent Social Media Posts. Executive Power - Presidential Directives - In Tweets, President Purports to Ban Transgender Servicemembers. - Donald J. Trump (@realDonaldTrump), Twitter (July 26, 2017, 5:55–6:08 AM), in *Harvard Law Review*, 131, 2018, 934 ss.

the decision with further guidelines. However, on the other hand, this form of digital ordering eases the formalities linked to the publication of the decision and shortens the distance with the citizen by ultimately increasing the level of transparency of the executive. From a pragmatic point of view, therefore, especially when transparency and contact with the electorate are core objectives for the government, decreeing via Twitter would not be a solution to be discarded, provided that the executive in power is sufficiently open to recognise its political and legal value.

While not excluding this last option, the aforementioned article published in the Harvard Law Review refers in the conclusion to two fundamental problems that would emerge if the legal binding nature of the presidential tweets were recognized. Firstly, Twitter, unlike official publication channels, would allow the president to eliminate, at his discretion, the tweet-decree: hence the problem of order stability. Secondly, Twitter would allow the president to limit access to his tweets, by 'blocking' unwelcomed users: hence the question of publicity of decisions. These aspects are linked to the peculiar architecture of Twitter as a medium chosen to transmit the orders of the President and it is interesting to note that both profiles have been the subject of recent legislative and judicial initiatives concerning the use of Twitter by President Trump.

In 2017, Democratic Representative Mike Quigley introduced a bill to Congress to amend the Presidential Records Act 1978, the legislation regulating the archiving of documents relating to the activity of the President of the United States.[12] The proposal aimed to impose an obligation to archive all the tweets of the President, without excluding those published through his personal account, as dictated by the legislation in force. The bill was mockingly titled COVFEFE Act, a name that intentionally evokes one of the most famous typos tweeted by Trump, but that would actually be the acronym for Communications Over Various Feeds Electronically for Engagement Act. The amendment promoted by Quigley could pose remedy to two related problems. Firstly, it would ensure the stability of presidential tweets, which, once published, even if subsequently deleted by the president, would in any case be available in the state archives. Secondly, it would recognise the value of the tweets issued by the president through his personal account, abandoning a formalist approach and evaluating with pragmatism the actual use by the president of his social media channels. It should in fact be remembered that, in the specific case of President Trump, the official Twitter account @POTUS plays a secondary role. Through the @RealDonaldTrump profile, the President himself announces official news, including relevant government directives, often - as we have just seen - before the White House press office.

4. Digital exclusion and fundamental rights

In light of this observation, one can guess the basic question that gave rise to another court case involving President Trump.[13] The President has elevated a personal

[12] M. Quigley, *H.R.2884 - 115th Congress (2017-2018): COVFEFE Act of 2017*, 12 June 2017, accessed 8 April 2019.

[13] *Knight First Amendment Institute at Columbia University et al v Donald J Trump et al* [2018] US District

communication tool, managed by a private company, to the rank of official contact point with citizens. Trump, by preferring Twitter as a means of transmitting his official messages, effectively neutralizes a series of guarantees that instead characterize traditional political communication procedures. First of all, that of publicity. The privatization of political communication entails new rules of the game: for example, on Twitter, President Trump may, at his convenience, "block" unwanted followers, what elsewhere I have called 'digital exclusion', and which may even take on the character of an afflictive 'digital punishment'.

In 2017, seven individuals blocked by the President from his personal profile, along with Columbia University's Knight First Amendment Institute, sued Trump, his social media manager and the White House press office manager. The first seven applicants complained that, having been blocked, they had not had the opportunity to read and, above all, to interact - commenting, retweeting, linking - with the tweets published by Trump. The Knight Institute, instead, claimed to have been deprived of the potential comments that the seven co-applicants could have published had they not been blocked.

District judge Naomi Reice Buchwald, in her ruling of 23rd May 2018, confirmed on appeal on 9th July 2019, ordered the President to "unblock" the seven individuals. Citing the *Packingham* case,[14] the federal judge recalled how social networks today represent one of the most important spaces for the exchange of opinions. Although Twitter is a private platform, President Trump would have de facto designated it as a "public forum" to interact with the other citizens. By blocking a number of users based on their political orientation, President Trump violated the First Amendment to the American Constitution, which protects freedom of speech. Blocked users, in fact, even if they could continue to have access to Trump's tweets through some tricks, would not have in any way the possibility to interact directly with the presidential tweets, for example by commenting on them.

5. Conclusion

To conclude, one can observe that the progressive shift of the centre of gravity of political communication from traditional means to social media is accompanied by an ever-increasing level of interactivity. At the time of Twitter, even the ordinary citizen can directly comment on a message from the President of the United States. One-way communication channels are thus gradually replaced by a complex space of interaction involving a plurality of social actors: a public forum – as it would be said in the United States. Replying to a tweet written by the President of the United States does not only mean engaging in a conversation with a prominent political figure, but also implies taking part in a virtual debate involving a boundless audience of other citi-

Court, Southern District of New York 17 Civ. 5205; *Knight First Amendment Institute at Columbia University v. Trump* [2019] 2d Cir. No. 18-1691.

[14] *Packingham v North Carolina* [2017] US Supreme Court 582 U.S. ___; see E. Celeste, *Packingham v North Carolina: A Constitutional Right to Social Media?*, in *Cork Online Law Review,* 17, 2018, 116 ss.

zens, who can read and, in turn, comment on the tweets. All the more reason why, as Judge Buchwald pointed out, even the President of the United States, even if he uses his own personal Twitter account, cannot block other users. He can ignore them, for example 'muting' them. But if politics chooses to expose itself to the virtual arena, it must do so completely, without evading criticism and by respecting the fundamental rights of others.

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 rilevanti[1].
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 pervasivisità 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 diversi[3]. 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 istituzioni[4]. 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 sfide 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.).

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 manipolazione[5]. 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 disinformazione[7].

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 sviluppatisi 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 cogenti[8]. 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

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'Autorità[9].

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 elettorale[10]. 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, attribuiscano a questi false affermazioni o posizioni non rispondenti al vero[12]. 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 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 russa[13]).
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 legislativo[14]. 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. Vigevani, *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 anarchia*, 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*.

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 acclarate *fake news* si impongano, 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*".

L'impiego dei *social network* nella pubblica amministrazione: *quid iuris?*[*]

Stefano Rossa

Sommario

1. Considerazioni introduttive. – 2. Inquadramento storico e "ragion pratica". – 3. Il contesto normativo. – 3.1. La legge n. 150/2000. – 3.2. Il d.lgs. 82/2005. – 4. Riflessioni conclusive.

1. Considerazioni introduzione

È noto che, specialmente negli ultimi anni, i *social network*[1] si siano dimostrati in grado di incidere profondamente sulla relazione fra i partiti politici e il corpo elettorale[2], producendo sia aspetti positivi (si pensi all'avvicinamento dell'esponente politico al singolo elettore) sia aspetti negativi (il caso Cambridge Analytica[3] è emblematico, così come

[*] Il presente scritto, frutto dell'intervento indicato nella nota di apertura, costituisce a sua volta la rielaborazione di alcune parti dell'articolo *A colpi di tweet: Social network, pubblica amministrazione e politica*, in corso di pubblicazione su *Istituzioni del Federalismo*, 1, 2020, scritto dall'Autore a quattro mani con Edoardo Celeste.

[1] Per ragioni di chiarezza è necessario sottolineare come, nel presente elaborato, con il termine *social network* si ricomprende anche il concetto di *social media*, sebbene non vi sia completa identità fra i due. Infatti, i *social media* sono le applicazioni informatiche che consentono agli utenti di creare contenuti e di scambiarli con altri utenti (ad esempio, Facebook, Twitter, ecc.), mentre i *social network* sono il risultato delle strutture di interazione che gli utenti creano attraverso l'uso dei *social media* (es. la rete di contatti). In tal modo, da un lato A. M. Kaplan - M. Haenlein, *Users of the world, unite! The challenges and opportunities of Social Media*, in *Business Horizons*, 53, 2010, 59 ss., spec. 61 e, dall'altro, M. Alovisio - C. Borciu, *I social media e le nuove opportunità per una pubblica amministrazione al servizio del cittadino: lo strumento delle* social media policy, in *Informatica e diritto*, 1-2, 2017, 293 ss.: per una definizione di *social network* (*sites*) che racchiude anche quella di *social media* invece D. M. Boyd - N.B. Ellison, *Social Network Sites: Definition, History, and Scholarship*, in *Journal of Computer-Mediated Communications*, 13(1), 2008, 211.

[2] In argomento la dottrina è molto ampia ma, *ex multis*, è possibile richiamare G. Grasso, *Social network, partiti politici e lotta per il potere*, in questo stesso fascicolo della *Rivista*; F. Marcelli - P. Marsocci - M. Pietrangelo (a cura di), *La rete internet come spazio di partecipazione politica. Una prospettiva giuridica*, Napoli, 2015; M. Cuniberti, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 2/2015, 275 ss.

[3] A titolo esemplificativo si vedano a riguardo K.M. Manheim - L. Kaplan, *Artificial Intelligence: Risks to Privacy and Democracy*, in *Yale Journal of Law & Technology*, 2019, 106 ss. e P.P. Polański, *Some thoughts on data portability in the aftermath of the Cambridge Analytica scandal*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 4, 2018, 141 ss.

le ipotesi di *fake news* di rilievo politico-istituzionale[4]). Sebbene con tempistiche più lente rispetto a quelle legate al contesto politico, la portata innovativa dei *social network* ha altresì riguardato, e sta riguardando, il rapporto fra la pubblica amministrazione e i cittadini. Le varie amministrazioni hanno iniziato a dotarsi e a utilizzare Facebook, Twitter, Telegram, Instagram e le altre piattaforme per interagire con i cittadini, dare loro informazioni assistendoli nel contesto dell'erogazione di servizi, nonché ricevere *feedback* sui servizi resi ed elaborare i dati ottenuti[5]. Gli esempi in proposito non mancano, fra i quali è possibile ricordare l'account Twitter di ATAC (Azienda Tranvie e Autobus del Comune di) Roma[6], divenuto noto al pubblico televisivo non capitolino grazie alla *Social Top 10* del programma televisivo "Propaganda Live". Un caso, tuttavia, di uso dei *social network* divenuto ancor più alla ribalta delle cronache è stato quello della pagina Facebook "INPS per la famiglia"[7]: nel 2018 i quotidiani pubblicarono infatti la notizia delle risposte sarcastiche e poco eleganti del *social media manager* ai commenti di taluni utenti, i quali avevano "approfittato" della presenza della pagina Facebook dell'INPS per porre domande e commenti inopportuni in relazione al reddito di cittadinanza[8]. Inutile dire che questa pagina divenne subito virale e il *social media manager* – vero e proprio "blastatore"[9] – venne innalzato a "eroe" dal popolo del *web*[10]. Al di là di questi pochi esempi, posto che l'uso consapevole dei *social network* nella relazione fra le amministrazioni e cittadini (sia da parte delle pubbliche amministrazioni sia da parte dei cittadini) può rappresentare uno strumento cruciale per aumentare la partecipazione dei cittadini, da un lato, e incrementare il flusso informativo utile per migliorare l'erogazione dei servizi, dall'altro, sorgono tuttavia alcuni interrogativi. Qual è la "ragion pratica" per la quale una pubblica amministrazione dovrebbe usare i *social network*? Qual è il contesto normativo? Vi è una disciplina che regoli tale utilizzo?

2. Inquadramento storico e "ragion pratica"

La socialità è al centro dell'esistenza stessa dell'uomo. Così è stato da sempre, in una dimensione che potremmo definire offline, una dimensione *reale*, e per sempre sarà così, nella dimensione *virtuale* del mondo online. L'idea di poter comunicare a distanza

[4] Senza pretese di esaustività, sul punto E. Lehner, *"Fake news" e democrazia*, in *questa Rivista*, 1, 2019, 93 ss.; F. Pizzetti, *Fake news e allarme sociale: responsabilità, non censura*, ivi, 1, 2017, 48 ss.; G.E. Vigevani - M. Bassini, *Primi appunti su fake news e dintorni*, ivi, 11 ss.

[5] Sul punto M. Falcone, *I social media, data analytics, amministrazioni pubbliche: come le amministrazioni usano i dati provenienti dal social media?*, in *Informatica e diritto*, 1-2, 2017, 357 ss.

[6] AtacRoma (consultato il 21 gennaio 2020).

[7] INPS Per La Famiglia (consultato il 21 gennaio 2020).

[8] Cfr. A. Tripodi, *Reddito di cittadinanza, Inps sommersa dai quesiti su Fb. E il social manager si spazientisce*, in *Il Sole 24 Ore*, 18 aprile 2019 (consultato il 21 gennaio 2020).

[9] Come riporta la voce *Blastare*, in *Dizionario Treccani*, Sez. *Neologismi*, 2018, «[n]el gergo giovanile e nella lingua colloquiale dei frequentatori assidui dei siti di relazione sociale in Rete, distruggere, far saltare in aria; per estensione, attaccare e zittire l'interlocutore dall'alto di una presunta superiorità intellettuale e morale» (consultato il 21 gennaio 2020).

[10] Cfr. *"È un po' un genio, un po' un eroe". Twitter celebra il social media manager dell'Inps*, in *Huffington Post*, 18 aprile 2019 (consultato il 21 gennaio 2020).

e di entrare in collegamento con persone sconosciute lontane migliaia di chilometri sono state alla base della creazione del primissimo *social network*, Six Degrees[11], lanciato nel 1997 (il quale si riferiva esplicitamente alla c.d. "teoria dei sei gradi di separazione"[12]), e hanno rappresentato le fondamenta concettuali dei successivi Facebook, Twitter, LinkedIn, Instagram e TikTok[13]. In questo contesto i *social network* rappresentano lo strumento per trasporre dall'offline all'online la naturale socialità dell'uomo, incidendo al contempo sull'identità sociale e sulla rete sociale dei singoli individui[14].
Grossomodo da Six Degrees ai primi anni Duemila, i *social network* si sono sviluppati in una fase del *web*, che successivamente sarà definita *Web 1.0*, nella quale le dinamiche in rete erano esattamente come le dinamiche *offline*: vi era una netta e chiara separazione fra i soggetti che producevano e diffondevano in rete i contenuti, vale a dire i prestatori di servizi digitali (es. testate giornalistiche, ecc.), e i soggetti che invece recepivano quei contenuti, ovvero gli utenti (es. i lettori delle testate giornalistiche, per rimanere sull'esempio *supra*). In questa fase del *web* soltanto i prestatori potevano produrre e diffondere contenuti, mentre gli utenti potevano limitarsi a recepirli: non era possibile l'inverso[15]. Con l'avanzare della tecnologia informatica le cose cambiarono, trasformando il *Web 1.0* nel *Web 2.0*[16], in particolare in conseguenza della creazione dei primi servizi online di *file sharing*. Grazie al un modello di architettura *peer to peer*, che superava il modello *client-server* nel quale lo scambio di informazione passava unidirezionalmente dal *server* al *client*, anche il singolo utente, oltre a ricevere l'informazione, diventava in grado di condividerla e distribuirla a tutti gli altri utenti della rete: ogni utente poteva essere nello stesso momento sia *client* sia *server*, cioè essere sia prestatore di servizi sia (semplice) utente. In tali condizioni Facebook e Twitter, prima, e gli altri *social network* poi, prendono velocemente piede sfruttando la crescente disponibilità di contenuti che ha comportato, a cascata, un aumento esponenziale del numero degli utenti.
In tale contesto, dunque, alla funzione "informativa" tradizionale, caratteristica del

[11] V. il sito *sixdegrees.com* (consultato il 21 gennaio 2020).

[12] Secondo tale teoria, sei gradi sono la distanza di separazione che intercorre fra persone scelte a caso nel mondo: per mettere in contatto due persone qualsiasi, dunque, sono necessari mediamente sei contatti. Come ricorda U. Pagallo, *Teoria giuridica della complessità*, Torino, 2006, 241-242, questa teoria è stata ipotizzata inizialmente nel 1929 dallo scrittore magiaro Frigyes Karinthy, e poi è stata confermata dal sociologo Stanley Milgram nel 1967 con un esperimento pubblicato nel saggio *The Small World Problem*, in *Psychology Today*, 1967, 60 ss. In argomento anche D.J. Watts, *Six Degrees: The Science of a Connected Age*, New York, 2003 e A.L. Barabási, *Linked: The New Science of Networks*, New York, 2002.

[13] Per una ricostruzione storica dell'evoluzione dei *social network* si veda G. Riva, *I social network*, in M. Durante - U. Pagallo (a cura di), *Manuale di informatica giuridica e diritto delle nuove tecnologie*, Torino, 2012, 468 ss. In argomento anche G. Sartor, *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione*, Torino, 2016, 251.

[14] In questo senso G. Riva, *I social network*, Bologna, 2010, 11-12 e 15.

[15] In questo modo anche P. Otranto, *Internet nell'organizzazione amministrativa. Reti di libertà*, Bari, 2015, 57.

[16] A titolo meramente esemplificativo, in proposito si vedano in italiano M. Orofino, *L'inquadramento costituzionale del web 2.0: da nuovo mezzo per la libertà di espressione a presupposto per l'esercizio di una pluralità di diritti costituzionali*, in Aa.Vv., *Da Internet ai Social Network. Il diritto di ricevere e comunicare informazioni e idee*, Rimini, 2013, 33 ss.; in lingua inglese invece C. Aced Toledano, *Web 2.0: the origin of the word that has changed the way we understand public relations*, in "*Representing PR: Images, identities and innovations*", Barcelona International PR Conference, 2-3 July 2013.

Web 1.0, si è aggiunta quella "comunicativa", propria del *Web 2.0*, prontamente sfruttata dalla nascita dei *social network* e della loro rapida crescita, soprattutto in riferimento al numero di utenti mondiali e nazionali. Stando ai dati del Global Digital Report 2019[17], oggi nel mondo gli utenti connessi a Internet sono più di 4,3 miliardi, su una popolazione mondiale di circa 7,6 miliardi, con una crescita superiore al 9% rispetto al 2018. Di questi 4,3 miliardi di persone connesse al *web*, 3,4 miliardi adoperano i *social network*. In Italia[18], invece, in quanto Paese occidentale, le cifre sono più alte rispetto alla media mondiale: gli utenti italiani connessi a Internet ammontano a 54,8 milioni su una popolazione di circa 59,2 milioni, e di essi 35 milioni sono attivi sui *social network*.
Questi due fattori, da un lato il binomio informazione-comunicazione caratteristico della struttura dei *social network*, e dall'altro la loro massiccia diffusione nel *Web 2.0*, hanno prodotto un contesto del quale i soggetti pubblici, in particolare le amministrazioni, non potevano rimanere estranei, pena la loro autoesclusione da un ricco mondo virtuale caratterizzato da numerosi e importanti spazi sociali e luoghi di interazione.

3. Il contesto normativo

In tale contesto, i *social network* incidono profondamente sulla relazione fra i vari soggetti coinvolti, condizionando non soltanto il rapporto fra i privati, ma anche fra individuo e istituzioni e, in particolare, fra cittadini e pubblica amministrazione. Si pone dunque l'esigenza di interrogarsi su quale sia la disciplina normativa applicabile a tali strumenti tecnologici.

3.1. La legge n. 150 del 2000

Nell'ordinamento italiano non vi è una normativa dedicata espressamente ai *social network*. Essi, tuttavia, impattano gli ambiti operativi regolati dalla legge n. 150/2000, con la quale è stata introdotta nell'ordinamento italiano la "Disciplina delle attività di informazione e di comunicazione delle pubbliche amministrazioni"[19].
Questa legge disciplina due attività differenti che i pubblici poteri pongono in essere al fine di perseguire l'interesse pubblico: l'attività di informazione e quella di comunicazione.

[17] Il Global Digital Report è una indagine condotta ogni anno da We Are Social e da Hootsuite, la *social media management platform* più utilizzata nel mondo. Il report completo riferito ai dati globali è consultabile online (consultato il 21 gennaio 2020).

[18] Il report del Global Digital 2019 riferito all'Italia è consultabile online (consultato il 21 gennaio 2020).

[19] Così la rubrica di tale legge. In argomento la dottrina è copiosa, e per tale ragione si rimanda a titolo d'esempio a P. Marsocci, *Informazione e comunicazione istituzionale: la legge n. 150 del 2000 come nuovo passo per la riforma amministrativa*, in *Giurisprudenza di merito*, 4-5, 2000, 1133 ss. per i rilievi specifici; in generale, invece, a P. Caretti, *Diritto dell'informazione e della comunicazione. Stampa, radiotelevisione, telecomunicazioni, teatro e cinema*, Bologna, 2013; a G. Gardini, *Le regole dell'informazione. L'era della post-verità*, Torino, 2017, 339 ss.; e a G.E. Vigevani - O. Pollicino - C. Melzi d'Eril - M. Cuniberti - M. Bassini, *Diritto dell'informazione e dei media*, Torino, 2019.

Innanzitutto, è necessario sottolineare come la legge non brilli di chiarezza: se da un lato non definisce puntualmente in cosa consistono queste due attività, limitandosi a stabilire a quali fini sono dirette[20], dall'altro ne stabilisce il criterio distintivo in base al soggetto che la esercita e al soggetto destinatario della stessa[21]. Tale disciplina afferma che l'attività di informazione è esercitata da due organi, il portavoce e l'ufficio stampa, mentre l'attività di comunicazione (prevalentemente) dall'ufficio delle relazioni con il pubblico[22]. Il portavoce è un organo eventuale che collabora con il vertice dell'amministrazione e che è deputato a curare i rapporti di natura politico-istituzionale con i vari organi di informazione[23]. L'ufficio stampa è un organo eventuale collegiale composto da uno o più coordinatori (capo ufficio stampa) e da giornalisti iscritti all'albo nazionale, a cui spetta la cura dei rapporti con i mezzi d'informazione di massa[24]. L'ufficio per le relazioni con il pubblico, infine, è un organo necessario addetto alla cura delle relazioni dell'amministrazione con i cittadini, sia intesi come singoli sia in forma associata, al fine di garantire loro l'esercizio di alcuni diritti che la legge *de qua* individua espressamente (vale a dire i diritti di informazione, di accesso e di partecipazione *ex* l. 241/1990), di agevolare l'utilizzazione dei servizi offerti ai cittadini, illustrando la disciplina in materia e i compiti e l'organizzazione delle amministrazioni, di verificare il *feedback* dei cittadini relativamente alla qualità dei servizi offerti, nonché di costituire un tramite d'informazione con gli altri URP e con le altre strutture della pubblica amministrazione[25].

Di diverso avviso l'accademia, in particolare in riferimento alla necessità di distinguere chiaramente le due attività di informazione e comunicazione pubblica con criteri differenti a quelli stabiliti dal legislatore. In dottrina, infatti, è stato affermato come l'attività di informazione permetta alla pubblica amministrazione di divulgare ai cittadini una notizia, vale a dire porta alla loro conoscenza una rappresentazione della realtà a fini prettamente unidirezionali, non essendovi l'intento di scambiare informazioni con i cittadini[26]. L'attività di comunicazione, d'altra parte, è finalizzata a diffondere fra i cittadini alcuni contenuti al fine di indurre precisi comportamenti, tramite l'instaurazione con essi di flussi informativi di natura bidirezionale[27].

L'impostazione seguita dal legislatore, che non a caso è stata messa in discussione dalla letteratura, oltre all'assenza di una qualche nozione normativa in grado di consentire di distinguere la "comunicazione istituzionale" dalla "comunicazione politica" – distinzione di estrema importanza nell'ambito dell'ipotesi di campagna elettorale e che in-

[20] Cfr. art. 1, c. 5, della l. 150/2000.

[21] Così anche L. Tebano, *Così diversi, così uguali: giornalista e addetto stampa*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 4, 2017, 626.

[22] Cfr. art. 6, c. 1, della l. 150/2000.

[23] Cfr. art. 7 della l. 150/2000.

[24] Cfr. art. 9 della l. 150/2000.

[25] Cfr. art. 8, c. 1 e 2, della l. 150/2000.

[26] In questo senso A. Meloncelli, *L'informazione amministrativa*, Rimini, 1983, 17 e G. Gardini, *op. cit.,* 340-341.

[27] Così F. Merloni (a cura di), *L'informazione delle pubbliche amministrazioni*, Rimini, 2002 e G. Arena (a cura di), *La funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni*, Rimini, 2001.

vece occorre ricercare in altre fonti[28] – è messa in crisi dall'accelerazione del contesto tecnologico. Si badi che la legge n. 150/2000 non è stata (quasi[29]) mai emendata dal momento della sua promulgazione, vale a dire vent'anni fa. E nel 2000 la tecnologia era radicalmente diversa rispetto a quella attuale: in quell'anno la memoria di massa portatile (*USB flash drive*) più capiente raggiungeva al massimo gli 8 megabyte, mentre quelle attuali contengono fino a un terabyte di dati; oggi ogni individuo può fare tutto con il proprio smartphone, mentre nel 2000 venne lanciato sul mercato il primissimo telefono portatile che permetteva di *chattare* da *mobile*.
Considerato che già al momento della sua entrata in vigore la disciplina della l. 150/2000 non poteva essere descritta come era chiara e limpida, dal confronto con il contesto tecnologico attuale essa risulta ulteriormente essere superata. In tale prospettiva appare dunque necessario interrogarsi su come far fronte all'obsolescenza delle norme della l. 150/2000.

3.2. Il d.lgs. 82/2005

Nel 2005 è entrato in vigore il d.lgs. n. 82, rubricato "Codice dell'amministrazione digitale"[30], il più alto sforzo normativo teso a combinare l'azione e l'organizzazione delle amministrazioni pubbliche con l'impiego delle tecnologie digitali. Tale codice stabilisce, infatti, che, per perseguire in maniera efficace l'interesse pubblico, le pubbliche amministrazioni – siano esse statali, regionali o delle Autonomie locali – devono organizzarsi e devono agire utilizzando le tecnologie dell'informazione e della comunicazione (c.d. ICT)[31]. E per perseguire in modo efficace l'interesse pubblico, occorre concretizzare vari principi costituzionali e legislativi, fra i quali è possibile ricordare il principio di buon andamento, quello di trasparenza e di partecipazione, oltre a molti altri[32]. Con il passaggio dal *Web 1.0* al *Web 2.0*, e dunque con la crescente disponibilità di dati e contenuti a disposizione degli utenti, sono sorte le prime strategie di *Open Government*[33]. Sviluppatesi inizialmente all'estero, dopo poco tempo hanno iniziato a

[28] Il riferimento è all'art. 9 della l. 28/2000 in tema di *par condicio*. Relativamente a questo argomento si veda O. Grandinetti, *La* par condicio *ai tempi dei social, tra problemi "vecchi" e "nuovi" ma, per ora, tutti attuali*, in *questa Rivista*, 3, 2019, 92 ss.

[29] La legge ha subito soltanto due piccole modifiche, a marzo e a fine dicembre del 2019, ad opera della l. 26/2019 e della l. 160/2019, entrambe modificativo dell'art. 9 relativo all'ufficio stampa.

[30] A titolo non esaustivo in argomento si vedano G. Pesce, *Digital first. Amministrazione digitale: genesi, sviluppi, prospettive*, Napoli, 2018; C. Boccia - C. Contessa - E. De Giovanni (a cura di), *Codice dell'amministrazione digitale (D.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 commentato e annotato per articolo. Aggiornato al D.lgs. 13 dicembre 2017, n. 217)*, Piacenza, 2018. In tema di digitalizzazione sia consentito altresì il riferimento a S. Rossa, *Il diritto all'informazione come base per una amministrazione digitale: una comparazione fra Italia ed Estonia*, in *Il diritto dell'economia*, 2, 2019, 543 ss. e Id., *The Digitalisation of Public Administration and Born-Digital Functions: A Modern "Janus Bifrons"?*, in Aa. Vv. (eds), *Proceedings of International Scientific Conference Economics of Digital Transformation (EDT) 2019 DIGITOMICS*, Rijeka, 2019 (in corso di pubblicazione).

[31] Così l'art. 2, c. 1, d.lgs. 82/2005.

[32] A riguardo si rimanda, *ex multis*, a E. D'Orlando, *Profili costituzionali dell'amministrazione digitale*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2, 2011, 213 ss. e F. Cardarelli, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, ivi, 2, 2015, 227 ss.

[33] Relativamente alla strategia di *Open Government* si vedano, fra i numerosi contributi, F. Costantino,

prendere piede in Italia – sebbene già dall'inizio degli anni Novanta Feliciano Benvenuti avesse sostenuto la necessità di avere una «società aperta»[34] – grazie all'influsso di settoriali discipline europee finalizzate a rendere l'amministrazione più "aperta" a vantaggio dei cittadini, fra cui quella concernente il riutilizzo dei dati pubblici[35], nonché a favorirne il dialogo. I *social network*, relativamente a quest'ultimo punto in particolare, svolgono un ruolo privilegiato: se impiegati correttamente non solamente costituiscono un importante strumento per attuare i principi costituzionali *classici* attinenti all'amministrazione, ma anche quelli normativi previsti dallo stesso d.lgs. 82/2005. Essi rappresentano, inoltre, un elemento innovativo in grado di influenzare radicalmente la disciplina dell'informazione e della comunicazione pubblica.

Innanzitutto, è necessario precisare che nel Codice dell'amministrazione digitale non vi sono riferimenti diretti all'obbligo, in capo alle pubbliche amministrazioni, di adozione e impiego dei *social network*. Ciononostante, considerando che essi consentono alle amministrazioni di raccogliere dati e informazioni sul modo con cui esse amministrano[36], aspetto che permette loro di comprendere meglio la realtà che amministrano e di migliorare il proprio agire grazie ai *feedback* ricevuti dai cittadini, la loro adozione risulta essere strategica in quanto in grado di attuare indirettamente alcune norme del d.lgs. 82/2005.

Fra tali norme è possibile ricordare:

1. il diritto di chiunque di accedere ai servizi online delle pubbliche amministrazioni (e gestori di servizi pubblici e di società a controllo pubblico)[37];
2. il diritto di utilizzare gli strumenti tecnologici previsti dal codice, anche per rapportarsi con le pubbliche amministrazioni per fini ulteriori rispetto all'esercizio del

---

Open Government, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Torino, Agg., 2015, 272 ss. ed E. Carloni, *L'amministrazione aperta. Regole strumenti limiti dell'open government*, Rimini, 2014; L. Sartori, *Open Government; What Else?*, in *Istituzioni del federalismo*, 3-4, 2013, 753 ss. F. Faini, *La strada maestra dell'open government: presupposti, obiettivi, strumenti*, in *Ciberspazio e diritto*, 2, 2013, 213 ss.

[34] Così F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994, 128: «[i]n realtà il problema del nuovo Stato e il problema del nuovo cittadino presuppongono una loro reciproca posizione dinamica e un reciproco avvicinarsi. Quanto più il nuovo cittadino diviene titolare di una sua libertà attiva, tanto più si apre il confine della sua persona; egli conquista in tal modo, oltre al valore della esistenza individuale, anche la coscienza di un essere per gli altri [...] non basta più la difesa della libertà individuale ma occorre che l'individuo vada oltre e cooperi a costruire, insieme agli altri, la rete di relazioni che costituisce la base e il principio di una società aperta».

[35] Sul punto si vedano F. Costantino, *Lampi. Nuove frontiere delle decisioni amministrative tra open e big data*, in *Diritto amministrativo*, 4, 2017, 799 ss.; F. Gaspari, *L'agenda digitale europea e il riutilizzo dell'informazione del settore pubblico*, Torino, 2016; P. Patrito - F. Pavoni, *La disciplina del riutilizzo dei dati pubblici dal punto di vista del diritto amministrativo: prime riflessioni*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1, 2012 87 ss.; sia consentito il rimando a S. Rossa, Open data *e amministrazioni regionali e locali. Riflessioni sul processo di digitalizzazione partendo dall'esperienza della Regione Piemonte*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 4-5, 2019, 1121 ss.

[36] Per un esempio significativo delle potenzialità conoscitive derivanti dati si veda M. Falcone, *Le potenzialità conoscitive dei dati amministrativi nell'era della ""rivoluzione dei dati": il caso delle politiche di eradicazione dell'epatite C*, in *Istituzioni del federalismo*, 2, 2017, 26 ss, oltre a e S. Rossa, *The Digitalisation of Public Administration and Born-Digital Functions: A Modern "Janus Bifrons"?*, cit., nella parte relativa al progetto "Mèmora".

[37] Cfr. artt. 3-*bis* e 6 del d.lgs. 82/2005.

diritto di accesso e alla partecipazione al procedimento amministrativo[38];

3. l'obbligo per le amministrazioni di rendere i servizi digitali accessibili in modo semplice e integrato[39];
4. l'obbligo per le amministrazioni di incentivare l'adozione di strumenti tecnologici, al fine di promuovere la partecipazione dei cittadini al processo democratico e all'attività amministrativa[40], nonché per favorire l'alfabetizzazione informatica dei cittadini[41].

A ben vedere, i *social network* possono essere uno strumento tecnico in grado di attuare tali previsioni normative di carattere programmatico. Se questo fattore viene sommato alla circostanza per la quale l'amministrazione può impiegare gli strumenti tecnologici ritenuti più adatti per il raggiungimento dei fini stabiliti dal legislatore, risulta evidente come, pur non essendovi un obbligo di adozione dei *social network*, il loro impiego da parte delle pubbliche amministrazioni costituisce una «scelta»[42] che si instaura coerentemente nel solco tracciato dal Codice dell'amministrazione digitale. A fronte di ciò, dunque, è possibile affermare che l'utilizzo dei *social network* da parte delle pubbliche amministrazioni risulta essere "formalmente accidentale" ma "essenziale sostanzialmente". E questo è ben noto alle pubbliche amministrazioni, dato che è da circa dieci anni che FormezPa – vale a dire il centro servizi, assistenza, studi e formazione per l'ammodernamento delle P.A[43] –, e successivamente SocialPa[44], pubblicano dossier, documenti e studi sull'utilizzo dei *social network* nel settore pubblico e sui relativi vantaggi, come ad esempio il *Vademecum Pubblica amministrazione e social media*[45] del 2011, e il volume *Social media e PA, dalla formazione ai consigli per l'uso – Il primo libro "in progress" della nuova comunicazione pubblica*[46].

4. Riflessioni conclusive

Da quanto analizzato e ricostruito *supra*, nell'ordinamento italiano non vi è una disciplina specifica che regoli l'utilizzo dei *social network* da parte della pubblica ammi-

[38] Cfr. art. 3, c. 1, del d.lgs. 82/2005.

[39] Cfr. artt. 3, c. 1, e 7, c. 1, del d.lgs. 82/2005.

[40] Cfr. art. 9 del d.lgs. 82/2005.

[41] Cfr. art. 8 del d.lgs. 82/2005.

[42] F. Faini, Social open government*: l'utilizzo dei social media nell'amministrazione digitale e aperta*, in *Informatica e diritto*, 1-2, 2017, 327.

[43] Cfr. il sito *formez.it* (consultato il 21 gennaio 2020).

[44] Cfr. il sito *pasocial.info* (consultato il 21 gennaio 2020).

[45] FormezPA, *Vademecum Pubblica amministrazione e social media*, Roma, dicembre 2011 (consultato il 21 gennaio 2020).

[46] S. Talamo - F. Di Costanzo - R. Crudele (a cura di), *Social media e PA, dalla formazione ai consigli per l'uso – Il primo libro "in progress" della nuova comunicazione pubblica*, Ministero per la Semplificazione e la Pubblica Amministrazione, Formez PA in collaborazione con PA Social, 2018 (consultato il 21 gennaio 2020). In argomento anche F. Di Costanzo, *PA Social. Viaggio nell'Italia della nuova comunicazione tra lavoro, servizi e innovazione*, Milano, 2017; P. Citarella, *Social media e P.A. La comunicazione istituzionale ai tempi di Facebook*, Milano, 2017.

nistrazione e, più in generale, del settore pubblico. Tali strumenti, però, intersecano l'ambito di operatività sia dell'attività di informazione e comunicazione pubblica sia del processo di digitalizzazione della pubblica amministrazione.

Da un lato, la legge n. 150/2000, vale a dire la normativa di settore dedicata alla comunicazione e all'informazione pubblica, tace sul punto, limitandosi a delineare una struttura comunicativa rigida e pensata per un contesto fattuale diverso da quello attuale in cui, giocoforza, i *social network* costituiscono un tassello fondante della realtà online e offline. E, come analizzato, questa struttura discende dalla distinzione stabilita dal legislatore – criticata dalla dottrina – fondata sul soggetto emittente e su quello destinatario: per tale legge l'informazione è rivolta ai mezzi di comunicazione di massa (es. televisioni, quotidiani ecc.) mentre la comunicazione è diretta ai cittadini. Osservando, tuttavia, come il gestore del profilo di un'amministrazione presente sui *social network* possa rivolgersi ad entrambe le platee in un unico momento e senza distinzioni, allora sarebbe logico interrogarsi sull'obsolescenza delle norme della l. 150/2000. Ulteriori dubbi in proposito potrebbero sorgere se si pensasse all'ipotesi, per nulla infrequente di questi tempi, di un esponente politico che sia al vertice di una pubblica amministrazione, come ad esempio un Ministro della Repubblica, che diffonda un contenuto sul proprio profilo o account *social*. Diffondendo quel contenuto agirebbe in veste propria, di esponente politico o di privato cittadino, oppure in veste istituzionale, di rappresentante delle Istituzioni o dell'amministrazione di appartenenza? A chi si rivolgerebbe diffondendo quel determinato contenuto, ai cittadini, agli elettori, alle televisioni, agli organi di stampa, o a tutti e quattro? E quale sarebbe il fine di tale azione, quello di orientare il corpo elettorale o semplicemente informarlo?

Da questi pochi e banali interrogativi si evince con chiarezza come l'impiego dei *social network* da parte delle pubbliche amministrazioni incida significativamente sulla separazione fra l'attività di informazione pubblica e quella di comunicazione pubblica, sottolineando al contempo l'obsolescenza e la parziale incompletezza della legge che è proprio stata posta in essere, vent'anni fa, per disciplinare questa materia.

Dall'altro lato, invece, il Codice dell'amministrazione digitale, non impone alle pubbliche amministrazioni l'obbligo di adoperare i *social network*. Tuttavia, in quanto strumenti moltiplicatori per il raggiungimento dell'interesse pubblico e per l'attuazione delle varie norme previste da tale normativa, essi sono uno strumento accidentale ma di fatto essenziale. E, infatti, il loro utilizzo è un atto di volontà delle singole amministrazioni, oggi fortemente suggerito e incentivato.

Conciliare queste due discipline e, in particolare, fronteggiare l'inappropriatezza della legge n. 150/2000, la cui disciplina appare superata, è compito del legislatore, cui spetta il dovere costituzionale di intervenire nel regolare sul piano normativo, in modo puntuale e preciso (pur nella generalità e astrattezza della legge), le questioni che possano produrre importanti effetti distorsivi sulla società e sullo stato di salute della democrazia. E la regolamentazione dell'impiego dei *social network* da parte del potere pubblico pare una di essa – oltre ai casi menzionati poc'anzi, si pensi alla necessità di garantire il silenzio elettorale in un periodo, come quello attuale, in cui, da un lato, ciascun candidato possiede un proprio account o profilo *social* e, dall'altro, in cui non vi è un potere coercitivo in grado di impedire *ex ante* la diffusione di messaggi elettorali

via *social* quando vige il silenzio elettorale.
È dunque necessario che il legislatore intervenga adeguando la disciplina normativa al dinamismo della società, anche per il tramite dell'approvazione di una nuova legge sulla comunicazione e informazione pubblica, senza aspettare che il vuoto e la lacuna normativa vengano colmate dalla giurisprudenza. Pare che questa sia la strada che le Istituzioni intendano percorrere, come testimoniato dal tavolo di riforma della disciplina della comunicazione pubblica, avviato recentissimamente il 9 gennaio 2020[47].

[47] Cfr. *PA: la Ministra Fabiana Dadone avvia il tavolo di riforma della comunicazione pubblica* (consultato il 21 gennaio 2020).

Social network, partiti politici e lotta per il potere

Giorgio Grasso

Sommario

1. Rilievi introduttivi. – 2. *Social network* e libertà associativa nei partiti politici. – 3. *Social network* e metodo democratico nell'art. 49 Cost. – 4. *Social network* e partiti politici in lotta per il potere.

1. Rilievi introduttivi

La riflessione che intendo svolgere con questo breve contributo è rivolta a individuare alcune possibili conseguenze che la diffusione dei *social network* sembra in grado di produrre sulla lettura dell'art. 49 Cost. e in particolare sul ruolo che i partiti politici dovrebbero svolgere come strumenti di lotta per il potere, secondo la notissima circostanza per cui i soggetti fondamentali di questa disposizione costituzionale sono, infatti, i cittadini che concorrono a determinare la politica nazionale, associandosi liberamente in partiti politici[1], e non questi ultimi, che rappresentano soltanto il tramite per mezzo del quale esercitare concretamente la libertà di associazione in tale ambito.
In questo tentativo iniziale, si può immaginare allora di suddividere idealmente l'art. 49 Cost. in tre distinti enunciati normativi: *a)* quello che appunto riconosce ai cittadini la libertà di associazione per formare partiti politici, in una specificazione della più generale previsione dell'art. 18 Cost. sulla libertà di associazione; *b)* quello che indica nell'osservanza del metodo democratico un vincolo che non può essere circoscritto solo all'attività esterna dei partiti, ma deve riguardare anche come i partiti sono organizzati e strutturati, democrazia nei partiti, democrazia interna ai partiti, come si usa dire[2]; *c)* quello, infine, che nel concorso dei cittadini, iscritti ai partiti politici, a determinare la politica nazionale manifesta appunto la funzione essenziale di questi ultimi nel legame esistente tra l'art. 49 Cost. e altre disposizioni costituzionali, con ciò riferendomi almeno agli artt. 1, 48, 67, 92 e 94.
Tre "momenti" dell'art. 49 Cost., dunque, e tre conseguenti piste da cominciare ad esplorare nei rapporti dei partiti politici con i *social network*.

[1] Che ciò, peraltro, sia, «oggi, una suggestione, più che una realtà», per come è cambiato rispetto all'art. 49 Cost. il modo stesso di fare politica nel nostro Paese è stato, in ultimo, segnalato da P. Passaglia, *Intervento* ne *Il Forum: Le sfide della democrazia digitale*, in *Gruppo di Pisa*, 3, 2019, 252.

[2] In altra sede chi scrive ha argomentato di una necessità costituzionale della democrazia interna ai partiti, anche in Italia, in vigenza dell'art. 49 Cost.; vedi G. Grasso, *Il controllo giurisdizionale della democrazia nei partiti: le più recenti tendenze nella lente del MoVimento 5 Stelle*, in *Diritti Comparati*, 3, 2019, 57 ss., spec. 60-62.

2. *Social network* e libertà associativa nei partiti politici

Come i *social network* possono aver cambiato, in primo luogo, le modalità con cui i cittadini si associano in partiti politici ed esercitano poi i loro diritti dentro all'associazione. Il dato di partenza è ovviamente la constatazione di una numerosità di iscritti ai partiti politici sempre più bassa, tanto da aver contribuito, insieme a molto altro, a modificare il senso stesso della previsione costituzionale dell'art. 49, per la trasformazione – oramai da tempo compiuta – della struttura dei partiti politici di massa che avevano dominato tutta la prima (e lunga) fase di funzionamento della nostra forma di governo. A partiti politici costituiti da cittadini iscritti ai medesimi, anche sulla base di una forte affiliazione dal punto di vista ideologico, sono subentrati definitivamente partiti politici formati soprattutto da elettori e da simpatizzanti, che più facilmente – elezione dopo elezione – sono disponibili a cambiare appartenenza e orientamento di voto[3].
Se in fase di iscrizione e adesione (prendendo qui in considerazione le sette formazioni politiche che alla Camera dei deputati o al Senato della Repubblica possono contare su un gruppo parlamentare autonomo)[4], oggi i diversi siti ufficiali dei partiti politici permettono generalmente di realizzare anche un tesseramento on-line[5], e se per un partito politico, il MoVimento 5 Stelle, larga parte della vita associativa si svolge utilizzando esclusivamente un portale telematico, la conosciuta piattaforma Rousseau (ma con la recente adozione, il 17 novembre 2019, del nuovo statuto anche il Partito democratico avvierà una piattaforma deliberativa on-line[6]), i *social network* (in particolare Facebook, Twitter, Instagram) sono certamente diventati uno strumento di più agevole comunicazione e di interazione tra il partito politico – e i suoi organi dirigenti, anche a livello locale –, e gli iscritti al partito, nonché, trattandosi in genere di pagine pubbliche, a cui tutti quanti possono liberamente accedere, gli elettori, i cittadini o le

[3] Vedi anche I. Massa Pinto, *Crisi della rappresentanza e nuove tecnologie tra domanda e offerta politiche*, intervento al *Panel* "I *social network* fra comunicazione e partecipazione politica", cit. in premessa, ora in questo stesso fascicolo della *Rivista*, che, rispetto all'impegno «nella tradizionale forma partitica», parla di un cittadino digitale, che «s'informa e vota in base alle posizioni maturate su ciascun singolo tema».

[4] Forza Italia-Berlusconi Presidente, Fratelli d'Italia, Italia Viva, Lega Salvini Premier, Liberi e Uguali, MoVimento 5 Stelle, Partito democratico.

[5] Su questo profilo, pur con riferimenti aggiornati al 2015, vedi anche L. Nannipieri, *I partiti politici italiani sul* web*: prime osservazioni*, in F. Marcelli - P. Marsocci - M. Pietrangelo (a cura di), *La rete internet come spazio di partecipazione politica. Una prospettiva giuridica*, Napoli, 2015, 199 ss. La Lega Nord (oggi Lega-Salvini Premier) era l'unico partito che non prevedeva una forma di tesseramento on-line; il nuovo statuto, approvato il 21 dicembre 2019, continua a non esplicitare questa possibilità, che peraltro sembrerebbe esistere, guardando la *home page* del Movimento (consultato il 27 gennaio 2020).

[6] Vedi l'art. 30, c. 7, di questo statuto rinnovato, che istituisce «una piattaforma deliberativa on-line per l'analisi, il confronto, l'informazione, la partecipazione e la decisione, ovvero per la fase della discussione e del dialogo che precede e accompagna le decisioni assunte dagli organi rappresentativi e di direzione del partito». La piattaforma è aperta a iscritti ed elettori del Partito e la disciplina del suo funzionamento è attribuita a un apposito regolamento attuativo; attraverso di essa, in particolare, «il Partito Democratico intende rivolgersi, con adeguati strumenti, alle donne e agli uomini che partecipano al dibattito politico e alla vita pubblica mediante l'utilizzo dei più diffusi social media». Tra i diritti di chi parteciperà a questa piattaforma digitale spicca, per i fini di questo scritto, la possibilità di «verificare l'attività del partito e degli eletti nelle istituzioni», di «aderire alle campagne di azione e mobilitazione» e di «diffondere le attività del partito».

persone che comunque pensano di trovare su quelle pagine un qualche contenuto di loro interesse. Questa funzione, prevalentemente informativa, che svolgono oggi i *social network* è bene evidenziata, per esempio, nel «Documento di *Social media policy*» del Partito democratico[7], risalente a giugno 2016, dove si legge che il partito «attraverso i *social media* comunica e interagisce con i propri iscritti, elettori, simpatizzanti, e con i cittadini; diffonde i propri valori, informa sulle proprie posizioni sui temi di maggiore attualità, divulga materiale utile a comprendere e a monitorarne l'attività politica e legislativa (…), incoraggia e promuove l'interazione attraverso i *social media*, anche attraverso critiche costruttive».

D'altra parte la personalizzazione sempre più forte che contraddistingue molti partiti politici rende sensibilmente più elevato il gradimento in termini di "mi piace", di "condivisioni", di "*follower*" sulle pagine private dei *social network* di certi leader politici, anche utilizzate per fini istituzionali, quando quegli stessi uomini politici ricoprono cariche pubbliche[8], che sulle pagine ufficiali del partito di appartenenza; questo squilibrio è evidentissimo, per esempio, in riferimento a Matteo Salvini, con 3 milioni e ottocento mila "mi piace" su Facebook, 1 milione e ottocento mila "*follower*" su Instagram e 1 milione e duecento mila "*follower*" su Twitter, contro cifre che si attestano (soltanto) sulle decine di migliaia per le pagine ufficiali della Lega-Salvini Premier nei tre diversi *social*.

Molto dubbio, comunque, è che dietro a una preferenza espressa con la mera adesione al profilo di un partito politico presente su un *social network* (o a quello di un uomo politico, pur molto popolare nelle piazze e sul *web*) si possa davvero ravvisare un modo per partecipare attivamente alla vita del partito, alle sue scelte, alle decisioni fondamentali che lo riguardano.

3. *Social network* e metodo democratico nell'art. 49 Cost.

Quest'ultimo rilievo apre alla possibilità di indagare, brevemente, come secondo spunto di ricerca, sull'esistenza di un qualche rapporto privilegiato tra *social network* e metodo democratico, anche sul versante dell'organizzazione interna di un partito politico.

Quanto al metodo democratico esterno, peraltro, credo che l'aspetto più delicato riguardi il monitoraggio da parte di un *social network* dei contenuti postati da un partito politico sulla propria pagina *social*, monitoraggio che dovrebbe impedire, tra l'altro, la diffusione di una propaganda politica basata su un discorso d'odio, sull'apologia del fascismo o sull'uso della violenza per perseguire il programma politico del partito. In tale contesto, dove la disciplina dell'art. 49 Cost. incrocia quella dell'art. 21 e, quindi, i profili del *political speech* e del pluralismo informativo su Facebook piuttosto che su

[7] Vedi il relativo sito, consultato il 27 gennaio 2020.

[8] Sul punto vedi S. Rossa, Social network *e P.A.: quale rapporto tra disciplina della comunicazione pubblica e Codice dell'amministrazione digitale?*, intervento nel *Panel* "I *social network* fra comunicazione e partecipazione politica", cit., ora in questo stesso fascicolo della *Rivista*.

Google[9], devono menzionarsi i recenti episodi in cui sono stati bloccati e oscurati i profili Facebook e Instagram di due note formazioni politiche di estrema destra, CasaPound e Forza Nuova[10], che per risposta, dopo aver peraltro trovato ospitalità sul *social* russo Vkontakte[11], hanno visto riconoscere alla prima (almeno riguardo a Facebook), con un'ordinanza adottata ai sensi dell'art. 700 del c.p.c., la riattivazione della pagina del *social network* oscurata[12], e respingere, invece, alla seconda, sempre con un'ordinanza cautelare estesamente motivata, il ricorso presentato ancora contro Facebook[13].
Un passaggio della prima decisione sembra di particolare rilievo per le presenti note, laddove il Tribunale di Roma sottolinea «il rilievo preminente assunto dal servizio di Facebook (o di altri *social network* ad esso collegati) con riferimento all'attuazione di principi cardini essenziali dell'ordinamento come quello del pluralismo dei partiti politici (49 Cost.), al punto che il soggetto che non è presente su Facebook è di fatto escluso (o fortemente limitato) dal dibattito politico italiano, come testimoniato dal fatto che la quasi totalità degli esponenti politici italiani quotidianamente affida alla propria pagina Facebook i messaggi politici e la diffusione delle idee del proprio movimento».
Con qualche inerenza al vincolo del metodo democratico interno, spetta invece ai singoli partiti politici verificare ed eventualmente moderare i commenti che gli utenti della pagina di un partito politico, partecipando alla discussione, possono scrivere liberamente sulla Rete, sulla base di regole di *policy* che gli stessi partiti dovrebbero adottare. Il già citato «Documento di Social *media policy*» del Partito democratico, per esempio, contiene un punto interamente dedicato alla «moderazione», secondo il quale «Tutti

[9] Sulla problematica vedi ora M. Monti, *Le* Internet platforms*, il discorso pubblico e la democrazia*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2019, 811 ss. Vedi anche il *Il Forum: Le sfide della democrazia digitale*, cit., spec. 255 ss.

[10] Vedi per riferimenti il commento *CasaPound e Forza Nuova, oscurati i profili social. «Facebook ci blocca, è di sinistra»* in *Il Sole 24 Ore*, consultato il 27 gennaio 2020.

[11] *CasaPound e Forza Nuova, oscurati i profili social. «Facebook ci blocca, è di sinistra»*, in *Open Online,* 2 novembre 2019 (consultato il 27 gennaio 2020). In altri interventi di Panel della Seconda Conferenza di ICON-S Italia, "Le nuove tecnologie e il futuro del diritto pubblico", cit., si è dato conto di questo episodio: vedi in particolare G. Donato, *Il potere senza responsabilità dei* social media *nelle campagne elettorali* e F. Musella, *Algoritmi, tecnologie digitali e futuro della democrazia*.

[12] Vedi Trib. Roma, sez. impresa, 11 dicembre 2019 (R.G. 59264/2019), annotata da R. Bin, *Casa Pound* vs. *Facebook: un'ordinanza che farà discutere*, in *lacostituzione.info,* 15 dicembre 2019, che rileva come in via cautelare non si sia affrontata la questione dell'eventuale «violazione da parte di Casa Pound dei principi e delle regole costituzionali», che dovrebbero essere oggetto del giudizio di merito, dando «precedenza alle ragioni del pluralismo politico su ogni altra considerazione». Tale decisione, ricordata anche da M. Pietrangelo, *Intervento* ne *Il Forum: Le sfide della democrazia digitale*, cit., 283, evidenziando soprattutto il brano della pronuncia, dove si afferma che «Il rispetto dei principi costituzionali e ordinamentali costituisce per il soggetto Facebook ad un tempo condizione e limite nel rapporto con gli utenti che chiedano l'accesso al proprio servizio», e commentata ora da A. Jr. Golia - R. Behring, *Private (Transnational) Power without Authority. Online fascist propaganda and political participation in CasaPound v. Facebook*, in *Verfassungsblog*, 18 febbraio 2020 (consultato il 27 gennaio 2020).

[13] Vedi Trib. Roma, sez. diritti della persona e immigrazione civile, 24 febbraio 2020 (R.G. 64894/2019), depositata quando questo contributo era in bozza di stampa, in cui il giudice in composizione monocratica ha affermato conclusivamente un «dovere legale» di Facebook di rimuovere contenuti illeciti, non solo per violazione delle condizioni contrattuali, ma anche (e direi soprattutto) per violazione di un complesso sistema normativo che si fonda sul diritto internazionale, sul diritto dell'Unione europea, su quello della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e sul diritto nazionale, oltre che su una «vasta giurisprudenza nazionale e sovranazionale», dettagliatamente citata nella pronuncia.

possono partecipare alla discussione sui canali social del Pd», utilizzando «toni educati e rispettosi» e non essendo «ammessi commenti che istighino o facciano riferimento al razzismo, alla xenofobia, all'omofobia, alla violenza o a qualunque forma di discriminazione: di genere, di razza, di lingua, di religione, di disabilità. Sono altresì vietati insulti, affermazioni violente o volgari. I commenti o le risposte che violino le suddette regole saranno tempestivamente rimossi e/o segnalati alle rispettive piattaforme».
Di stretta democrazia interna è poi il profilo che implica che i *social network* possano rappresentare un inedito strumento per organizzare, dentro a un partito politico, un momento di confronto pluralistico tra diverse posizioni e opinioni, piuttosto che il modo per sostenere una candidatura a una carica direttiva del partito o per selezionare le candidature del partito alle elezioni politiche e/o amministrative. Spicca in proposito, negativamente, la vicenda del MoVimento 5 Stelle, oggetto anche di una conosciuta decisione del Tribunale di Napoli del 13 luglio 2016, che ha accolto l'istanza di sospensione delle deliberazioni di espulsione di 20 iscritti al MoVimento 5 Stelle, accusati di avere costituito un gruppo Facebook segreto, «per manipolare il libero confronto per la formazione del metodo di scelta del candidato sindaco e della lista per le elezioni amministrative» napoletane del 2016: gruppo Facebook che potremmo considerare, con il linguaggio dei partiti di un tempo, come una sorta di corrente nel partito, vietata dagli atti costitutivi del MoVimento[14].

4. *Social network* e partiti politici in lotta per il potere

C'è, infine, da avviare un primo ragionamento sul rapporto tra *social network* e partiti politici in lotta per il potere, se è vero che quest'ultima accezione, anche per il costituzionalista, è il cuore dell'art. 49 Cost., presupponendo tale disposizione un assetto pluripartitico nel quale i cittadini iscritti ai partiti concorrono alla determinazione della politica nazionale, presentandosi alle elezioni con liste e candidati, per eleggere in particolare i membri del Parlamento.
In un altro intervento di questo *Panel*, quello di Davide Servetti, ci si è interrogati, *de jure condito* e *de jure condendo*, sulla disciplina applicabile al fine di regolamentare l'uso dei *social network*, soprattutto durante le campagne elettorali, per preservare, tra tutti i caratteri del diritto di voto dell'art. 48 Cost., quello della sua libertà effettiva[15].
Ma la lotta per il potere va oltre il – pur ineliminabile – momento elettorale, è contesa che si porta nelle aule parlamentari attraverso il legame problematico tra l'art. 49 e l'art. 67 Cost., non trascurandosi i richiami in Costituzione all'esistenza dei gruppi parlamentari, non sempre peraltro perfetta fotografia dei partiti politici esistenti fuori dal Parlamento; è confronto politico serrato che si svolge nel binario delle dinamiche più genuine della nostra forma di governo parlamentare e al fine di garantire la formazio-

[14] Sul punto vedi già G. Grasso, *op. cit.*, 71; sulla decisione citata nel testo vedi anche E. Caterina**,** *Il giudice civile e l'ordinamento interno dei partiti politici: alcune considerazioni sulle recenti ordinanze dei Tribunali di Napoli e di Roma*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2016, 1 ss.

[15] Vedi D. Servetti, Social network, *deliberazione pubblica e legislazione elettorale di contorno*, ora in questo stesso fascicolo della *Rivista*.

ne di un Governo, nominato ai sensi dell'art. 92 Cost. e sostenuto da una maggioranza parlamentare, attraverso il voto di fiducia, secondo quanto dispone il successivo art. 94 del testo costituzionale. È a quel punto che la «politica generale» del Governo, alla luce dell'art. 95 Cost., inizia a essere perseguita, rappresentando peraltro solo un pezzo della trama più ampia della «politica nazionale» dell'art. 49 Cost., il pezzo "vincente" potremmo dire, misurato su quanto potrà durare la vita di un Governo nel corso di una legislatura.

I partiti politici dalle aule parlamentari hanno spesso ricondotto la politica e la lotta per il potere nelle piazze, nelle strade – oltre che nei dibattiti televisivi o sulla carta stampata –, il che non può che essere un bene per il corretto funzionamento di un sistema democratico, se il piano della decisione politico-parlamentare e quello della legittimazione di un Governo, appoggiato dalla fiducia parlamentare, a guidare un Paese, non vengono continuamente esposti ai mutevoli umori popolari, confondendo ad arte i numeri e le maggioranze presenti in Parlamento con i numeri espressi da "bagni di folla" nelle piazze o da sondaggi quasi quotidiani sul gradimento delle diverse forze politiche e dei Governi.

Le piazze sono oggi, sempre più, piazze virtuali[16], che hanno certamente nei *social network* la loro "punta di diamante"; come avveniva in passato, quando si facevano soltanto comizi, cortei o manifestazioni, anche le piazze virtuali contribuiscono largamente a raccogliere il consenso. Ancora più che in passato, però, misurare la forza effettiva di questo sostegno nell'opinione pubblica e negli orientamenti di voto esige grande prudenza, per i partiti politici e i loro leader, protagonisti della scena sui *social*, tutti dovendosi ricordare che l'efficacia di un'immagine o di un video condivisi su Facebook o su Instagram da migliaia di utenti o la buona riuscita di un *tweet* propagato a catena su Twitter possono anche rapidamente cambiare, azzerando in un battere di ciglia tutto il consenso ottenuto.

[16] Questo profilo è stato ben sottolineato anche da E. Celeste, Social network *e politica: il valore di un* tweet, intervento nel *Panel* "I *social network* fra comunicazione e partecipazione politica", cit., ora in questo fascicolo della *Rivista*. Delle *Internet platforms* (e in particolare di Facebook) come fori pubblici, applicando tale istituto del diritto americano nel contesto italiano, discute ora M. Monti, *op. cit.*, spec. 827 ss.

Simposio: Internet e democrazia. L'uso dei *big data* da parte del decisore politico*

Abstract

L'utilizzo dei *big data* nella comunicazione politica sembra patrocinare una forma di democrazia immediata in contrasto con i princìpi della democrazia rappresentativa, fondata sul confronto tra opinioni diverse. In particolare, i *big data* rendono possibili e implementano attività di *microtargeting* politico che consentono di influenzare specifici gruppi di elettori tramite l'invio di messaggi mirati, basati sulle preferenze e sulle caratteristiche personali. Essi sono il grimaldello attraverso il quale incidere sulla democrazia rappresentativa, amputandola della sua base di senso. Occorre una rinnovata educazione "costituzionale", che renda i cittadini meno sensibili al virus della persuasione digitale occulta.

The use of big data in political communication seems to patronize a form of immediate democracy in contrast to the principles of representative democracy based on the comparison between different opinions. In particular, big data make possible and implement targeted political microtargeting activities that allow to influence specific groups of voters by sending targeted messages based on personal preferences and characteristics. They are the pick to influence representative democracy, amputating it from its basis of meaning. A renewed "constitutional" education is needed, which makes citizens less sensitive to the virus of hidden digital persuasion.

Keywords

big data – democrazia – microtargeting – rappresentanza - Internet

I lavori pubblicati nel presente simposio costituiscono una rielaborazione delle relazioni tenute dagli autori in occasione della seconda conferenza annuale dell'Italian Chapter di ICON-S "Le nuove tecnologie e il futuro del diritto pubblico" (svoltasi a Firenze il 22-23 novembre 2019), nell'ambito del *panel* dal titolo "Internet e democrazia – L'uso dei *big data* da parte del decisore politico".

* 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.

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

Marco Betzu – Gianmario Demuro**

Sommario

1. La partecipazione digitale e le sue illusioni. – 2. *Big data* e semplificazione politica. - 3. *Big data* e poteri privati.

1. La partecipazione digitale e le sue illusioni

La prima consapevolezza dalla quale possiamo partire è che gli strumenti di partecipazione digitale dipendono da un c.d. "eco-sistema" digitale che è, in buona sostanza, frutto dello sforzo creativo di soggetti privati.

Gli attuali sistemi digitali sono, in prevalenza, sistemi che si alimentano attraverso i dati che, in vario modo, le persone producono e che vengono poi restituiti, sotto forma di algoritmi o di strumenti di condivisione. In sintesi, le persone che rinunciano ai propri dati sono poi le stesse che ne usufruiscono in forma di dati aggregati per le finalità più diverse e tra queste vi può essere la partecipazione democratica, così come anche la "profilazione" elettorale[1]. Oggi, pertanto, la partecipazione digitale al processo democratico, più che dipendere da strumenti predisposti allo scopo da un soggetto pubblico che li progetta e li realizza come parte della formazione della decisione democratica, deriva da come l'eco-sistema digitale nel quale si realizza la partecipazione è formato. Perciò sempre più spesso avremo strumenti di partecipazione diversi a seconda delle piattaforme digitali utilizzate (Facebook, Twitter o Instagram).

Sunstein ha spiegato bene il ruolo delle c.d. *echo chambers* nella costruzione del *daily me*, che si rafforza in questi contesti digitali a seconda del livello di partecipazione[2]. Ogni giorno, infatti, se ci si rivolge alle piattaforme digitali per "partecipare" alla discussione politica sarà facile rafforzare le proprie convinzioni in contesti digitalmente definiti ai quali partecipano solamente coloro che già condividono le nostre opinioni.

Un discorso a parte deve essere, invece, fatto per gli strumenti "tradizionali" di partecipazione quali ad esempio il voto online, le piattaforme consultive, i blog e altri ancora. Per questi strumenti la possibilità che possano essere annoverati come strumenti

* Il presente lavoro è stato realizzato nell'ambito del progetto di ricerca finanziato dalla Regione Sardegna su "Governance dei Big data e politiche pubbliche".

** I par. 1 e 2, che sviluppano un intervento ospitato nel forum del 15 dicembre 2019 su *Le sfide della democrazia digitale* della Rivista del Gruppo di Pisa, sono da attribuire in via esclusiva a Gianmario Demuro; il par. 3 a Marco Betzu.

[1] Sulla profilazione cfr., da ultimo, R. Montaldo, *Le dinamiche della rappresentanza tra nuove tecnologie, populismo, e riforme costituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2019, 789 ss.

[2] C.R. Sunstein, *#Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media*, Princeton, 2017, 3 ss.

di partecipazione al processo democratico dipende dalla capacità di definizione della non manipolabilità del risultato. E tuttavia, proposte come quella in discussione in Parlamento sulla riforma dell'articolo 71 della Costituzione[3] sembrano avere un unico sbocco finale: la semplificazione apparente di decisioni complesse in un unico atto.
Questa prospettiva di decisioni immediate, automatiche, veloci, non contrattabili, a-territoriali è accompagnata, paradossalmente, proprio dallo sviluppo tecnologico dell'intelligenza artificiale, uno sviluppo talmente rapido e invadente da richiedere la redazione da parte della Commissione Europea di un Progetto di orientamenti etici per una IA affidabile. Il documento massimizza le opportunità dell'intelligenza artificiale, ma postula un approccio antropocentrico, chiedendo alla macchina di rispettare l'uomo e di garantire la finalità etica dell'intelligenza artificiale mediante il rispetto di parametri etici.
Gli umani, dunque, si occupano dei limiti da definire per le macchine e, le macchine, devono essere rese responsabili e tracciabili, devono agire per il benessere dei cittadini. Esse potranno decidere prima e meglio dell'Uomo solamente se lo riconosceranno al centro della decisione. Mentre ci accingiamo a regolare le macchine, le proposte di decisione immediata, contrapponendo il Popolo al Parlamento, non hanno nulla a che fare con la democrazia diretta, perché la decisione immediata ha un decisore che definisce tra pochi la decisione da prendere: attivando il sistema binario Si/No si perdono tutte le altre possibilità di decisione.
La democrazia, infatti, soprattutto nella sua declinazione rappresentativa, è uno strumento di decisione fondato sulla comparazione, sulla distinzione, sulla contrapposizione e non su un'unica prospettiva indicata da una minoranza. La democrazia è tecnica di decisione, proprio a principiare dal dialogo tra persone e culture, volta a superare l'asimmetria di informazione che non permette decisioni informate a chi decide in assenza di informazioni. Per evitare l'uso smodato e inconsapevole dell'intelligenza delle macchine – che può portare, a costruire procedure automatiche inconsapevoli, fatte per apparire democratiche – la limitazione da parte degli umani è orientata alle decisioni non complesse. Se si concedesse alle macchine di prendere decisioni apparentemente dirette, decisioni non confrontabili con decisioni precedenti, decisioni senza passato, decisioni destinate a rimanere nell'istante, non avremo uno sviluppo della democrazia ma una democrazia artificiale.

2. *Big data* e semplificazione politica

La rappresentanza politica è considerata in crisi da almeno un secolo. Come ha scritto di recente Runciman, già Ghandi riteneva che «un sistema politico che dipendeva da funzionari eletti per prendere decisioni a nome nostro non sarebbe mai riuscito a salvarci da quell'esistenza artificiale. Come avrebbe potuto? La democrazia rappresentativa era essa stessa artificiale. Ormai era alla mercé delle macchine. Operava tramite

[3] Sulla quale si v. M. Betzu – P. Ciarlo, *Il* quorum *referendario come argine alla democrazia plebiscitaria*, in C. Bergonzini - A. Cossiri - G. Di Cosimo - A. Guazzarotti - C. Mainardis (a cura di), *Scritti per Roberto Bin*, Torino, 2019, 213 ss.

la macchina dei partiti, la macchina della burocrazia, la macchina del denaro. I cittadini erano consumatori passivi del loro destino politico. Premiamo un bottone e ci aspettiamo che il governo risponda»[4].

La paura della crisi della democrazia causata dai *big data* non è molto diversa da quella determinata dalle macchine dei partiti. La differenza sta nella difficoltà di conoscere i meccanismi di persuasione politica che possono essere attivati da un uso deviato delle macchine le quali, aggregando i dati, possono essere utilizzate per indirizzare il consenso: «I partiti si affidano a grandi database automatici per condurre le loro campagne. I governi usano sempre più i *big data* per gestire e fornire l'assistenza sanitaria e altri servizi pubblici. Questi computer non cercano di sopraffarci, non vogliono conquistare nulla: sono privi di una simile volontà»[5]. Le macchine non perseguono la fine della democrazia ma, come sempre, dipende da chi le usa. Si tratta in questo caso di disciplinare il verso degli algoritmi rendendoli il più possibili neutri.

Per valutare questa prospettiva dovremmo servirci di dati di analisi sociologica, considerando il comportamento di chi rinuncia ai propri dati per riaverli indietro tramite un messaggio politico semplificato. A prima vista, infatti, chi decide per questo scambio sembrerebbe predisposto ad accettare la semplificazione del messaggio politico. Naturalmente ciò non significa che sia di per sé accettabile una manipolazione dei dati proprietari; tuttavia, tale circostanza ci interroga sulla possibilità di regolazione eteronoma nel caso in cui è il singolo proprietario del dato a decidere, autonomamente, di cederlo. In termini regolatori dovremmo poter classificare in modalità diverse la disponibilità individuale dei dati e stabilire quali possano essere ceduti e quali debbano essere considerati personalissimi. In ogni caso dobbiamo essere consapevoli che gli strumenti di elaborazione attuali dei *big data* cambiano del tutto il paradigma del messaggio politico e, di conseguenza, la costruzione della rappresentanza politica. In argomento abbiamo sostenuto che la tecnologia si espande in un contesto in cui la democrazia rappresentativa è già in crisi: pertanto il messaggio politico non dipende tanto dal mezzo che si utilizza, bensì dalle forze politiche che lo elaborano[6].

Come abbiamo sostenuto prima, l'utilizzo dei *big data* dipende da algoritmi scritti da uomini, che ne indirizzano l'utilizzo secondo le proprie convenienze. Questa è la pericolosa illusione di una democrazia immediata che possa limitarsi a discutere online, imponendo al Parlamento la sua volontà regolativa. Nessuna comparazione sarà possibile tra i resoconti parlamentari per chiarire l'intento del legislatore rappresentativo, nessuna volontà potrà emergere tra discussioni solamente virtuali. Chi definisce l'intenzione normativa di chi approva all'istante le regole? Chi certifica la loro genuinità? Si dice che il referendum propositivo che è in discussione in Parlamento porterà maggiore partecipazione democratica. Vero è il contrario perché in democrazia nessuna decisione può essere presa senza che chi è diverso o minoranza possa esprimersi, opporsi, dialogare apertamente, proporre opinioni differenti. Così come nessuna ge-

[4] D. Runciman, *Così finisce la democrazia. Paradossi, presente e futuro di un'istituzione imperfetta*, Torino, 2019, 109.

[5] Ivi, 111.

[6] Si v. M. Betzu - G. Coinu - G. Demuro, *Gobernanza de los macrodatos y democracia representativa*, in *Revista de Derecho Politico*, 106, 2019, 255 ss.

ometria dei dati inseriti in una macchina artificiale potrà restituire, tantomeno oggettivamente, il punto di vista di portatori d'interessi contrapposti che siedono in un organo rappresentativo e discutono in pubblico di un tema rilevante per la comunità. Il progetto scritto dai promotori del referendum propositivo potrà certamente porre all'attenzione del dibattito pubblico un tema che fatica a entrare nell'agenda politica parlamentare ma nessuna regola prevista dal progetto di revisione costituzionale ci rassicura su: chi è responsabile delle macchine referendarie che preparano la decisione? Sulla circostanza di chi scrive gli algoritmi referendari? Chi li predispone? Che idea ha degli interessi messi in discussione il software scritto per governarli? In sintesi, l'uso delle piattaforme digitali in assenza di una regolazione trasparente può, allo stato, contribuire a scrivere una democrazia artificiale.

3. *Big data* e poteri privati

È stato evidenziato che «l'introduzione dei *big data* nell'armamentario dello stratega politico promette un controllo capillare dell'organizzazione delle campagne elettorali, dalla pianificazione alla definizione dell'agenda, dalla costruzione del consenso al monitoraggio dei risultati»[7]. In particolare, l'Autore da ultimo citato ha dimostrato come, a partire dalla profilazione degli elettori, sia possibile determinare con ragionevole certezza «la disponibilità degli stessi ad attivarsi nelle attività di campagna» (*behaviour*); «prevedere le preferenze politiche ed elettorali dei cittadini» (*support score*); «individuare quali individui rispondono a quali sollecitazioni persuasive» (*responsiveness score*)[8].
La principale funzione dei *big data* è quella di costituire il presupposto per attività di *microtargeting* politico, consistenti nell'influenzare specifici gruppi di elettori tramite l'invio di messaggi mirati, basati sulle preferenze e sulle caratteristiche personali. In questo modo si possono raggiungere numerosi risultati, primo fra tutti quello di plasmare l'immagine del candidato in funzione delle aspettative – *day by day* – dell'elettorato di riferimento[9].
Ecco, dunque, che lo strumento dei *big data* si presta a divenire un grimaldello attraverso il quale incidere sulla democrazia rappresentativa[10], perché consente «di raggiungere persona per persona i singoli elettori in modo sostanzialmente occulto […]. I capi carismatici che interpretano lo spirito del popolo e con esso dialogano nelle adunate oceaniche, sono sostituiti da capi carismatici digitali. Società più o meno anonime coniugano capacità di gestire *big data* e profili individuali orientando il voto, o almeno quella quantità di voti sufficiente per fare la differenza e vincere le elezioni»[11]. I *big data*, infatti, sono il cuore funzionale, la benzina, del sistema di *computational propaganda* mediante il quale gli attori politici – e i loro strateghi elettorali – combinano «algoritmi,

[7] R. De Rosa, *L'uso dei big data nella comunicazione politico-elettorale*, in, *Comunicazione politica*, 2, 2018, 201.

[8] *Ibidem*.

[9] O. Papakyriakopoulos - S. Hegelich - M. Shahrezaye - J.C. Medina Serrano, *Social media and microtargeting: Political data processing and the consequences for Germany*, in *Big Data & Society*, July–December, 2018, 2.

[10] Cfr. M. Betzu - G. Coinu - G. Demuro, *op. cit.*

[11] P. Ciarlo, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della Rete*, in *Rivista AIC*, 2, 2018, 10.

automazione e *content curation* per diffondere informazioni strategiche attraverso i *social media* ed ottenere gli effetti sperati»[12].

In questo contesto, il ruolo svolto dalle *tech companies* è cruciale[13]. Esse, «dietro l'apparente gratuità dei propri servizi, richiedono all'utente quale "contropartita" […] la cessione (in varia misura e a vario titolo) di dati di eterogenea natura (riguardanti sia la sfera personale sia, più in generale, inclinazioni, gusti e preferenze)»[14], e ciò fanno non solo al fine di acquisire vantaggi diretti nel proprio mercato di riferimento, ma anche per rivenderli «successivamente a terzi, che, a loro volta, ne usufruiscono al fine di consolidare la propria posizione nei mercati di riferimento»[15].

Lo scandalo generato da Cambridge Analytica, che ha visto coinvolta Facebook, mostra molto bene come il fenomeno non sia affatto limitato alla sfera economica, ma possa anche concretamente incidere sul funzionamento del gioco democratico: «il più pericoloso dei poteri della rete è quello di manipolare il voto»[16]. Si è venuta così a determinare «la singolare situazione per cui gli stessi soggetti che si sono trovati a gestire gli strumenti tecnologici che rendono possibile la più ampia partecipazione all'accesso ed alla diffusione dell'informazione sugli spazi digitali sono allo stesso tempo coloro i quali sovraintendono al flusso dei contenuti che possono transitare sulla rete, in quanto presiedono alla loro rimozione, selezione ed organizzazione»[17]. Questo potere ha un rilievo enorme, se solo si pone mente al fatto che Facebook ha superato i 2,3 miliardi di utenti mensili, rappresentando il *social network* più utilizzato al mondo[18].

Se i «*social network* sono definitivamente divenuti parte integrante della dieta informativa quotidiana dei cittadini»[19], diviene allora ineludibile un *enforcement* del principio della concorrenza, in modo da spezzare quella perversa combinazione di «effetti di rete, economie di scala, pratiche di *lock-in*, economia dei *Big Data*»[20] di cui ha parlato Pitruzzella nella sua ultima Relazione quale Presidente dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. I *social media*, in quanto rendono più agevole la pubblica discussione, possono essere uno strumento a favore della democrazia, purché però non siano nelle mani di un numero troppo ristretto di soggetti i quali, per la loro posizione, sarebbero portati a dominare «*how public opinion is organized and governed*»[21].

Il tema è solo apparentemente nuovo, perché cela in sé antichi pericoli.

Già nel Federalist n. 10 James Madison metteva in guardia dal potere delle fazioni,

---

[12] R. De Rosa, *op. cit.*, 202.

[13] Sia consentito rinviare a M. Betzu, *Libertà di espressione e poteri privati nel cyberspazio*, in *Diritto Costituzionale. Rivista Quadrimestrale*, 1, 2020, 120 ss.

[14] B. Rabai, *I «big data» nell'ecosistema digitale: tra libertà economiche e tutela dei diritti fondamentali*, in *Amministrare*, 3, 2017, 407 ss.

[15] *Ibidem*.

[16] P. Ciarlo, *op. cit.*, 11.

[17] R. Petruso, *Le responsabilità degli intermediari della rete telematica. I modelli statunitense ed europeo a confronto*, Torino 2019, XVIII.

[18] *Nonostante tutto Facebook continua a crescere*, in *Il Sole 24 Ore*, 18 febbraio 2019.

[19] AGCOM, *Big data. Interim report nell'ambito dell'indagine conoscitiva di cui alla delibera n. 217/17/CONS*, 2018, 6.

[20] AGCM, *Relazione annuale*, 2018, 10.

[21] J.M. Balkin, *Free Speech is a Triangle*, in *Columbia Law Review*, 7, 2018, 2035.

intese come gruppi di cittadini polarizzati su un interesse loro proprio e in contrasto con l'interesse generale, che sono favorite da un'opinione pubblica che si forma e si diffonde rapidamente, esattamente come accade nei *social network*. Se per Madison i leader divisivi possono appiccare il fuoco nel proprio elettorato, i meccanismi della democrazia rappresentativa – che egli chiama "*republic*" in contrapposizione alla democrazia diretta – consentono di raffreddare le passioni, incoraggiando alla riflessione e alla giusta considerazione dei «*long-term interests rather than short-term gratification*»[22]. Tempo della riflessione che le piattaforme sociali digitali hanno disintegrato, consentendo alla persuasione digitale di prendere il posto della dialettica democratica fondata sul confronto tra opinioni diverse.

Quale, dunque, la soluzione?

Se, come si è visto, la funzione manipolativa dei *big data* fa leva sulla capacità di influenzare l'elettorato, occorre rendere quest'ultimo meno sensibile al virus della persuasione digitale, più in grado di comprendere il valore dei diritti e le virtù dei pesi e contrappesi propri delle democrazie rappresentative. L'educazione "costituzionale" costituisce, forse, il più incisivo freno ai pericoli della "faziosità" temuta da Madison: «*A popular Government, without popular information, or the means of acquiring it, is but a Prologue to a Farce or a Tragedy; or, perhaps both*»[23].

[22] J. Rosen, *America Is Living James Madison's Nightmare*, in *The Atlantic*, October 2018.

[23] *James Madison to W. T. Barry*, August 4, 1822.

La tutela del pluralismo informativo nelle piattaforme online

Riccardo Montaldo

Sommario

1. L'influenza dell'informazione online e la profilazione degli utenti. – 2. La profilazione degli utenti e l'offerta informativa personalizzata: la *filter bubble*. – 3. La *filter bubble* e gli effetti sul gruppo: polarizzazione ed *echo chambers*. – 4. È ancora possibile realizzare il pluralismo informativo all'epoca di Internet?

1. L'influenza dell'informazione online e la profilazione degli utenti

Al fine di analizzare i rapporti tra pluralismo informativo e l'informazione online e tramite i *social network*, un necessario punto di partenza è comprendere come questa, al giorno d'oggi, rappresenti una scelta operata da un numero sempre maggiore di individui, che prediligono infatti le fonti di informazione online rispetto a quelle tradizionali, che si può dire siano oggettivamente in crisi[1].

Sotto tale profilo, l'Italia non rappresenta certamente un'eccezione, alla luce di un numero sempre maggiore di persone che ricorre alla rete nel suo complesso per informarsi[2], in particolare tramite l'uso dei *social network*, tra i quali spicca *Facebook* alla luce di un numero di utenti attivi che raggiunge quasi il doppio dei lettori abituali di quotidiani[3].

L'informazione online presenta tuttavia delle profonde differenze rispetto all'informazione tradizionale, e numerose conseguenti problematiche, connesse anzitutto alla continua attività di profilazione degli utenti in rete, posta in essere dai motori di ricerca e dai *social network* utilizzati dall'utente che ricerca l'informazione. Al fine di realizzazione di tale attività gioca un ruolo centrale l'acquisizione, da parte di tali *provider*, dell'enorme mole di dati e informazioni relative agli utenti che costituiscono i cosiddetti *big data*[4]. Infatti, una volta che i dispositivi e le applicazioni personali si collegano alla rete, nel corso della navigazione i motori

[1] M. Fasan, *Intelligenza artificiale e pluralismo: uso delle tecniche di profilazione nello spazio pubblico democratico,* in *Rivista di BioDiritto,* 1, 2019, 110.

[2] G. Giacomini, *Potere digitale. Come internet sta cambiando la sfera pubblica e la democrazia*, Milano, 2018, 32.

[3] E. Assante, *Cosa ci può insegnare il caso Cambridge Analytica*, in *federalismi.it*, 25 aprile 2018, 6.

[4] A. Papa, *"Democrazia della comunicazione" e formazione dell'opinione pubblica*, in P. Bilancia (a cura di), *Crisi della rappresentanza politica nella democrazia contemporanea*, Torino, 2018, 317 ss.

di ricerca e i *social* acquisiscono, tramite algoritmi, tali dati di navigazione dei singoli utenti, ricavandone un profilo individuale estremamente accurato[5].
Ciò è reso possibile dal notevole sviluppo dell'intelligenza artificiale e in particolare degli algoritmi, derivante tanto dall'incremento della capacità di calcolo che dalla quantità e qualità di dati disponibili ed utilizzabili. Si sono in particolare sviluppati due metodi per la creazione di sistemi intelligenti, denominati *deep learning*, ossia la capacità di apprendere e riconoscere le somiglianze esistenti in insiemi disomogenei, e *machine learning*, le tecniche che consentono di ricavare tali informazioni non solo dai dati, ma altresì dall'esperienza. I sistemi sono quindi in grado di prendere decisioni in modo sempre più autonomo ed efficiente nell'assolvere alle loro funzioni, tra le quali rientrano, appunto, le tecniche di profilazione[6].

2. La profilazione degli utenti e l'offerta informativa personalizzata: la *filter bubble*

Come è noto, la profilazione è stata utilizzata in origine, ed è ampiamente tutt'ora, a fini commerciali, al fine di mostrare all'utente prodotti e servizi che l'algoritmo associa e ritiene compatibili con il suo profilo[7]. Tuttavia, tale preselezione operata dall'algoritmo si spinge oltre, andando a guidare e influenzare le scelte dell'utente/consumatore, che non viene esposto a prodotti e servizi alternativi, che avrebbe potuto individuare ricercandoli autonomamente[8].
Precisamente questa capacità dell'algoritmo di influenzare le scelte dell'utente derivano i principali problemi dell'informazione online a mezzo dei motori di ricerca e delle piattaforme *social*. Infatti, gli algoritmi da essi utilizzati, in modo analogo a quanto avviene per prodotti e servizi di consumo, vanno ad elaborare, come si è detto, un profilo dell'utente basato sui suoi interessi e sulle sue preferenze, andando ad offrirgli delle informazioni che l'algoritmo stesso ritenga compatibili con tale profilo[9]. Il che comporta, come osservato da Pitruzzella[10], che l'utente dei *social network* sia spesso un «consumatore preterintenzionale» dell'informazione online, che non viene da questi ricercata ma che anzi riceve passivamente sulla base di quanto offerto in maniera automatizzata dagli algoritmi.
Inoltre, data la sempre maggiore diffusione di dati personali e il continuo aggiornamento e miglioramento dei meccanismi utilizzati dagli algoritmi, cui si è accennato,

[5] C. Casonato, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, numero speciale, maggio 2019, 106.

[6] M. Fasan, *op. cit.*, 105 ss.

[7] M. Fasan, *op. cit.*, 109; A. Papa, *"Democrazia della comunicazione"* (2018), cit., 317 ss.

[8] K. Manheim - L. Kaplan, *Artificial Intelligence: Risks to Privacy and Democracy*, in *Yale Journal of Law & Technology*, 21, 2019, 129 ss.

[9] A. Papa, *"Democrazia della comunicazione" e formazione dell'opinione pubblica*, in *federalismi.it*, 2 ottobre 2017, 15; G.E. Vigevani, *I media di servizio pubblico nell'età della rete. Verso un nuovo fondamento costituzionale, tra autonomia e pluralismo*, Torino, 2018, 24.

[10] G. Pitruzzella, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *questa Rivista,* 1, 2018, 25.

non solo si è raggiunto il «*Daily me*» descritto da Negroponte[11], vale a dire l'informazione giornaliera personalizzata e basata sulle proprie preferenze, ma lo si è addirittura superato, arrivando, come sostenuto da Sunstein[12], al «*MeNon*», appunto una continua e costante informazione passiva, che viene offerta all'utente dall'intelligenza artificiale sulla base del profilo personale disegnato dall'algoritmo.

Andando ad esaminare gli effetti della profilazione e della selezione dell'offerta informativa sul pluralismo delle fonti di informazione, una prima conseguenza di tali fenomeni è rappresentato dalla creazione di una cosiddetta *filter bubble* attorno all'utente[13]. Questi vive cioè in una bolla informativa, dove può vedere solamente (o quasi) ciò che passa attraverso il filtro creato dai suoi stessi dati, elaborati dall'algoritmo perché le informazioni e le opinioni visibili, o comunque messe in primo piano, siano quelle che maggiormente rispecchiano il suo profilo personale[14]. Il che determina una forte limitazione della possibilità di accedere a fonti di informazione, a pareri o opinioni discordanti[15].

---

[11] N. Negroponte, *Being Digital*, New York, 1995, 153.

[12] C.R. Sunstein, *#republic. La democrazia nell'epoca dei social media*, Bologna, 2017, 13 ss.

[13] A. D'Aloia, *Il diritto verso "il mondo nuovo". Le sfide dell'Intelligenza artificiale*, in *Rivista di BioDiritto*, 1, 2019, 22 ss.; M. Fasan, *op.cit.*, 109; G. Pitruzzella, *op. cit.*, 28 ss.

[14] Sotto tale aspetto, si può dunque affermare che l'informazione online, per le caratteristiche qui descritte, va indubbiamente ad accentuare due problematiche naturalmente insite nei processi cognitivi e nell'assimilazione delle informazioni da parte dei cittadini. La prima è rappresentata dalla *biased assimilation* (o *confirmation bias*), vale a dire la tendenza a ricercare ed assimilare solamente le informazioni che confermano o rafforzano le proprie opinioni (G.D. Hooke Pearson - S. Knobloch-Westerwick, *Is the Confirmation Bias Bubble Larger Online? Pre-Election Confirmation Bias in Selective Exposure to Online versus Print Political Information*, in *Mass Communication and Society*, 4, 2019, 467; A. Peruzzi - F. Zollo - A.L. Schmidt - W. Quattrociocchi, *From Confirmation Bias to Echo-Chambers: a data-driven approach*, in *Sociologia e Politiche Sociali*, 3, 2018, 54; C.R. Sunstein, *#republic,* cit., 116-117). La seconda problematica accentuata dai meccanismi dell'informazione online è poi costituita dall'effetto *Dunning-Kruger*, ossia la distorsione cognitiva, esaminata da J. Kruger e D. Dunning (*Unskilled and unaware of it: how difficulties in recognizing one's own incompetence lead to inflated self-assessments*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, 6, 1999, 1121 ss.), che porta un soggetto, non sufficientemente competente in una determinata materia, a giungere a conclusioni errate senza avere la capacità di rendersene conto, con effetti particolarmente negativi nella discussione pubblica su questioni di particolare complessità e/o delicatezza, quali la parità di genere o il razzismo (K. West - A.A. Eaton, *Prejudiced and unaware of it: Evidence for the Dunning-Kruger model in the domains of racism and sexism*, in *Personality and Individual Differences*, 1 agosto 2019, 117).

Tali problematiche, che pure si presentano a prescindere dall'utilizzo della rete, sono indubbiamente accentuate dai meccanismi di informazione online e in particolare tramite i *social network* (che anzi favoriscono e si basano sul *confirmation bias*, alimentato dalla profilazione: A. Peruzzi - F. Zollo - A.L. Schmidt - W. Quattrociocchi, *op. cit.*, 72): l'utente delle piattaforme *social*, infatti, non deve ricercare e selezionare le informazioni che confermano le proprie opinioni, ma come si è detto, è la stessa piattaforma a fornirle con estrema precisione (G.D. Hooke Pearson - S. Knobloch-Westerwick, *op.cit.*, 481), con l'effetto ulteriore di alimentare la convinzione (erronea, secondo l'effetto *Dunning-Kruger*) dell'utente di essere sufficientemente informato sull'argomento, e di poterne discutere portando a sostegno delle proprie affermazioni le fonti fornite dalla rete.

[15] M. Mancosu, *Populism, Emotionalized Blame Attribution and Selective Exposure in Social Media. A Comparative Analysis of Italy and UK*, in *Comunicazione politica*, 1, 2018, 74; A. Papa, *"Democrazia della comunicazione"* (2018), cit., 320; J.M. 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, 19; C.R. Sunstein, *#republic,* cit., 145.

3. La *filter bubble* e gli effetti sul gruppo: polarizzazione ed *echo chambers*

La bolla informativa creata dalla profilazione, inoltre, non ha effetti solamente sul singolo, ma altresì sui gruppi che questi frequenta e che compongono la società. Infatti, come osservato da Giacomini[16], la distorsione dell'accesso alle informazioni priva indubbiamente il singolo della possibilità di esporsi ad una pluralità di fonti e pareri, in particolare quelli discordanti, ma lo spinge altresì a ricercare conferma delle proprie opinioni iniziali, rafforzate da tali alterati meccanismi informativi, in altri gruppi di persone che le condividano. Ciò porta ad un ulteriore e più grave diminuzione delle occasioni di esposizione al dissenso e di formazione di un'opinione consapevole, elementi necessari e fondamentali di ogni società democratica, dato che il gruppo, come e più dell'individuo, tende naturalmente a confermare e rafforzare le opinioni al suo interno[17].

Viene cioè a crearsi un fenomeno di polarizzazione[18], che è sì naturale e spontaneo in ogni formazione sociale, caratterizzata da un'innata omofilia[19], ma produce effetti significativamente più estesi e radicali online e all'interno dei *social network*: il singolo non solo può trovare con maggiore facilità tali gruppi affini alle proprie opinioni, ma questi possono essere altresì suggeriti dall'algoritmo utilizzato dalla piattaforma[20].

In questi gruppi, dove le idee e le opinioni dei singoli membri vengono confermate, rafforzate e amplificate dagli interventi di ognuno, si viene a creare una *echo chamber*, una camera di risonanza[21] o, utilizzando la definizione di Riva[22], un «*silos sociale*», un'espressione particolarmente efficace per sottolineare il rapporto tra le meccaniche di *marketing* con quelle dell'informazione e della formazione del consenso, qui esaminate. I *social* infatti hanno interesse a che gli utenti vengano inseriti in gruppi omogenei, appunto dei silos contenenti derrate dello stesso genere, che non possano mescolarsi o essere contaminate da visioni alternative, e possano così essere più facilmente bersaglio di inserzioni o, appunto, delle alterazioni del sistema informativo derivanti da tali meccanismi.

Le opinioni espresse all'interno di tali camere di risonanza, tuttavia, non vengono solamente confermate, ma vanno ad amplificarsi a dismisura, radicalizzandosi ed estremizzandosi[23], il che consente di tracciare un parallelo con gli interventi dei Professori

---

16 G. Giacomini, *op. cit.*, 123.

17 G. Pitruzzella, *op. cit.*, 29; C.R. Sunstein, *A cosa servono le Costituzioni. Dissenso politico e democrazia deliberativa*, Bologna, 2009, 63; C.R. Sunstein, *Why societies need dissent*, Londra, 2003.

18 L. Ceccarini, *La cittadinanza online*, Bologna, 2015, 184 ss.; C.R. Sunstein, *#republic*, cit., 79 ss.

19 La presenza del fenomeno della polarizzazione e della tendenza individuale all'omogeneità ed uniformità verso il gruppo d'appartenenza è stata infatti già esaminata in uno studio risalente di P.F. Lazarsfeld - B. Berelson - H. Gaudet, (*The People's Choice - How the voter makes up his mind in a presidential campaign*, New York, 1948, XIV, XXI). Sul punto si vedano anche G. Giacomini, *op. cit.*, 58 ss., e C.R. Sunstein, *#republic*, cit., 29.

20 M. Fasan, *op. cit.*, 112; A. Papa, *"Democrazia della comunicazione"* (2017), cit., 15

21 G. Pitruzzella, *op. cit.*, 30 ss.; J.M. Reyes, *op. cit.*, 19; C.R. Sunstein, *#republic*, cit., 20.

22 G. Riva, *Fake news*, Bologna, 2018, 113.

23 Come l'effetto di polarizzazione, anche tale fenomeno di cristallizzazione ed estremizzazione era

Bassu e Betzu. Rimandando a tali interventi per i necessari approfondimenti, è facile constatare come, all'interno di gruppi chiusi, polarizzati e frammentati, che si pongono in netto contrasto con gruppi sostenitori di opinioni avverse, possano verificarsi con maggiore facilità e frequenza i fenomeni di diffusione di notizie false e contenuti pericolosi, e di *microtargeting* politico. Utilizzati per sostenere e rafforzare ulteriormente le idee all'interno di un determinato gruppo, questi sono infatti tanto uno strumento per ottenere consenso tra i membri del gruppo, quanto un'ulteriore e grave problematica dei meccanismi informativi e di corretta formazione del consenso.

4. È ancora possibile realizzare il pluralismo informativo all'epoca di Internet?

Il quadro d'insieme, che emerge dalle diverse problematiche analizzate, è quindi quello di una società profondamente influenzata dalle nuove tecnologie, in particolare sotto i profili dell'accesso ai mezzi di informazione e nella formazione del consenso. La rete, pur permettendo teoricamente il più ampio accesso all'informazione, e dunque il pluralismo informativo, si presenta infatti al contrario come un contesto che non consente l'effettiva realizzazione di tali condizioni, in particolare nel caso dei *social network*. Un contesto dove, come si è visto, l'utente vive all'interno di una bolla informativa, chiusa ed autoreferenziale, e viene privato degli strumenti per formare correttamente la propria opinione, che deve al contrario realizzarsi nell'accesso al più ampio numero di opinioni e pareri discordanti possibile.

In assenza di tali condizioni, come sottolineato da consolidata giurisprudenza costituzionale[24] e dalla dottrina[25], viene minato uno dei principi fondanti del corretto funzionamento della società democratica, che necessita del pluralismo informativo e dell'accesso alla più ampia varietà di opinioni e pareri, che non possono appunto realizzarsi nell'attuale contesto della rete, dove il cittadino/utente è facilmente isolato nella sua personale bolla informativa, e si impedisce il corretto dibattito tra consenso e dissenso. Dibattito che rappresenta, secondo Sartori[26], il vero centro del pluralismo, vale a dire la «*la dialettica del dissentire*».

In assenza di tale *concordia discors*, del dialogo tra le opinioni contrastanti[27], la democrazia cede davanti a forme di comunicazione e attività politiche personalizzate, come il *microtargeting* politico, volte a ricercare il consenso immediato con soluzioni semplici e rapide, in luogo di politiche di lungo corso derivanti dal dialogo tra le diverse correnti

stato già ben teorizzato da P.F. Lazarsfeld, B. Berelson e H. Gaudet, (*op. cit.*, XXIII), che sottolinearono infatti come il gruppo e gli *opinion leaders* al suo interno siano in grado non solo di rafforzare le opinioni vaghe dell'individuo, ma altresì di estremizzarle. Sul punto si vedano anche: C. Casonato, *op. cit.*, 110; A. D'Aloia, *op. cit.*, 22 ss.; M. Fasan, *op. cit.*, 112; C.R. Sunstein, *#republic*, cit., 93 ss.

[24] Fin dalla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 17 aprile 1969.

[25] F.R. De Martino, *L'attualità del principio pluralista come problema*, in *Rivista AIC*, 2, 2019, 572; F. Donati, *L'art. 21 della Costituzione settanta anni dopo*, in *questa Rivista*, 1, 2018, 95.

[26] G. Sartori, *Pluralismo, multiculturalismo e estranei*, Milano, 2000, 32.

[27] G. Giacomini, *op. cit.*, 115.

politiche[28].

Si è in conclusione determinato un mutamento profondo nella società democratica, che tende a confondere il cittadino ed il consumatore (e le rispettive sovranità[29]), e ad «*uberizzare*» la politica[30], divenuta in tale contesto un mero strumento per l'individuo per ottenere «quello che voglio io, come lo voglio io, quando lo voglio io»[31], in modo analogo a quanto avviene nel commercio online. Politica che pertanto, vista la disintermediazione dei media, che consente a chiunque di produrre informazione[32], senza il necessario filtro del giornalista[33], si concretizza sempre più come una politica «im-mediata»[34], che sfrutta i meccanismi dell'informazione online per una comunicazione politica efficace ai fini di ottenere il consenso.

Si pone quindi come necessaria l'introduzione di adeguati meccanismi di controllo, anche autoritativi, dei contenuti presenti in rete e sui *social network*, nonché di chiare regole di comportamento dei *service provider*, che garantiscano in particolare la pari visibilità dei soggetti politici[35], imponendo altresì che gli algoritmi da questi utilizzati siano programmati in modo da realizzare tale risultato, tramutandosi in strumenti per la realizzazione del pluralismo[36].

Altresì doverosa è poi l'introduzione di politiche attive e di lungo corso che garantiscano, da un lato, la maggiore circolazione e visibilità all'informazione di alto livello e di buona qualità[37], e, dall'altro, una maggiore educazione all'uso della rete e sulle sue dinamiche[38], quali ulteriori mezzi di contrasto alla disinformazione e di garanzia del pluralismo informativo.

In assenza di tali soluzioni, capaci di rimediare alle problematiche descritte, difficilmente la rete potrà realizzarsi come uno spazio di informazione realmente pluralista, che contribuisca al benessere della società democratica. Ed anzi consentirà e faciliterà sempre maggiormente, come avvenuto nell'ultimo decennio, l'ascesa di nuove forze politiche di stampo populista, che hanno sfruttato appieno lo strumento della rete quale mezzo di comunicazione e di guadagno del consenso.

---

[28] G. Giacomini, *op. cit.*, 217; A. Mastropaolo, *Le acrobazie della rappresentanza*, in *Comunicazione politica*, 3, 2018, 318; Y. Mény, *Popolo ma non troppo. Il malinteso democratico*, Bologna, 2019, 143; A. Spadaro, *Su alcuni rischi, forse mortali, della democrazia costituzionale contemporanea. Prime considerazioni,* in *Rivista AIC*, 1, 2017, 13.

[29] C.R. Sunstein, #*republic*, cit., 69 ss.

[30] Y. Mény, *op. cit.*, 169.

[31] E. Assante, *op. cit.*, 5.

[32] M. Fasan, *op. cit.*, 110; G. Pitruzzella, *op. cit.*, 22.

[33] G. Giacomini, *op. cit.*, 22; D. Pittéri, *Democrazia elettronica*, Roma-Bari, 2007, 54; C.R. Sunstein, #*republic*, cit., 57.

[34] I. Diamanti - M. Lazar, *Popolocrazia. La metamorfosi delle nostre democrazie*, Bari, 2018, 137.

[35] B. Caravita, *Social network, formazione del consenso, istituzioni politiche: quale regolamentazione possibile?*, in *federalismi.it*, 23 gennaio 2019, 5

[36] M. Delmastro - A. Nicita, *Big Data – Come stanno cambiando il nostro mondo*, Bologna, 2019, 133-134; A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *Rivista di BioDiritto*, 1, 2019, 83.

[37] B. Caravita, *Il consenso ai tempi dei social*, in *federalismi.it*, 20 giugno 2018, 3

[38] A. D'Atena, *Democrazia illiberale e democrazia diretta nell'era digitale*, in *Rivista AIC*, 2, 2019, 596; C.R. Sunstein, #*republic*, cit., 267.

Piattaforme online e controllo dei contenuti pericolosi

Carla Bassu

Il rapporto tra Internet e democrazia rappresenta una frontiera del diritto contemporaneo. In particolare, con riferimento al tema oggetto di questo intervento, si nota come le piattaforme online gestite da privati esercitano di fatto e, forse, loro malgrado un ruolo nella dinamica democratica perché si rivelano strumentali allo sviluppo e alla manifestazione di libertà fondamentali quali la manifestazione del pensiero, l'espressione della personalità individuale e la libertà di informazione. Nello specifico, i *social network* maneggiano e veicolano contenuti delicati che, in un'epoca segnata dalla minaccia incombente del terrorismo e dal dilagare di diverse forme di istigazione all'odio si prestano a esercitare un impatto sulla dinamica democratica e sulle scelte degli ordinamenti[1]. Le piattaforme entrano in gioco nel momento in cui diffondono materialmente contenuti che gli ordinamenti ritengono pericolosi per la sicurezza per motivi differenti: perché istigano alla violenza, inneggiano al terrorismo, fanno proselitismo per cause estremiste etc.

La questione è delicata e riguarda l'annosa e complicata tematica del rapporto tra libertà e sicurezza, con particolare riferimento alla libertà di espressione di cui, come si è detto, la rete e i social media in particolare sono ormai strumenti fondamentali[2].

Ora, è lecito e, se si, fino a che punto limitare la libertà di espressione per proteggere la sicurezza?[3] Quale è il confine tra legittima manifestazione del proprio pensiero e

---

[1] *Ex multis* cfr. A. Vedaschi, *The dark side of counterterrorism: arcana imperii and salus rei publicae*, in *The American Journal of Comparative Law*, 66(4), 2018, 877 ss.; G. De Minico, *Costituzione. Emergenza e terrorismo*, Napoli 2016; C. Bassu, *Terrorismo e costituzionalismo. Percorsi comparati*, Torino 2010; T. Groppi (a cura di), *Democrazia e terrorismo*, Napoli 2006; P. Bonetti, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna 2006; T.E. Frosini, *Il diritto costituzionale alla sicurezza*, in *forumcostituzionale.it*, 2006; G. de Vergottini, *Guerra e Costituzione*, Bologna 2004

[2] I. Gagliardone - D. Gal - T. Alvez - D. Martinez, *Countering online hate speech*, Unesco Series on Internet Freedom, Paris, 2015. Cfr. T.E. *Frosini, Liberté, Egalité, Internet*, Napoli 2019; sull'impatto delle tecnologie digitali sul regime di riconoscimento e garanzia della libertà di espressione cfr., *ex multis*, J. M. Balkin, *The future of Free Expression in a digital age*, in *Pepperdine Law Review*, 36, 2008, 212 ss.; P. Costanzo, *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, in Aa- Vv., *Costituzionalismo e globalizzazione*, Atti del XXVI convegno annuale, Salerno, 22-24 novembre, Napoli 2012.

[3] Cfr. *ex multis*, O. Pollicino - G. De Gregorio, *Hate speech, una prospettiva di diritto costituzionale comparato*, in *Giornale di Diritto amministrativo*, 4, 2019, 421 ss.; I. Spigno, *Discorsi d'odio: modelli costituzionali a confronto*, Milano 2018; O. Pollicino - G. Pitruzzella - S. Quintarelli, *Parole e potere: libertà di espressione, hate speech e fake news*, Milano, 2017; F. Di Tano, *Hate speech online: scenari, prospettive e criticità giuridiche del fenomeno*, in *Ciberspazio e diritto*, 51(2-3), 2014, 413 ss.; L. Scaffardi, *Oltre i confini della libertà di espressione: l'istigazione all'odio razziale*, Padova 2009; J. Waldron, *The Harm in hate speech*, Cambridge, 2012; M. Rosenfeld, *Hate speech in Constitutional Jurisprudence. In the Content and Context of Hate Speech*, Cambridge, 2012 V. Zeno-Zencovich, *Freedom of expression: A Critical Comparative and Analysis*, London, 2008.

diffusione di messaggi eversivi e potenzialmente pericolosi per la pubblica sicurezza?[4] Quale è il ruolo degli operatori online?

La sensibilità del tema è dimostrata dalla presa di posizione di aziende del calibro di Facebook, Twitter, Microsoft e YouTube che si sono affiancate agli Stati nella predisposizione di piani di azione volti a ottenere la rimozione dalle proprie piattaforme di contenuti ritenuti pericolosi. Si colloca in questa prospettiva di intervento integrato il *Global Internet Forum to Counter Terrorism* (*GIFCT*)[5], un programma orientato a impedire agli estremisti violenti l'utilizzo dei servizi di *hosting* delle piattaforme aderenti al progetto. Strutturato sulla base di realtà come lo *Ue Internet Forum*, il foro ambisce ad agevolare la collaborazione tra le grandi aziende promotrici e le imprese tecnologiche di dimensioni più ridotte definendo anche percorsi di interazione con la società civile, il mondo accademico e le istituzioni nazionali, sovranazionali come l'Ue e internazionali come l'ONU. Dal punto di vista operativo, nell'ambito del forum vengono proposte ed elaborate soluzioni coordinate, finalizzate a sviluppare e perfezionare sistemi di rilevamento e classificazione dei contenuti e definire procedure utili allo scopo di garantire la trasparenza sulla rimozione dei materiali terroristici. Un aspetto importante del *GIFCT* è rappresentato dalla condivisione delle competenze tecnologiche sfruttabili nella lotta al terrorismo da parte delle grandi compagnie promotrici e interlocutori pubblici e privati. In particolare, rileva l'accordo di cooperazione con lo *UN Security Council Counter-Terrorism Executive Directorate* (*UN CTED*) insieme con il progetto *ICT4Peace*, che consente la creazione di una rete di partnership con le aziende più piccole, aiutate nell'adozione e nello sviluppo delle tecnologie necessarie a controllare i contenuti estremisti online e sostenute negli investimenti sulla pratica del *counterspeech*, ovvero la replica ai contenuti violenti. L'impegno dei colossi del *web* che hanno ideato e realizzato l'iniziativa si colloca in una prospettiva di responsabilità etica ma non si può trascurare il fatto che la carenza di strumenti di controllo sui contenuti postati sulle piattaforme ha determinato un forte impatto di immagine ed economico prodotto dalla diffusione di *fake news* e contenuti violenti, con conseguenze sulle inserzioni pubblicitarie che, come è noto, costituiscono una significativa, se non la principale, fonte di introiti. Si pensi, per esempio, a quanto accaduto allorché su YouTube spot commerciali sono stati associati a pubblicazioni pro-ISIS inneggianti alla violenza terroristica, mettendo in luce la necessità di una sostanziale riconsiderazione dello strumentario di *brand safety*. Anche Facebook ha dovuto prendere atto della fallacia del proprio sistema di controllo emersa in modo lampante in occasione della elaborazione da parte del *social media* dei video animati che raccolgono il meglio dell'anno appena trascorso dall'utente. Se l'iscritto al *social network* è un simpatizzante dell'Isis può infatti accadere che tale collage metta in fila una carrellata di immagini inneggianti al terrorismo. La questione è particolarmente delicata perché denuncia la possibilità di un ruolo «proattivo» del *social network* nella diffusione di messaggi violenti perché nei video sopra menzionati, assemblati tramite algoritmo, il sistema si complimenta per il successo

[4] A. Tsesis, *Dignity and Speech: The Regulation of Hate Speech in a Democracy*, in *Wake Forest Law Review*, 44, 2009, 497 ss.

[5] Cfr. anche *gifct.org*.

in termini di *like* di immagini raffiguranti violenza e morte sul fronte dell'Isis[6].
Facebook non è fino a ora riuscito a realizzare l'obiettivo di evitare la diffusione di contenuti violenti, incitanti alla violenza razzista o terroristica[7]. Il monitoraggio effettuato sulle pagine create da circa tremila utenti risultanti in qualche modo collegati a organizzazioni estremiste classificate dal governo degli Stati Uniti ha messo in luce la presenza di contenuti brutali (ad esempio: video di esecuzioni; immagini di teste decapitate; tributi a "martiri" jihadisti) sfuggiti alle maglie del controllo. Il sistema di vigilanza non è pienamente efficace. L'azione di supervisione è svolta prevalentemente in via automatica, tramite l'impiego di algoritmi studiati per riconoscere e rimuovere i messaggi violenti o riconducibili a gruppi terroristici, cui si affiancano più o meno trentamila operatori umani che effettuano un ulteriore screening. È vero che risulta che una percentuale vicina al cento per cento dei contenuti pericolosi viene effettivamente eliminata dal sistema[8] ma il dato si riferisce solo ai contenuti individuati e non è chiaro quale sia la percentuale di materiale terroristico che la piattaforma non riesce a identificare.
La centralità della libertà di espressione nell'impianto costituzionale statunitense[9], sancita chiaramente dal primo emendamento della Costituzione, è alla base della storica esitazione da parte delle autorità nordamericane al riconoscimento di forme di responsabilizzazione degli intermediari digitali, che potrebbero determinare attività di censura collaterale[10]. La normativa primaria federale di riferimento è il *Communication Decency Act* che, alla *Section 230*, esclude che chi fornisce servizi interattivi digitali possa essere dichiarato responsabile di contenuti prodotti e diffusi da altri. In questo senso si collocano le decisioni delle Corti Usa che hanno respinto i ricorsi presentati dai parenti di alcune vittime di attentati compiuti di estremisti islamici i quali accusavano *social network* del calibro di Twitter e Facebook di aver agevolato l'attività dei terroristi che si sono serviti delle piattaforme *social* per fare propaganda e reclutare nuovi adepti[11]. Tuttavia, nonostante la tendenza sia ancora quella di negare la responsabilità degli operatori del web per la diffusione di contenuti espressi da altri, il fenomeno dell'*hate speech* e l'abnorme potenzialità di divulgazione di discorsi d'odio o *fake news* pubblicati online, soprattutto tramite i *social network*, anche negli Usa spinge a riflettere su forme di controllo e contenimento delle pubblicazioni online. In particolare, si discute

[6] V. in particolare il caso del video generato da Facebook il 17 giugno 2018, riportato nel dossier *How Facebook Helps Terrorists and Hate Groups Networks on its Website. Radical Connections*, Rev. 3, April 29, 2019.

[7] A. Al Azm - K.A. Paul, *How Facebook Made It Easier Than Ever to Traffic Middle Eastern Antiquities*, in *World Politics Review*, August 2018.

[8] Cfr. Press Release from Monika Bickert, Director of Global Policy Mgmt. and Brian Fishman, Counterterrorism Policy Mgmt., *Hard Questions: How Effective Is Technology in Keeping Terrorists off Facebook?*, Facebook (Apr. 23, 2018).

[9] V. *ex multis*, D.M. Fraleigh - J.S. Tuman, *Freedom of Expression in the marketplace of ideas*, Los Angeles, 2019. Cfr. O. Pollicino, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in *questa Rivista,* 1, 2018, 50, confronta la natura «tollerante» dell'approccio americano alla «democrazia militante impegnata nella strenua difesa di un sistema valoriale che l'esercizio degli stessi diritti costituzionalmente tutelati rischia di mettere a repentaglio», richiamando in questo senso K. Loewenstein, *Militant Democracy and Fundamental Rights*, in *American Political Science Review*, 31, 1937, 417 ss.

[10] L'espressione "*collateral censorship*" si deve a J. M. Balkin, *Old School/New School Speech Regulation*, in *Harvard Law Review,* 2014, 2296 ss.

[11] V. *U.S. District Court of Northern California, Fields v. Twitter*, November 18, 2016

sull'opportunità di modificare il *Communication Decency Act* per imporre ai *provider* (che attualmente agiscono solo su base volontaria) di rimuovere contenuti riferibili alla propaganda terroristica o in generale di istigazione alla violenza. Diversa è la situazione nell'area di influenza europea dove, nel contesto internazionale, la CEDU ammette espressamente limitazioni alla libertà di espressione finalizzate a salvaguardare i principi della democrazia, prevedendo in generale che l'esercizio di una libertà trovi un limite invalicabile nella garanzia del diritto altrui che non può subire una eccessiva, indebita compressione[12]. Legittimi sono dunque nello spazio europeo interventi normativi statali che prevedano sanzioni per chi si renda responsabile di incitamento all'odio o alla violenza, sebbene massima cura debba sempre essere prestata a che il diritto individuale a manifestare il proprio pensiero sia salvaguardato da eccessiva incisività.
Ma il nodo è sempre nella difficoltà di individuare il grado legittimo di limitazione applicabile alla libertà di pensiero dal momento che il criterio è flessibile e inevitabilmente caratterizzato da una certa discrezionalità decisionale da parte del decisore pubblico e dell'operatore giuridico che interpreta e applica la normativa. Così dubbi sorgono circa la possibilità che la repressione di determinate manifestazioni del pensiero effettuata allo scopo di tutelare un assunto sentimento comune determini in effetti una indiretta gerarchizzazione delle sensibilità interne a una comunità, privilegiando di fatto le correnti di pensiero "dominanti" a svantaggio dei gruppi minoritari. Ancora, la limitazione della libertà di espressione intesa come strumentale a interessi collettivi quali la tutela della sicurezza e la salvaguardia dei principi cardine della democrazia, potrebbe rivelarsi rischiosa nel momento in cui venisse intesa come mezzo di censura. Da qui si comprende la mancata imposizione da parte della CEDU e, in generale, delle istanze del diritto ultranazionale della previsione di sanzioni penali imposte a livello nazionale applicabili in caso di incitamento all'odio o alla violenza terroristica.
A livello sovranazionale[13] si registra comunque un ambizioso piano di prevenzione della divulgazione di contenuti riconducibili al terrorismo attraverso la rete, nell'ambito del quale si colloca la proposta della Commissione europea sottoposta all'attenzione dei leader dei Paesi membri Ue, riuniti a Salisburgo il 19 e 20 settembre 2018[14].
Per quanto riguarda le discipline nazionali, si segnala la legge tedesca entrata in vigore il 1° gennaio 2018[15], definita dai media «Legge Facebook» e mirata a contrastare l'*hate speech* online, categoria flessibile che comprende minacce, insulti e discriminazioni via web. Il provvedimento è rivolto soprattutto ai *social network*, chiamati a vigilare sul rispetto delle severe norme su diffamazione, incitamento all'odio e minacce vigenti in Germania. Chi ometterà di rimuovere i contenuti diffamatori entro i tempi stabiliti sarà

[12] V. J.F. Flauss, *The European Court of Human Rights and the Freedom of Expression*, in *Indiana Law Journal,* 84(3), 2009, 809 ss.; cfr. H. Cannie - D. Voohroof, *The abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection?*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights,* 29(1), 2011, 54 ss.

[13] Per una prospettiva comparata sulle limitazioni alla libertà di espressione in seno all'Unione europea v. O. Pollicino - M. Bassini, *Free speech, defamation and the limits to freedom of expression in the EU: a comparative analysis*, in A. Savin - J. Trzaskowski (eds.), *Research Handbook On EU Internet Law*, Cheltenham – Northampton, 2014, 508 ss.

[14] V. *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on preventing the dissemination of terrorist content online. A contribution from the European Commission to the Leaders' meeting in Salzburg on 19-20 September* 2018 COM (2018) 640 final 12.9.2018.

[15] *Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken*.

sanzionato da multe fino a 50 milioni di euro. La legge non è esente da criticità rappresentate soprattutto dalla vaghezza della definizione dei messaggi censurabili e dallo spazio di azione lasciato alle società private che gestiscono i *social media* e che, di fatto, sono chiamate ad agire in sede applicativa con una certa discrezionalità consentita dalla connotazione vaga del parametro normativo. Non sempre è facile individuare contenuti effettivamente offensivi, basti pensare ai messaggi satirici o "spiritosi": a questo proposito si sono registrati casi eclatanti come la sospensione dell'account Twitter del magazine satirico Titanic a seguito della pubblicazione di messaggi che prendevano di mira scherzosamente una esponente del partito di estrema destra Alternative für Deutschland (AfD) la quale aveva criticato la polizia di Colonia per aver pubblicato alcune comunicazioni in lingua araba[16]. In UK, nell'aprile 2019 il Ministro per Digitale, cultura, media e sport, Jeremy Wright, ha presentato, in collaborazione con il Ministero dell'Interno, un libro bianco che contempla la creazione di un codice di condotta e di un'autorità indipendente chiamata a vigilare sul comportamento delle società di Internet, con potere di comminare sanzioni amministrative e disporre l'oscuramento dei siti nell'ipotesi in cui si configurino violazioni. Particolarmente significativo è il caso della normativa spagnola antiterrorismo, approvata nel 2015, divenuta nota con l'eloquente denominazione di "Ley Mordaza", ossia legge bavaglio, che interviene in senso restrittivo con riferimento a diversi aspetti della libertà di manifestazione del pensiero. Stringente è la sanzione del reato di apologia del terrorismo e della denigrazione delle vittime del terrorismo e dei loro parenti[17] in base al quale negli ultimi anni sono state effettuate numerose incriminazioni legate a contenuti espressi via *web*. Anche in Francia è all'attenzione del Parlamento una proposta di legge che obblighi i gestori dei motori di ricerca e dei *social network* a rimuovere tassativamente entro 24 ore dalla richiesta (a prescindere da chi è inviata) ogni contenuto riconducibile prima facie all'incitamento all'odio, alla violenza o alla discriminazione[18]. La sanzione in caso di non ottemperanza potrà arrivare fino al 4 per cento del fatturato mondiale annuo dell'operatore interessato, una cifra enorme, simile alla multa più severa imposta dal GDPR, la nuova normativa europea sulla privacy. Incaricato di verificare e diffidare formalmente il responsabile della mancata rimozione tempestiva dei contenuti illeciti sarebbe l'organismo francese analogo alla nostra Autorità indipendente per le garanzie nelle telecomunicazioni: il Consiglio dell'audiovisivo[19]. Ancora, una legge australiana del 2019 prevede di multare i social media per una somma pari fino al 10 per cento del loro fatturato annuale e di condannare i dirigenti fino a tre anni di carcere, nel caso in cui non provvedano a rimuovere tempestivamente i contenuti violenti condivisi sulle rispettive piattaforme[20].

---

[16] L'account, che vanta 464mila followers è stato sospeso e sbloccato pochi giorni dopo.

[17] V. art. 578 del codice penale spagnolo

[18] La proposta di legge in tema di "*Lutte contre la haine sur internet*" è reperibile al sito *assemblee-nationale.fr*.

[19] Cfr. F. Rossi, *La penalizzazione della propaganda jihadista online in Francia*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 5, 2019, 125 ss.

[20] V. *Criminal Code Amendment (Sharing of Abhorrent Violent Material) Bill 2019*; cfr. H. Leung, *Australia has passed a Sweeping Law to punish Social Media Companies for not Policing Violent Content. Here's what to know*, in *The Time*, April 5, 2019.

Certamente il momento storico risulta favorevole alla promozione di misure che tutelino la sicurezza, anche a scapito delle libertà individuali. Non si può trascurare che il libro bianco britannico così come la nuova normativa australiana risalgono a pochi giorni dopo che in Nuova Zelanda si era consumato il massacro di Christchurch, puntualmente reso disponibile alla visione universale grazie a una diretta streaming via Facebook. Il fatto che il video sia stato rimosso dalla piattaforma dopo ben dodici minuti ha suscitato clamore e spinto l'amministratore delegato Zuckeberg, in un editoriale pubblicato sul Washington Post, a reclamare dai governi regole stringenti in ordine a quali siano i contenuti accettabili e quali no perché il peso della discrezionalità non può ricadere su aziende private. Nel tentativo di tutelarsi da richiami a responsabilità dirette, Facebook ha assunto l'impegno a bloccare le pubblicazioni inneggianti al nazionalismo. In Italia, per esempio, si registra la sospensione degli account di alcuni componenti della formazione politica di estrema destra Casa Pound, che avevano pubblicato materiale considerato riconducibile alle categorie di apologia del fascismo e incitamento all'odio e alla violenza.

La tendenza che si evince dall'osservazione delle proposte all'esame delle istituzioni nazionali è una responsabilizzazione degli operatori che sono chiamati a vagliare nel merito i contenuti e a procedere alla eventuale rimozione in base a una sostanziale discrezionalità. Importante sarebbe ottenere una riduzione significativa degli automatismi nella individuazione dei contenuti e delle immagini ritenuti pericolosi, investendo su sistemi di monitoraggio a tappeto che, caso per caso e con attenta valutazione del contesto di riferimento, considerino la oggettiva carica di rischio in termini di incitamento all'odio e alla violenza.

Note a Sentenza

Sezione Europa

Corte europea
dei diritti dell'uomo

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

Corte europea dei diritti dell'uomo, 24 settembre 2019, ricc. 75637/13 e 8114/14, *Antunes Emídio e Soares Gomes da Cruz c. Portogallo*

La condanna per diffamazione inflitta dai tribunali nazionali a un giornalista che critica utilizzando un linguaggio provocatorio un politico è una violazione del diritto alla libertà di espressione riconosciuto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo se i giudici nazionali non considerano il contesto generale del dibattito su questioni di interesse pubblico, senza necessità di richiedere una base fattuale sufficiente.
Il linguaggio provocatorio utilizzato dal giornalista rientra nel diritto alla libertà di espressione e, se impiegato verso politici che scelgono volontariamente di entrare nell'arena pubblica, deve essere tollerato e protetto nei casi in cui non costituisca un attacco personale e gratuito.

Sommario

1. Premessa. – 2. La ricostruzione delle vicende all'origine della pronuncia di Strasburgo. – 3. I parametri per accertare la necessarietà dell'ingerenza nel diritto alla libertà di espressione in una società democratica. – 4. Segue: la valutazione dell'interesse pubblico, i giudizi di valore e l'utilizzo di un linguaggio provocatorio. – 5. Osservazioni conclusive.

Keywords

libertà di stampa – diffamazione – reputazione – *public figures* – art. 10 CEDU

1. Premessa

La definizione precisa dei contorni entro i quali gli Stati possono invocare una misura limitativa della libertà di stampa, fondando detta limitazione sulla necessità del provvedimento in una società democratica, si arricchisce di un nuovo intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo con riferimento, in particolare, al rapporto tra politici e

giornalisti che, sempre più di frequente, sono destinatari di azioni per diffamazione e connesse condanne sul piano nazionale. Malgrado gli stessi politici debbano dimostrare una maggiore tolleranza alle critiche, è oggi possibile constatare un incremento delle azioni per diffamazione con richieste di risarcimenti spesso milionarie in grado di compromettere la libertà di stampa, al pari dei casi di violenza fisica[1] perché, come sottolineato dall'Unesco, «*misuse of defamations laws can have a chilling (not to mention silencing) effect on freedom of expression*»[2].

Con la sentenza depositata il 24 settembre, e divenuta ormai definitiva, resa nei casi *Antunes Emídio e Soares Gomes da Cruz c. Portogallo* (ricc. 75637/13 e 8114/14), la Corte di Strasburgo ha ampliato l'esercizio del diritto di opinione e di critica da parte dei giornalisti - garantiti anche nei casi in cui utilizzino un linguaggio provocatorio - allorquando i destinatari degli articoli "irriverenti" siano politici che scendono volontariamente nell'"arena pubblica". Oltre che per i profili relativi al rafforzamento della libertà di stampa dei giornalisti, che permettono di assegnare alla Corte europea un ruolo di fondamentale importanza nella tutela della libertà di stampa, oggi in controtendenza rispetto ad alcune legislazioni limitative di tale diritto, finanche in Paesi europei[3], situazione che ha portato a ritenere che "press freedom in Europe is more fragile now than at any time since the end of the Cold War"[4], la sentenza si segnala per l'individuazione di un più ampio margine di intervento della Corte europea rispetto alle valutazioni effettuate dai giudici nazionali con un richiamo preciso da parte di Strasburgo in ordine alla necessità di considerare non unicamente l'articolo, ma anche il contesto nel quale l'opinione del giornalista si sviluppa, in considerazione del fatto che la libertà di stampa è funzionale a realizzare la libertà di opinione attiva e passiva di ogni individuo[5]. Inoltre, come vedremo, dalla pronuncia, che unisce due diversi

---

[1] Basti pensare al numero di denunce per diffamazione che hanno colpito la giornalista Daphne Caruana Galizia prima di essere uccisa, il 16 ottobre 2017, a Malta. Cfr. i documenti riportati nel sito *coe.int* .

[2] Così nel rapporto Unesco *Freedom of expression toolkit*, Paris, 2013, spec. 19, disponibile online.

[3] A tal proposito si veda il disegno di legge sui media audiovisivi in Albania presentato nell'ottobre del 2018; il *Freedom Information Act* ungherese del 2015; la legge polacca del 2018 sui limiti alla libertà di espressione con riguardo ai crimini commessi durante la Seconda guerra mondiale; la situazione della libertà di stampa a Malta (segnata anche dall'uccisione di Daphne Caruana Galizia), in Slovacchia con l'uccisione del giornalista Jan Kuciak, senza dimenticare la situazione in Turchia. Per i testi indicati si rinvia al sito *osce.org* Cfr., inoltre, la risoluzione del Parlamento europeo del 19 aprile 2018 sulla protezione dei giornalisti investigativi in Europa, reperibile nel sito *europarl.europa.eu*, nonché la risoluzione n. 2141 dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa del 24 gennaio 2017 sugli attacchi ai danni di giornalisti e di mezzi d'informazione in Europa. Giova ricordare che l'allora candidata alla Commissione europea Vera Jourova, nell'audizione al Parlamento Ue del 9 ottobre 2019, ha sottolineato il legame tra pieno rispetto della *rule of law* e tutela dei giornalisti, evidenziando l'abuso di cause contro i reporter. Il testo è reperibile nel sito *europarl.europa.eu.*

[4] Si veda il rapporto annuale dei componenti della Piattaforma per promuovere la protezione del giornalismo e la sicurezza dei giornalisti del Consiglio d'Europa, dal titolo *"Democracy at risk: threats and attacks against media freedom in Europe"*, Strasbourg, 2019. Nel documento, oltre alla segnalazione della Turchia come «*the world's biggest jaler of journalists*», si evidenzia che l'Italia è lo Stato «*which saw the sharpest increase in the number of media freedom alerts reported in 2018*» (spec. a p. 6).

[5] Per una ricostruzione generale del ruolo della libertà di stampa, si rinvia al documento della Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto (Commissione Venezia) del Consiglio d'Europa del 19 settembre 2016, CDL-PI (2016)011, reperibile nel sito *coe.int.*

ricorsi, affiora un differente trattamento nei casi in cui la condanna per diffamazione sia indirizzata a un giornalista e quelli in cui sia colpito un normale cittadino, con un rafforzamento del diritto ad esprimere giudizi di valore a vantaggio dei giornalisti rispetto ad altri soggetti.

2. La ricostruzione delle vicende all'origine della pronuncia di Strasburgo

Il primo ricorso è stato presentato da un giornalista di un settimanale regionale portoghese che aveva pubblicato un articolo dal titolo "*Only chickens were left*" che conteneva aspre critiche nei confronti della classe politica portoghese e, in particolare, verso l'allora Segretario di Stato all'agricoltura, alle foreste e allo sviluppo rurale. Quest'ultimo era stato definito «…*the most idiotic politician I know*» e, a seguito della pubblicazione dell'articolo, l'uomo aveva denunciato il giornalista per diffamazione, ottenendo una condanna a versargli una multa di 2.500 euro e un indennizzo di 2.785 euro al politico perché i giudici nazionali avevano ritenuto che il giudizio di valore non avesse un fondamento nella condotta del politico e non contenesse una critica oggettiva, motivi in base ai quali l'affermazione era andata al di là di una critica ammissibile. Il verdetto era stato confermato anche nelle altre fasi di giudizio.
La seconda vicenda aveva al centro la pubblicazione di una lettera su un quotidiano, scritta da un medico e manager di una clinica portoghese, che accusava il sindaco di essere "*dishonest*" e "*coward*", contestando la mancata convocazione alle riunioni per l'accreditamento delle strutture nell'ambito dei servizi comunali, situazione che aveva portato l'esclusione della sua clinica dalle strutture individuate dal Comune per la fornitura di servizi alla collettività. Anche in questo caso era arrivata la condanna, con una multa pecuniaria da versare al Comune pari a 18mila euro e un indennizzo al sindaco di 4.500 euro, malgrado i giudici di appello avessero richiamato la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Un segno evidente che, nonostante la maggiore consapevolezza circa gli obblighi di applicazione della Convenzione sul piano interno, permangono difficoltà sull'effettiva e corretta applicazione anche perché le norme internazionali devono essere attuate tenendo conto della giurisprudenza degli organi di garanzia internazionali, talvolta non valutata nella sua corretta portata.

3. I parametri per accertare la necessarietà dell'ingerenza nel diritto alla libertà di espressione in una società democratica

Anche in questa vicenda, l'aspetto controverso ha riguardato il difficile raggiungimento di un giusto equilibrio tra diritto alla libertà di espressione (in un caso di un giornalista e nell'altro di un normale individuo) e protezione della reputazione dei politici, collegata soprattutto all'analisi dei limiti imposti dalle autorità nazionali in forza della necessarietà della misura restrittiva in una società democratica. L'art. 10 della Con-

venzione europea assicura a ogni persona la libertà di espressione prevedendo, però, che tale libertà, «comportando doveri e responsabilità», possa essere sottoposta «a determinate formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni previste dalla legge costituenti misure necessarie in una società democratica, per la sicurezza nazionale, l'integrità territoriale o l'ordine pubblico, la prevenzione dei disordini e dei reati, la protezione della salute e della morale, la protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni confidenziali o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario»[6]. Le ingerenze, quindi, che limitano l'esercizio del diritto possono essere considerate ammissibili in base alla Convenzione solo se previste dalla legge, se perseguono un fine legittimo, specificato nel par. 2 dell'art. 10 e se necessarie in una società democratica. Nel caso in esame, le parti convergono sul fatto che i primi due requisiti sono stati soddisfatti perché la limitazione era prevista nel codice penale portoghese e l'oggetto della tutela era la reputazione del politico nazionale in un caso, del sindaco nell'altra vicenda. La questione controversa è la necessità della misura in una società democratica, formula che si presta a problemi interpretativi e che la stessa Corte europea ha provveduto, tassello dopo tassello, a precisare. A nostro avviso, con la pronuncia che qui si commenta, relativa non all'informazione su un fatto, ma alla critica politica, la Corte ha evidenziato l'esigenza di considerare un ulteriore elemento per assicurare il diritto convenzionale, ossia che la valutazione della necessarietà della misura sia variabile in base all'elemento soggettivo e, quindi, considerando l'individuo che esercita la libertà di opinione. Questo aspetto affiora con precisione proprio nella sentenza in esame perché, nel riunire due vicende con oggetto simile ossia la critica verso politici, su questioni di interesse generale, la Corte, come vedremo, lascia maggiore libertà al giornalista rispetto a altri individui, per i quali richiede, a fondamento della critica, una base fattuale.

La pronuncia tratta, infatti, due questioni differenti: nel primo caso, come detto, l'esercizio della libertà di espressione da parte dei giornalisti che accanto a un diritto hanno anche il dovere di informare su questioni di interesse generale e, nell'altro caso, l'esercizio di detta libertà da parte di un medico e, quindi, di un normale cittadino, diverso dai giornalisti.

Ed invero, lo schema seguito dalla Corte, come vedremo, è, nel suo impianto essenziale, identico perché Strasburgo procede a valutare l'interesse pubblico dell'argomento sotteso al commento, la circostanza che si tratti di una dichiarazione di fatto o di un giudizio di valore, lo stile utilizzato, la valutazione sull'individuo che si ritiene colpito dall'articolo e la sanzione inflitta. Tuttavia, nel caso di giudizi di valore – che erano quelli rilevanti in entrambi i casi – ci sembra che la Corte proceda a imporre limiti maggiori per il privato cittadino rispetto a una più ampia libertà concessa al giornalista. Pertanto, per garantire la corretta applicazione dell'art. 10, i giudici nazionali devono considerare il dato oggettivo ossia l'articolo/notizia e il dato soggettivo sotto un du-

[6] Cfr., per tutti, M. Oetheimer-A. Cardone, *Articolo 10*, in S. Bartole-P. De Sena-V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, 397 ss.; M. Verpeaux, *Freedom of expression,* Strasbourg, 2010, 159 ss.; A. Strowel - F. Tulkens, *Liberté d'expression et droits concurrents: du juge de l'urgence au juge européen de la proportionnalité,* in *Médias et droit,* Louvain, 2008, 7 ss.

plice profilo ossia autore dell'articolo e destinatario.

4. Segue: la valutazione dell'interesse pubblico, i giudizi di valore e l'utilizzo di un linguaggio provocatorio

L'articolo al centro della sentenza *Antunes Emídio e Soares Gomes da Cruz c. Portogallo* affrontava questioni di interesse generale riguardando l'attività di diversi uomini politici nella gestione della collettività. Giova ricordare che sin dalla sentenza *Lingens c. Austria* dell'8 giugno 1986, la Corte europea ha stabilito che i politici devono avere maggiore tolleranza nel recepire critiche della stampa[7], finanche evitando il ricorso a misure di tutela di carattere penale, in ragione della posizione dominante da loro rivestita che, non di rado, si manifesta anche, secondo noi, con il godimento di immunità di cui gli altri soggetti non usufruiscono.
Pertanto, anche se nell'esprimere la propria opinione il giornalista aveva utilizzato un linguaggio colorito definendo il politico "*idiotic*", le autorità giurisdizionali portoghesi, applicando l'art. 10 della Convenzione come interpretato da Strasburgo, avrebbero dovuto garantire la libertà del reporter evitando un'ingerenza non giustificata. Ed invero, proprio su questo punto si può evidenziare una divergente interpretazione tra giudici nazionali, che pure hanno richiamato la giurisprudenza della Corte europea e la stessa Corte di Strasburgo. Per i primi, infatti, si era verificata una violazione della reputazione del politico, mentre per la Corte europea l'ingerenza dello Stato non era necessaria in una società democratica tenendo conto del fatto che si trattava di un giudizio di valore (per di più proprio nei confronti di un politico), come tale non suscettibile di prova, senza che l'indicato giudizio costituisse «*a personal attack on R.B., but should rather be read in the context of the political situation and the article itself*».
La Corte fa così un ulteriore passo avanti perché non solo distingue tra dichiarazioni di fatto e giudizi di valore, tra cronaca e critica che, contenendo un giudizio di valore e non una dichiarazione di fatto, assicura una maggiore libertà al giornalista non tenuto a provare quanto affermato (su questo aspetto rinviamo al paragrafo 5), ma introduce un obbligo di valutazione, per assicurare il pieno rispetto della Convenzione, di elementi esterni rispetto al mero articolo quali il contesto della situazione politica - che diventa anche un parametro per accertare l'interesse generale a ricevere informazioni - e la stessa persona destinataria delle critiche. Se quest'ultimo aspetto costituisce una conferma di quanto affermato in passato da Strasburgo, la valutazione sulla base del contesto non solo dell'articolo, ma anche della situazione politica generale costituisce una novità che va ad allargare la libertà di stampa e le possibilità di valutazioni critiche, anche provocatorie ed esagerate, nei confronti dei politici[8]. Inoltre, nella valutazione,

[7] Cfr., sulla pronuncia, R. St. J. MacDonald, *Politician and the press,* in F. Matscher-H. Petzold (eds.), *Protecting Human Rights: the European Dimension Studies in Honour of Wiarda,* Köln-Berlin-Bonn-München, 1998, 360 ss.; V. Zeno-Zencovich, *Tutela della reputazione e manifestazione del pensiero nella Convenzione europea per i diritti dell'uomo. Una sentenza della Corte europea che farà discutere,* in *Foro it.,* IV, 1987, c. 50 ss. Più in generale, G. E. Vigevani, *Libertà di espressione e discorso politico tra Corte europea dei diritti e Corte costituzionale*, in N. Zanon (a cura di), *Le corti dell'integrazione europea e la corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006, 459 ss.

[8] Nella sentenza del 5 giugno 2008, nel caso *I Avgi Publishing e Karis c. Grecia,* ric. 15909/06, a fronte di una condanna per diffamazione di un giornalista e del suo editore, la Corte ha stabilito che l'espressione

la Corte non richiede un collegamento del giudizio di valore espresso con una base fattuale, lasciando ampia libertà al giornalista a differenza, come vedremo analizzando il secondo caso al centro della sentenza della Corte del 24 settembre 2019, di quanto avviene per altri individui[9].

Ed invero, nel rapporto stampa-politica, Strasburgo, nel corso degli anni, ha "eroso" la protezione della reputazione dei politici a vantaggio della stampa considerando diversi elementi e procedendo a individuare parametri *ad hoc* nel caso di coinvolgimento di politici. Prima di tutto, tra questi vi è la valutazione circa l'esistenza di un interesse pubblico e generale della notizia o del contenuto dell'articolo. È così evidente che un'analisi politica effettuata dal giornalista, che svolge una funzione di intermediazione a favore della collettività, esercitando la libertà di opinione e di trasmissione di idee, è di primaria importanza in una democrazia compiuta perché funzionale anche al libero e consapevole esercizio del diritto di voto. Se certo ciascuno è libero di formarsi con diversi mezzi la propria opinione, è anche vero che il giornalista è in grado sia di fornire informazioni sia di compiere un'analisi politica approfondita che un singolo individuo potrebbe non essere in grado di formulare. In pratica, non è solo la notizia in sé da proteggere, ma anche l'analisi politica che ovviamente contiene un giudizio di valore che non può essere oggetto di prova e, come risulta della pronuncia in esame, neanche di una base fattuale sufficiente (in modo diverso, come vedremo, dai casi che coinvolgono altri individui). È così garantita la peculiare situazione dei giornalisti che godono di una protezione rafforzata proprio perché non esprimono solo la propria opinione, esercitando la libertà di espressione, ma permettono anche l'esercizio del diritto della collettività a ricevere informazioni, espressamente garantito, nella sua forma passiva, dallo stesso art. 10 della Convenzione.

Applicando tale principio, non solo i giudici nazionali devono procedere a una diversa valutazione del diritto alla libertà di espressione a seconda dei casi in cui si sia in presenza di una dichiarazione di fatto o di un giudizio di valore (risultato raggiunto in molti Paesi), ma anche il legislatore deve intervenire per assicurare una diversa disciplina, in linea con quanto già affermato, tra le altre, con la sentenza *Ukrainian Media Group c. Ucraina* (ric. 72713/01) del 29 marzo 2005, nella quale la Corte ha considerato che la legge ucraina, che non conteneva una differenza di trattamento tra i casi di diffamazione relativi a giudizi di valore e quelli relativi a dichiarazioni di fatto, fosse contraria alla Convenzione. L'assenza di considerazione di questa differenza, infatti, comportava che «...*the publications contained criticism of the two politicians in strong, polemical, sarcastic language*» finissero per non godere di alcuna protezione. Così la Corte aveva concluso per la violazione della Convenzione precisando che «*No doubt the plaintiffs were offended thereby, and may have even been shocked. However, in choosing their profession, they laid themselves open to robust criticism and scrutiny; such is the burden which must be accepted by politicians in a democratic society*» (§ 67).

"noto sfrenato nazionalista", utilizzata in un articolo che aveva come destinatario un politico, era un giudizio di valore e non un fatto, non suscettibile di prova sulla base di elementi materiali. Tuttavia, secondo i giudici internazionali «*Au demeurant, l'expression litigieuse n'était pas dépourvue de base factuelle*», con ciò evidenziando la necessità della presenza della base fattuale.

[9] V. *infra,* par. 5.

A questo elemento, che già assicura una maggiore tutela del giornalista che esprime giudizi su un politico su questioni di interesse generale, la Corte europea ha aggiunto un ulteriore elemento relativo all'onere della prova perché i giudici internazionali hanno rilevato che non si può chiedere al giornalista di provare le proprie opinioni, mentre si può chiedere al politico la prova del danno ricevuto dalla valutazione considerata diffamatoria. In questo senso, si può ricordare la sentenza *Dyuldin e Kislov c. Russia* del 31 luglio 2007 (ric. 25968/02)[10], con la quale la Corte ha rilevato che i tribunali nazionali non possono chiedere a un giornalista di provare quanto sostenuto in un giudizio di valore ritenuto offensivo, ma devono piuttosto chiedere alla parte che si ritiene diffamata di mostrare la lesione subita in connessione al giudizio di valore[11].
Al contempo, l'eventuale lesione va rapportata e bilanciata con la necessità di informare la collettività e con l'interesse pubblico a ricevere le informazioni che – come precisato dalla Corte nella sentenza del 24 settembre – devono godere di un "high level of protection by the domestic courts", tenute a considerare il testo facendo riferimento al momento in cui è stato scritto (nel caso di specie nel 2011, anno della crisi del debito sovrano e della richiesta di aiuto del Governo portoghese all'Unione europea, alla Banca centrale europea e al Fondo monetario internazionale). Proprio il particolare contesto politico giustificava l'utilizzo di un linguaggio provocatorio e finanche del termine "idiotic", che non costituiva un attacco personale perché – come detto - doveva essere letto «*in the context of the political situation and the article itself*».
Chiarita l'esistenza di un interesse pubblico a ricevere informazioni su una questione di interesse generale e dell'impossibilità di richiedere una prova di un giudizio di valore, la Corte è passata ad analizzare la possibilità di giustificare un'ingerenza con riguardo al linguaggio scelto dal giornalista. Sul punto, è opportuno ricordare che nel diritto alla libertà di espressione di cui all'art. 10 è inclusa anche la possibilità di scegliere lo stile con il quale esprimersi. Tale facoltà ha ampia portata in particolare a vantaggio del giornalista che beneficia di una maggiore libertà proprio in ragione della sua attività che consiste anche nel richiamare l'attenzione della collettività (che giustifica l'impiego di uno stile incisivo), per di più in tempi rapidi, su questioni di interesse generale. Proprio la sentenza *Antunes Emídio e Soares Gomes da Cruz c. Portogallo* del 24 settembre 2019 evidenzia questa scelta della Corte e permette di comparare due diverse situa-

[10] L'assenza di una simile distinzione è costata alcune condanne anche alla Russia: si vedano le sentenze dell'11 febbraio 2010, *Fedchenko c. Russia*, ric. 33333/04, e *Fedchenko c. Russia (n. 2),* ric. 48195/06.
Sulle questioni relative all'incompatibilità con la Convenzione delle richieste di prove ai giornalisti nei casi di giudizi di valore, tra la numerosa giurisprudenza, si veda anche la sentenza *Lewandowska-Malec c. Polonia,* ric. 39660/07 (2012), nonché, più in generale, la pronuncia *Mengi c. Turchia*, ricc. 13471/05 e 38787/07 (2012).

[11] Nello stesso senso, la sentenza del 12 luglio 2007, *A/S Diena e Ozolins c. Lettonia,* ric. 16657/03, con la quale la Corte ha ritenuto che la condanna del giornalista, che aveva riportato notizie di interesse pubblico come la privatizzazione di alcune società petrolifere, con critiche al ministro dell'economia, fosse contraria alla Convenzione anche se il giornalista aveva, sulla base di dati fattuali veri, rivolto alcuni attacchi personali all'uomo politico.
Quest'orientamento riprende quanto stabilito dalla Corte suprema americana nella sentenza del 9 marzo 1964, *New York Times c. Sullivan,* 376 U.S. 254 (1964), nella quale è stato affermato che «*A State cannot, under the First and Fourteenth Amendments, award damages to a public official for defamatory falsehood relating to his official conduct unless he proves "actual malice"*» e, in particolare, «*that the statement was made with knowledge of its falsity or with reckless disregard of whether it was true or false*».

zioni. Con riferimento ai giornalisti, la Corte ha precisato che non spetta né ai giudici nazionali né ad essa stessa sostituirsi alle scelte stilistiche del giornalista che devono richiamare l'attenzione del pubblico anche ricorrendo a un certo grado di provocazione. Già in precedenza, con la sentenza *Lopes Gomes da Silva c. Portogallo*, ric. 37698/97, depositata il 28 settembre 2000, la Corte aveva ritenuto contraria alla Convenzione la condanna del giornalista il quale aveva definito "zotico" e "grossolano" un politico. Anche in quell'occasione, poiché non si trattava di un attacco personale, la sanzione nei confronti del giornalista non era giustificata in base alla Convenzione. Così, con la sentenza *Oberschlick c. Austria (n. 2)* del 1° luglio 1997 (ric. 20834/92), era stata esclusa la diffamazione verso un politico di destra austriaco definito in un articolo "un idiota" proprio perché il destinatario era un politico e il giornalista aveva diritto ad usare un linguaggio provocatorio[12]; nella sentenza del 13 novembre 2003, nel caso *Scharsach and New Verlagsgesellschaft mbH c. Austria* (ric. 39394/98), la Corte aveva accertato la violazione del diritto alla libertà di espressione di un giornalista condannato dai tribunali interni per diffamazione per aver usato l'espressione "closet Nazi" nei confronti di un politico. A ciò si aggiunga che, come chiarito nella sentenza *Riolo c. Italia* del 17 luglio 2008 (ric. 42211/07), le autorità nazionali non possono estrapolare la singola frase dall'articolo, ma devono procedere a una valutazione globale. Nella sentenza, infatti, la Corte, malgrado il giornalista avesse definito un politico "goffo emulo locale", ha ritenuto che «la libertà giornalistica può comprendere il possibile ricorso ad una certa dose di provocazione».

Questo ha poi portato la Corte di Strasburgo a concludere, nella sentenza dell'8 ottobre 2009 nel caso *Brunet-Lecomte e Tanant c. Francia* (ric. 12662/06), che «*la marge d'appréciation dont disposaient les autorités pour juger de la 'nécessité' de la mesure litigieuse était particulièrement restreinte*» nei casi in cui il destinatario della frase fosse un politico[13]. Come osservato dalla Commissione Venezia del Consiglio d'Europa, nel parere n. 715/203 del 9 dicembre 2013 sulla legislazione italiana in materia di diffamazione, «*Public authorities must respect the right of journalists to disseminate information on questions of general interest, including through recourse to a degree of exaggeration or provocation provided that the act in accordance with responsible journalism*»[14].

Il grado di esagerazione e provocazione concesso al giornalista, inoltre, è rapportato al soggetto al quale le affermazioni sono rivolte, con un ampiamento del livello nei casi in cui il destinatario sia un politico che sceglie liberamente di apparire nell'"arena pubblica" e che è consapevole di essere sotto i riflettori e di avere obblighi maggiori di trasparenza rispetto ai privati e ad altri personaggi pubblici. Di conseguenza, da un lato il politico deve dimostrare una maggiore tolleranza (anche, ad esempio, nel caso della satira che per sua natura è funzionale a provocare)[15] e, dall'altro lato, l'ingerenza dello Stato, seppure per i motivi specificati nel secondo comma dell'art. 10, è sensibilmente ridotta proprio perché – come precisato dalla Corte – il margine di apprezzamento è

[12] Rinviamo sul punto a M. Castellaneta, *La libertà di stampa nel diritto internazionale e europeo*, Bari, 2012, 116 ss.

[13] Si veda il § 55 della sentenza.

[14] Così il documento CDL-AD(2013)08, reperibile nel sito *coe.int*.

[15] Si v. la pronuncia del 20 ottobre 2009, *Alves da Silva c. Portogallo*, ric. 41665/09.

particolarmente ristretto.

Su questa posizione sono assestati anche gli organi di garanzia di altri sistemi regionali a tutela dei diritti umani che hanno richiamato proprio la giurisprudenza della Corte europea[16].

Ad esempio, la Corte africana sui diritti dell'uomo e dei popoli con la sentenza del 5 dicembre 2014, *Lohé Issa Konaté c. Burkina Faso* (ric. 004/2013), richiamando la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sui limiti all'ingerenza degli Stati in materia di libertà di espressione esercitata da un giornalista, ha stabilito che è necessario considerare le funzioni della persona la cui reputazione deve essere protetta evidenziando «..*that its assessment of the need for the limitation must necessarily vary depending on whether the person is a public figure or not*» e che «…*freedom of expression in a democratic society must be the subject of a lesser degree of interference when it occurs in the context of public debate relating to public figures*»[17]. Nello stesso senso anche la Commissione e la Corte interamericana dei diritti dell'uomo che, sin dalla pronuncia *Herrera-Ulloa c. Costa Rica* (n. 107), del 2 luglio 2004, hanno sottolineato che gli uomini pubblici e i politici devono essere pronti a ricevere critiche più aspre rispetto a quelle rivolte a privati e devono avere una soglia di tolleranza più alta rispetto ai privati perché «*they have voluntarily exposed themselves to a stricter scrutiny and because they have an enormous capacity to call information into question through its convening power*»[18].

In modo analogo si è espresso il Comitato Onu dei diritti dell'uomo, nelle constatazioni rese il 31 ottobre 2005, nel caso *Bodrožić c. Serbia e Montenegro,* rilevando che lo Stato in causa aveva violato l'art. 19 del Patto, che assicura la libertà di espressione, condannando un giornalista il quale aveva pubblicato un articolo critico nei confronti di un uomo politico accusandolo di aver dato supporto a Slobodan Milošević, perché «*in circumstances of public debate in a democratic society, especially in the media, concerning figures in the political domain, the value placed by the Covenant upon uninhibited expression is particularly high*»[19].

Accanto a quanto affermato dagli organi internazionali di garanzia, è rilevante anche che i giudici interni, seppure tra alti e bassi, procedano a considerare e attuare quanto

---

[16] V. *infra,* nota n. 18.

[17] Così il § 155 della sentenza, reperibile nel sito *en.african-court.org*. La Corte ha richiamato anche la Comunicazione n. 105/93-128/94-130/94-152/96, par. 74 della decisione del 31 ottobre 1998, *Media Rights Agenda, Constitutional Rights Project, Media Rights Agenda e Constitutional Rights Project c. Nigeria*. La vicenda aveva avuto origine dalla sospensione dell'attività di alcuni giornali decisa dal Governo nigeriano per le critiche verso il Presidente. La Commissione africana dei diritti dell'uomo, constatata la violazione della Carta, ha osservato che «*it should be assumed that criticism of the government does not constitute an attack on the personal reputation of the head of state. People who assume highly visible public roles must necessarily face a higher degree of criticism than private citizens; otherwise public debate may be stifled altogether*» (par. 74). Si veda il testo nel sito *achpr.org*.

[18] Nella sentenza è richiamata, tra le altre, la pronuncia *Case of Sürek and Özdemir c. Turchia,* nella quale è affermato che «*the acceptable limits to criticism are broader with regard to the Government that in relation to the private citizen or even a politician. In a democratic system, the acts or omissions of the Government should be subject to rigorous examination, not only by the legislative and judicial authorities, but also by public opinion*» (§ 60). In questo senso, si veda il rapporto annuale del Relatore speciale sulla libertà di espressione, Edison Lanza, contenuto nel rapporto della Commissione interamericana sui diritti umani relativo al 2018 presentato il 17 marzo 2019 (OEA/Ser.L/V/II.Doc.30), § 272, reperibile nel *oas.org*.

[19] CCPR/C/85/D/1180/2003, comunicazione n. 1180/2003, § 7. Si veda anche la pronuncia del 18 aprile 2005 relativa al caso *Rafael Marques de Morais c. Angola,* Comunicazione n. 1128/2002, CCPR/C/83D/1128/2002.

stabilito dalla Corte europea nei casi di critiche espresse dai giornalisti verso politici[20]. A titolo di esempio, per limitarci all'Italia, si consideri la sentenza n. 19694 della Corte di Cassazione, V sezione penale, depositata l'8 maggio 2019, con la quale la Suprema Corte ha annullato la pronuncia dei giudici di merito i quali avevano condannato per diffamazione un giornalista che aveva espresso una critica politica molto dura nei confronti di un ex sindaco. La Cassazione ha ribaltato il verdetto della Corte di appello di Trieste sottolineando che «il rispetto della verità del fatto assume rilievo limitato, necessariamente affievolito rispetto alla diversa incidenza sul versante del diritto di cronaca, in quanto la critica, quale espressione di opinione meramente soggettiva, ha per sua natura carattere congetturale, che non può, per definizione, pretendersi rigorosamente obiettiva ed asettica»[21]. La Suprema Corte, richiamando la giurisprudenza di Strasburgo con riguardo ai giudizi di valore ha sottolineato la possibilità per il giornalista di ricorrere a toni forti e sferzanti nell'ambito della polemica politica, evidenziando che perché si configuri un'offesa alla reputazione «non è sufficiente l'astratta idoneità delle parole a offendere, ma è necessario che esse siano a ciò destinate, in quanto adoperate appunto nel loro significato offensivo».

5. Osservazioni conclusive

Alla luce dell'analisi svolta, si può ritenere che la sentenza *Antunes Emídio e Soares Gomes da Cruz c. Portogallo* contribuisca a chiarire la corretta interpretazione dell'art. 10 della Convenzione europea con specifico riferimento ai giornalisti, permettendo di tracciare una sempre più chiara linea di demarcazione tra tutela della libertà esercitata dai giornalisti o da altri soggetti. La Corte, infatti, ha sottolineato che nella valutazione dell'ingerenza nella libertà di stampa, accanto all'interesse pubblico dell'articolo e della libertà offerta nei giudizi di valore, deve essere considerato l'articolo nel contesto generale della situazione politica, permettendo così una maggiore libertà al giornalista e una minore possibilità di ingerenza delle autorità nazionali. Tuttavia, l'aspetto più interessante è costituito dalla circostanza che, nello scegliere di riunire due ricorsi e pronunciare un'unica sentenza, la Corte europea ha permesso di cogliere con maggiore evidenza le differenze tra libertà di espressione dei giornalisti e quella di altri individui. Per i primi, infatti, con particolare riguardo ai giudizi di valore, la Corte non fa riferimento alla necessità di una base fattuale con riguardo ai giudizi espressi, anche attraverso un linguaggio provocatorio, mentre nel caso del medico che aveva criticato un politico, pur ribandendo l'ampia libertà in un giudizio di valore che non si presta, per sua natura, all'esistenza di una prova, la Corte ha richiesto l'esistenza di una base fattuale che mostri una "*sufficiently close connection*" con l'opinione espressa. Ed invero, mettendo a confronto i due casi e le affermazioni della Corte nella stessa sentenza

[20] Si veda G.E. Vigevani, *Il diritto di critica e di satira,* in G.E. Vigevani-O. Pollicino-C. Melzi d'Eril-M. Cuniberti-M. Bassini, *Diritto dell'informazione e dei media,* Torino, 2019, 51 ss., il quale sottolinea che nella giurisprudenza italiana si assiste «a un lento movimento verso una concezione più libertaria nei rapporti tra diritto di critica e altri interessi in conflitto, specie quando il soggetto che si ritiene leso è un personaggio pubblico».

[21] Così anche la sentenza n. 4938 del 28 ottobre 2010, resa della stessa sezione.

del 24 settembre, nel ricorso del medico, i giudici internazionali hanno effettuato un controllo sulla "*factual basis*" al fine di verificarne la sufficienza rispetto all'opinione espressa, precisando che la proporzionalità dell'ingerenza può dipendere dall'esistenza di una base fattuale collegata alla dichiarazione contestata e che, in assenza di tale base, il «*value judgment may prove excessive*». Nel caso in esame, la Corte conclude che le espressioni utilizzate dal medico «*had a sufficiently close connection with J.C.'s conduct*».
Per la vicenda del giornalista, invece, la base fattuale non è stata richiesta, a differenza, ad esempio, della sentenza *I Avgi Publishing e Karis c. Grecia* nella quale i giudici internazionali avevano sottolineato che «…*l'expression litigieuse n'était pas dépourvue de base factuelle*»[22], e l'analisi è stata collegata al contesto generale e non solo a quello espositivo.
In questo modo, la Corte fornisce un'ampia tutela del giornalista non solo nella sua attività di diffusione di informazioni di interesse generale, ma anche nella sua funzione di trasmissione di idee e di opinioni che, se frenata, avrebbe un effetto dissuasivo sulla libertà di stampa, ma anche, più in generale, sulla democrazia.
Pertanto, ci sembra che si delinei, pur nel generale limitato spazio alle ingerenze concesse allo Stato, un'ulteriore differenza perché i giornalisti non devono dimostrare l'esistenza di una base fattuale nei giudizi di valore, potendo utilizzare un linguaggio provocatorio - che serve anche a esprimere un giudizio valutativo - che va considerato non solo con riguardo all'articolo, ma anche al contesto politico generale (richiedendo, però, che non vi siano gratuiti attacchi personali verso il politico), mentre gli altri individui sono tenuti a provare l'esistenza di una base fattuale sufficiente. Con ciò, a nostro avviso, si verifica un più forte limite all'ingerenza ammissibile in base alla Convenzione, naturalmente con riferimento a questioni di interesse generale e non a dichiarazioni che hanno l'unico obiettivo di offendere o denigrare. La Corte, inoltre, conferma che l'utilizzo di un'espressione provocatoria o esagerata non può essere considerato centrale tanto più che lo stile è parte della comunicazione e deve essere protetto in modo analogo al contenuto dell'articolo.
Va sottolineato, altresì, che, in entrambi i ricorsi, la Corte, ritenendo il bilanciamento effettuato dai giudici nazionali non conforme ai criteri di Strasburgo, ha ritenuto che vi fossero «*strong reasons to substitute the Court's view for that of the domestic courts*», "condannando" così lo Stato in causa per violazione dell'art. 10 e a versare, per i danni patrimoniali subiti dai ricorrenti, oltre 5.000 euro nel primo caso e 22.500 euro nel secondo.

[22] Vedi *supra* nota n. 8.

Note a Sentenza

Sezione Europa

Corte di giustizia dell'Unione europea

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

Giovanni De Gregorio

Court of Justice of the European Union, 24 September 2019, C-507/17, *Google v Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*

Court of Justice of the European Union, 3 October 2019, C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek v. Facebook Ireland*

Almost at the end of 2019, two decisions of the Court of Justice of the European Union ("CJEU") have shed the lights on some problematic points in the field of data and content. In *Google v. CNIL*, the Luxembourg Court addressed the boundaries of the territorial scope of application of the right to be forgotten online. In *Glawischnig-Piesczek v. Facebook*, the CJEU addressed whether removal obligations can be extended to identical and equivalent content as well as their territorial scope of application. In the first case, the CJEU recognised that search engines are not required to delist links and information globally, but Member States can still decide to extend their orders to all the domain names of the search engine in question. The second case acknowledges that removal obligations of illicit content also extend to identical and equivalent content. Concerning the territorial scope of application, this case recognises that EU law does not preclude Member States to require hosting providers to remove content on a global scale. The two decisions share points of convergence and divergence. On the one hand, both cases deal with the activities of two of the most relevant online platforms like Facebook and Google and the territorial scope of judicial and administrative orders of removal. On the other hand, the decision underlined how the legal regime of data and content are based on different pillars and the differences in these two decisions show this constitutional distinction which, however, is going to converge in the algorithmic society.

Summary

1. Introduction. – 2. Data: The Decision in *Google v. CNIL*. – 3. Content: The Decision in *Glawischnig-Piesczek v. Facebook*. – 4. Content and Data on a Global Scale. – 5. Paths of Divergence and Convergence.

Keywords

freedom of expression - data protection - Court of Justice - right to be forgotten - content moderation

1. Introduction

Almost at the end of 2019, two decisions of the Court of Justice of the European Union ("CJEU") have shed the lights on some problematic points in the field of data and content. In *Google v. CNIL* ("*Google* case"),[1] the Luxembourg Court addressed the boundaries of the territorial scope of application of the right to be forgotten online. In *Glawischnig-Piesczek v. Facebook* ("*Facebook* case"),[2] the CJEU addressed whether removal obligations can be extended to identical and equivalent content as well as their territorial scope of application.

The relevance of these decisions can be understood if they are framed within the Union where there is an increasing (regulatory) attention over content and data. In the last years, the Digital Single Market strategy has led to the introduction of new legal instruments to address the challenges for freedom of expression and personal data in the information society. In the field of content, the Union has introduced new rules addressing platforms' activities. This approach is still primary when looking at the Directive on Copyright in the Digital Single Market,[3] and the amendments in the framework of the Audiovisual Media Service Directive.[4] Likewise, in the field of data, the General Data Protection Regulation ("GDPR"),[5] as well as the Proposal for a Regulation on Privacy and Electronic Communications,[6] reviewed the EU privacy and data protection legal framework increasing the degree of uniformity between Member States' legislation.

However, addressing the issues in the field of content and data is not a neutral activity from a constitutional law perspective. It concerns the protection of two fundamental rights which are increasingly challenged when focusing on online platforms' activities of content moderation and processing of personal data through automated decision-making systems. Content moderation and data processing are two fundamental pieces of the jigsaw showing how online platforms do not exercise a passive role in the algorithmic society. Decisions regarding the expressions of billions of users on a transnational scale and definition of new automated decision-making techniques based on profiling contribute to defining standards of protection of fundamental rights extending well beyond national borders, thus, affecting the principle of the rule of law.

[1] CJEU, C-507/17, *Google CNIL* (2019).

[2] CJEU, C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek* (2019).

[3] Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC.

[4] Directive (EU) 2018/1808 of the European Parliament and of the Council of 14 November 2018 amending Directive 2010/13/EU on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the provision of audiovisual media services (Audiovisual Media Services Directive) in view of changing market realities.

[5] Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC.

[6] Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications), COM(2017) 10 final.

Indeed, the private governance of content and data on a global scale does not only concern the protection of fundamental rights such as freedom of expression, privacy or human dignity. It also influences concepts such as territory and sovereignty due to the involvement of different legal systems whose extension question the traditional limits characterising public powers exercised on a given territory.

2. Data: The Decision in *Google v. CNIL*

Within this framework, the CJEU ruled on a preliminary reference concerning the territorial scope of the right to be forgotten online in September 2019. The case initially arose from a formal notice which the President of the CNIL submitted to Google requiring the search engine to delist information of data subjects from all its domain name extensions. Google refused to comply with such a request arguing that the removal of links in the case in question could just concern the results from the domain names of its search engine in the Member States. Google also proposed the application of geo-blocking measures according to which users would have been prevented from accessing the results from an IP address deemed to be located in the State of residence of a data subject, no matter which version of the search engine they used.
Nevertheless, the CNIL decided that Google failed to comply with the formal notice and, therefore, sanctioned Google with a penalty of 100000 euros. In the phase of appeal before the *Conseil d'État*, the Court recognised the possibility for users to access Google's search engine domain names from French territory. Google complained that the CNIL's decision was based on the incorrect interpretation of the *Google Spain* decision.[7] According to Google, the aforementioned decision would not impose search engines to removes links without geographical limitation. Furthermore, such an approach would affect the principles of courtesy and non-interference recognised by public international law as well as undermining the protection of freedoms of expression around the world.
The point raised by Google about the vague boundaries of the *Google Spain* case led the *Conseil d'État* to submit a preliminary reference to the CJEU raising question about the scope of de-referencing orders according to the legal framework of Directive 95/46/EC ("Data Protection Directive"),[8] as also interpreted by the *Google Spain* decision. In particular, the French Court asked whether the delisting performed by a search engine should be global or limited to the domain name of the State in which the request is deemed to have been made or to the national extensions of all Member States, including the possibility to apply geo-blocking techniques in this last case.
As initial steps, the CJEU firstly clarified that, although the Data Protection Directive was in force on the date the request for the preliminary ruling, this legal instrument was repealed by the GDPR. Therefore, the Luxembourg Court took into consideration

[7] CJEU, C-131/12, *Google Spain* (2014).

[8] Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such dataData Protection

both measures to allow national courts to rely on an applicable interpretation. Secondly, the Luxembourg judges recalled the interpretation of the *Google Spain* decision concerning the role of fundamental rights of privacy and data protection in defining the scope of the right to the delist based on Art. 12(b), Art. 14(1)(a) of the Data Protection Directive,[9] and the notion of establishment based on the assessment of the context of activities involving the processing of personal data regardless of whether that processing takes place in the Union or not.[10]

Based on these assumptions, the CJEU observed that the scope of the Data Protection Directive and the GDPR is to guarantee a high level of protection of personal data within the Union and, therefore, a de-referencing covering all the domains of a search engine (i.e. global delisting) would meet this objective. This is because of the role of search engines in disseminating information is relevant on a global scale since users can access links to information «regarding a person whose centre of interests is situated in the Union is thus likely to have immediate and substantial effects on that person within the Union itself».[11]

Nevertheless, the CJEU underlined the limits of this global approach. Firstly, States around the world do not recognise the right to delist or provide different rules concerning the right to be forgotten online.[12] Even more importantly, since the right to privacy and data protection are not absolute rights, they need to be balanced with other fundamental rights,[13] among which the right to freedom of expression.[14] The protection of these fundamental rights (and, therefore, their balance) is not homogenous around the world. Indeed, GDPR does not aim to strike a fair balance between fundamental rights outside the territory of the Union.[15]

Before this crossroads, the Luxembourg judges followed the opinion of the AG Spuznar,[16] thus, observing that neither the Data Protection Directive nor the GDPR recognises the right of data subjects to require a search engine like Google to delist content worldwide.[17] Therefore, although Google falls under the scope of EU data protection law, it is not required to delist information outside the territory of Member States. Nonetheless, Member States still maintains the possibility to issue global delisting order according to their legal framework. The Luxembourg judges specified that, if, on the one hand, EU does not require search engines to remove links and information globally, on the other hand, it does not ban this practice. It is for Member States to decide whether extending the territorial scope of judicial and administrative order according to their constitutional framework of protection of privacy and personal data

[9] C-131/12, cit., § 88, § 99.

[10] *Ivi,* §§ 56-60.

[11] C-507/17*,* cit., § 57.

[12] *Ivi,* § 58.

[13] *Ivi,* § 59.

[14] See, in particular, CJEU, C-92/09 and C-93/09, *Volker* (2010), § 48; Opinion 1/15 *(EU-Canada PNR Agreement)* (2017), § 136.

[15] GDPR, Art. 17(3)(a).

[16] Opinion of Advocate General in C-507/17, 10 January 2019, § 63.

[17] C-507/17, cit., § 64.

balanced with the right to freedom of expression.[18]

The CJEU also explained that the impossibility to require search engines to delist information on a global scale is the result of the lack of cooperation instruments and mechanisms in the field of data protection. The GDPR only provides the supervisory authorities of the Member States with internal instruments of cooperation to come to a joint decision based on weighing a data subject's right to privacy and the protection of personal data against the interest of the public in various Member States in having access to information.[19] Therefore, such instruments of cooperation cannot be applied outside the territory of the Union.

Regarding the second question concerning the territorial scope of delisting within the territory of the Union, the CJEU observed that the adoption of the GDPR aims to ensure a consistent and high level of protection of personal data in all the territory of the Union and, therefore, delisting should be carried out in respect of the domain names of all Member States.[20] Nonetheless, the Court acknowledged that, even within the Union, the interest of accessing information could change between Member States as also shown the degree of freedom Member States enjoy in defining the boundaries of processing in the field of freedom of expression and information pursuant to Art. 85 of the GDPR.[21] In other words, the CJEU underlined not only that freedom of expression does not enjoy the same degree of protection at the international level but also, in Europe, it can vary from one Member State to another. Therefore, it is not possible to provide a general obligation to delist links and information applying to all Member States.

To answer this issue, the Court left this decision to national supervisory authorities which through the system of cooperation established by the GDRP should, *inter alia*, reach «a consensus a consensus and a single decision which is binding on all those authorities and with which the controller must ensure compliance as regards processing activities in the context of all its establishments in the Union».[22] Likewise, even concerning geo-blocking techniques, the CJEU did not interfere with Member States' assessment about these measures just recalling by analogy that "these measures must themselves meet all the legal requirements and have the effect of preventing or, at the very least, seriously discouraging internet users in the Member States from gaining access to the links in question using a search conducted on the basis of that data subject's name".[23] By distances itself from the AG Spzunar's view on this point,[24] the Court decided not to recognise a general removal obligation at the EU level but relied on the mechanism of cooperation of national authorities as well as to the discretion of Member States concerning preventing measures.

---

[18] See CJEU, C-617/10, *Åkerberg Fransson* (2013), § 29; C-399/11, *Melloni* (2013), § 60.

[19] GDPR, Art. 56, §§ 60-66.

[20] C-507/17*,* cit., § 66.

[21] *Ivi,* § 67.

[22] *Ivi,* § 68.

[23] *Ivi,* § 70. See, *inter alia,* CJEU, C-484/14, *McFadden* (2016), § 96.

[24] Opinion of Advocate General in C-507/17, cit., § 78.

3. Content: The Decision in *Glawischnig-Piesczek v. Facebook*

Just two weeks later, the CJEU dealt with a preliminary reference concerning an online defamation case involving social media. The case concerned the former Austrian deputy of the *Nationalrat*, as well as president of the parliamentary group *die Grünen* and federal spokesman of the relative political party. She complained of an injury of her honour following the publication of a defamatory content accessible to every Facebook user. Since Facebook did not remove the content in question, the former deputy asked Austrian judges to order Facebook the removal not only of the defamatory content in question but also of the identical claims and equivalent content.

In 2016, the *Handelsgericht Wien* issued an interim order upholding the applicant's requests, thus, ordering Facebook to remove the message in question and the equivalent content. However, the *Oberlandesgericht Wien* restricted this possibility only to identical statements considering that Facebook would have been required to also remove equivalent statements only in case of awareness coming from the notice of the applicant, by third parties or otherwise. Before these opposite views, the *Oberster Gerichtshof* decided to refer some questions to the CJEU concerning the interpretation of e-Commerce Directive, in particular about Facebook responsibility to remove identical and equivalent expressions to hosted content based on the order of a national judge as well as concerning the territorial scope of this order.

Before these questions, the CJEU firstly underlined that Facebook falls under the scope of hosting providers and, as such, is subject to the rules of the Directive 2000/31/EC ("e-Commerce Directive").[25] Secondly, the Court underlined how, regardless of the liability exception provided for by Art. 14 and the prohibition for Member States to introduce monitoring obligations pursuant to Art. 15, hosting providers may be subject to orders from judges or administrative authorities to cease an infringement or prevent it through the removal or blocking of content. According to the Luxembourg judges, Member States cannot introduce measures leading to general monitoring obligations, but this ban does not apply «in a specific case».[26]

Based on these opening considerations, the CJEU focused on the first question, namely whether a hosting provider may be subject to an obligation to remove content identical and equivalent to that covered by the case in question. The Luxembourg judges underlined the role of social media in promoting the reproduction and dissemination of information online. This activity can also extend to content whose illegality has been determined by the judicial authority like in the case in question. Therefore, national judge's orders of removal or blocking of identical content do not conflict with

[25] Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market.

[26] The Court had already specified these conclusions in other cases. See, in particular, CJEU, C-70/10, *Scarlet* (2011); C-360/10, *Netlog* (2012); C-314/12, *UPC Telekabel Wien* (2014), § 62. The CJEU adds that «[s]uch a specific case may, in particular, be found, as in the main proceedings, in a particular piece of information stored by the host provider concerned at the request of a certain user of its social network, the content of which was examined and assessed by a court having jurisdiction in the Member State, which, following its assessment, declared it to be illegal», § 35.

the monitoring ban established by the e-Commerce directive.[27] As the AG Spuznar underlines, an order to remove all identical information does not require "active non-automatic filtering".[28]

Having addressed the first point regarding identical content without particular critical issues, the CJEU addressed the question concerning the removal of "equivalent" content. According to the Court, in order to effectively cease an illegal act and prevent its repetition, the order of the national judge has to be able to also extend to "equivalent" content defined as «information conveying a message the content of which remains essentially unchanged and therefore diverges very little from the content which gave rise to the finding of illegality».[29] Otherwise, users would only access a partial remedy that could lead to resorting to an indefinite number of appeals to limit the dissemination of equivalent content.[30]

However, such an extension is not unlimited. Indeed, the CJEU reiterated that the ban on imposing a general surveillance obligation pursuant to Art. 15 is still the relevant threshold for Member States' judicial and administrative orders. If, on the one hand, the possibility of extending the orders of the national authorities to equivalent content aims to protect the victim's honour and reputation, on the other hand, such orders cannot entail an obligation for the hosting provider to generally monitor information to remove equivalent content. In other words, the Court does nothing but identify a balance between, on the one hand, the freedom of economic initiative of the platform, and, on the other, the honour and reputation of the victim. The result of such a balance, therefore, leads to reiterate that the national orders of the judicial and administrative authorities have to concern specific cases without being able to extend to the generality of the content hosted by the provider in question.

In order to balance these conflicting interests, the CJEU provided other conditions applying to equivalent content. In particular, expressions have to contain specific elements duly identified by the injunction like «the name of the person concerned by the infringement determined previously, the circumstances in which that infringement was determined and equivalent content to that which was declared to be illegal».[31] Under these conditions, the protection granted to the victim would not constitute an excessive obligation on the hosting provider since its discretion is limited to certain information without leading to general monitoring obligation that could derive from an autonomous assessment of the equivalent nature of the content.

Concerning the territorial extension of the national injunction, the Luxembourg judges observed that Art. 18 of the e-Commerce Directive does not provide for any limitation to the territorial scope of the measures that Member States can adopt and, consequently, EU law does not prevent a national order to extend the scope application of their measures globally. As a general limit, the CJEU specified that Member States should take into consideration their international obligations given the global dimen-

[27] C-18/18, cit., § 37.

[28] Opinion of Advocate General in C-18/18, cit., § 61.

[29] C-18/18, cit., § 39.

[30] *Ivi,* § 41.

[31] *Ivi,* § 45.

sion of the circulation of content, without either however specifying which rules of international law would apply in this case.

4. Content and Data on a Global Scale

These two decisions deserve to be analysed together for several reasons whose relevance emerge in the following considerations. Apart from similarities and differences, both decisions contribute to shaping the legal regimes of data and content at EU level providing new pieces of the jigsaw. Nevertheless, at the same time, the two decisions also introduce new questions and concerns, thus, extending the size of the puzzle of the legal regime of content and data in the Union.

By firstly focusing on the Facebook decision, it is possible to observe how this case is divided into two main sections. The first part deals with the boundaries of the monitoring ban pursuant to Art. 15 of the e-Commerce Directive relating to the power of national judges to order hosting providers to remove identical and equivalent content. The second point goes well beyond the first question and focuses on the limits of the territorial scope of the removal order. In other words, the Luxembourg judges were asked to clarify whether EU law does not prevent national courts and administrative authorities from ordering a hosting provider, such as Facebook, that had not promptly delete illegal information, to remove, not only the above illegal information but also identical and (or alternatively) equivalent information on a global scale.

From the first point of view, it is worth observing that the scope of the case would not generally cover all content hosted on Facebook, but just expressions defined illegal by national authorities. The e-Commerce Directive does not subject the obligation of platforms to remove content to the prior scrutiny of public authority concerning its unlawfulness. Unlike, for example, the Italian Legislative Decree 70/2003, whose Art. 15 implementing Art. 14 of the e-Commerce Directive, subjects the removal obligation to the preliminary assessment of the public authority. In the lack of such public filter, it is not clear whether hosting providers can be required to remove or block identical and equivalent content based merely on users' request or users need to rely on the order of a public body. Furthermore, since the lack of harmonisation in the field of defamation, this approach could lead users to bring their cases where national authorities tend to restrict more freedom of expression and issue global takedown orders (i.e. forum shopping).

This vagueness also extends to the characteristics of "identical" and "equivalent" content which the CJEU has not clearly defined, thus, leaving broad margins of discretion to national authorities in interpreting these notions. As Savin underlines, "the AG's opinion allows the monitoring to take place on all the information of all the users on the platforms for "identical" information but only on the disseminator's account for "equivalent" information. This is both justified and reasonable. No such distinction exists in the Court's judgment, which allows monitoring for both identical and equivalent".[32] Likewise, there is no reference to what kind of preventive measures a national

[32] A. Savin, *The CJEU Facebook Judgment on Filtering with Global Effect: Clarifying Some Misunderstandings*, in

order can require to social media. Husovec has stressed that "the key thing about this case is what preventive measures can be imposed on Facebook".[33]

However, the discretion of public actors is not the only concern at stake. It is worth observing that, in the digital environment, online platforms can play a crucial role in the interpretation of legal requirements in their activities of content moderation.[34] When deciding on the removal or block of "identical" or "equivalent" content, Facebook will, therefore, decide in which cluster a certain expression would fall. This activity is an example of how online platforms contributes to defining the standard of protection of rights and freedoms online whose borders are strictly influenced by decisions of private actors. The Facebook decision does not take into consideration the consequences that certain choices can entail for the protection of fundamental rights in the digital context. It is no secret that content moderation is carried out not only by human moderators around the planet in regions that are also very distant from the context of moderate content. This activity is also performed by artificial intelligence systems that signal, and sometimes decide, the fate of billions of content online. In the latter case, the use of automated systems for content moderation could also increase the risk of arbitrary removal due to the bias as well as errors that could occur in the definition of identity or equivalence of the content in question. Therefore, it will be the set of decisions made by artificial intelligence systems and moderators to catalogue content as "identical" or "equivalent" and, consequently, decide whether to ignore or delete them. The consequences of this decision could lead to expanding the boundaries of active monitoring by online platforms with consequences on the right to freedom of expression,[35] namely a global "assault on speech".[36]

Nonetheless, the primary problem is still unsolved: the shortage of control mechanisms for users in the process of content moderation such as, for example, access to redress mechanism against social media' decision. Although the AG Spuznar had suggested the need for a mechanism for controlling the content moderation activity also in line with the need to protect the freedom of expression referred to in Art. 11 of the Charter of Fundamental Rights,[37] there is no sign of this argument when looking at the Facebook decision. This lack is not surprising for two reasons. The recognition of new rights would have led the CJEU to play the role of the European legislator, thus, extending the protection of freedom of expression online horizontally, as occurred for the protection of personal data in the *Google Spain* case.

Furthermore, the absence of procedural safeguards is also be linked to a more general

---

EU Internet Law & Policy Blog, 4 October 2019.

[33] A. Stariano, *Facebook Can Be Forced to Delete Content Worldwide, E.U.'s Top Court Rules*, in *The New York Times*, 3 October 2019

[34] K. Klonick, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, in *Harvard Law Review*, 131, 2018, 1598 ss.

[35] D. Keller, *Dolphins in the Net: Internet Content Filters and the Advocate General's Glawischnig-Piesczek v. Facebook Ireland Opinion*, Stanford Center for Internet and Society, 4 September 2019.

[36] J. Daskal – K. Klonick, *When a Politician Is Called a 'Lousy Traitor,' Should Facebook Censor It?*, in *The New York Times*, 27 June 2019. See, instead, A.K. Woods, *The CJEU Facebook Ruling: How Bad Is It, Really?*, Lawfare, 4 October 2019.

[37] Opinion of Advocate General in C-18/18, cit., § 65.

issue. In particular, in the Courts' reasoning, there is no reference to the impact that a system of moderation based on identical or equivalent content would have not only on the balance between the victims' honour and the freedom of economic initiative of the platform but also on the fundamental rights of users. More specifically, the rise of complexity in content moderation could undermine users' freedom of expression due to the risk of collateral censorship, algorithmic biases and surveillance over speech. Besides, the users' protection of privacy and personal data could also be involved due to the increase in the processing of data of other users to detect identical and equivalent content. It is no by chance that the AG Spuznar had argued in its conclusions that the extension of the obligation to remove equivalent content not only of the applicant but also of third parties would require "the monitoring of all the information disseminated via a social network platform".[38] As explained by Woods, "the statement of the Court that searching for an individual item of content does not constitute general monitoring does not address the fact that such a search would presumably involve search all content held".[39]

Likewise, the CJEU made no reference to a time limit applicable to national orders of removal and block. The AG Spuznar had proposed to provide a time limit even if he recognised that the case in question concerns an obligation imposed in the context an obligation imposed in the context of an interlocutory order, which is effective until the proceedings are definitively closed. Therefore, such an obligation imposed on a host provider is, by its nature, limited in time.[40] However, it cannot be excluded that platforms could be subject to comply with these obligations indefinitely to continue assessing the relevance of any circumstance that could concern identical and equivalent content. In fact, this ruling has the potential to open the doors to proactive behaviours on the part of platforms consisting of monitoring content not to incur responsibility for additional identical and equivalent information hosted in their digital spaces.

With regard to the second strand of the decision, the first question that deserves to be underlined is the absence of references to which rules of international law the Member States should refer to assess the territorial scope of removal orders. Some perspectives on this point can be found in the decision of the CJEU in the Google case. In this case, the CJEU expressly refers to the potential contrast of a global delisting order with the protection of rights at an international level. Therefore, national competent authorities can indeed strike a fair balance between individuals' right to privacy and data protection with the right to freedom of information. However, the different protection of freedom of expression at a global level would limit the application of the balancing results. The AG Spuznar reaches the same conclusion in the Facebook case, explaining that, although EU law leaves Member States free to extend the territorial scope of their injunctions outside the territory of the Union, national courts

[38] *Ivi,* § 73.

[39] L. Woods, *Facebook's Liability for Defamatory Posts: The CJEU Interprets the E-Commerce Directive*, EU Law Analysis, 7 October 2019.

[40] Opinion of Advocate General in C-18/18, cit., § 60.

should limit their powers to comply with the principle of international comity.[41]
This trend towards local removal is based not only on the *status quo* of EU law at the time of the decisions but also on the effects that a general extension of global remove can produce in the field of content and data. As observed by the AG Spuznar, a worldwide de-referencing obligation could initiate a «race to the bottom, to the detriment of freedom of expression, on a European and worldwide scale».[42] In other words, the CJEU's legitimacy could start a process of cross-fertilisation, thus, leading other countries to extend their removal order on a global scale. This could be particularly problematic when looking at authoritarian countries which could exploit this decision to extend their orders.[43]
Moreover, in the Google decision, the CJEU explained that the limit for global removal also comes from the lack of intention to confer an extraterritorial scope to right to erasure established by the GDPR.[44] The lack of cooperation mechanisms between competent authorities extending outside the territory of the Union would confirm this argument. Nevertheless, by supporting this position, the Luxembourg Court, however, did not consider that, more generally, the GDPR establishes a broad territorial of application covering processing activities related to the offering of goods or services, irrespective of whether a payment of the data subject is required, to such data subjects in the Union; or the monitoring of their behaviour as far as their behaviour takes place within the Union.[45]
Nonetheless, it is worth underlining that the Union has not closed the doors to the possibility of extending the territorial scope of removal orders beyond EU borders. At first glance, the Luxembourg judges seem to express at an opposite view in the two cases regarding the territorial scope of national orders. On the one hand, in the Google case, the CJEU states that EU law does not require search engines to carry out the delisting of information and links on a global scale. In the Facebook case, on the other hand, the CJEU explains that there are no obstacles to global removal, but also it leaves the evaluation to the Member States. Although the two judgments may seem opposite, they lead to the same result, namely that EU law does not either impose or preclude national measures whose scope extends worldwide. This is a decision which rests with Member States which are competent to assess their compliance with international obligations. Art. 18 of the e-Commerce Directive does not provide a specific territorial scope of application and the CJEU has not gone further. Otherwise, «it would have trespassed within the competencies of Member States, which under EU law retain primary legislative power on criminal law matters».[46]
Besides, the reasons for this different approach can be attributed to the different de-

[41] *Ivi,* § 100.

[42] *Ivi,* § 61.

[43] D.B. Svantesson, *Bad News for the Internet as Europe's Top Court Opens the Door for Global Content Blocking Order*s, LinkedIn, 3 October 2019.

[44] C-507/17, cit., § 62.

[45] GDPR, Art. 3(2).

[46] E. Brogi – M. Maroni, *Eva Glawischnig-Piesczek v Facebook Ireland Limited: A New Layer of Neutrality*, CMPF, 7 October 2010.

gree of harmonisation of the protection of personal data and defamation as observed by the AG Spuznar.[47] Therefore, it is not just an issue concerning public international law but also private international law contributes to influencing the territorial scope of removal orders.[48]

Despite the relevance of the aforementioned point, leaving Member States free to determine when a national order should be applied globally could lead to different national approaches which would fragment harmonisation goals. This is particularly relevant in the framework of the GDPR since it provides a new common framework for Member States in the field of data. Indeed, while the content framework still relies on the e-Commerce Directive leaving margins of discretion to Member States, this approach in the field of data is more problematic. On the one hand, the GDPR extends its scope of application to ensure a high degree of protection of fundamental rights of the data subjects. On the other hand, the GDPR leaves Member State to implement open clauses that could undermine its constitutional scope. This is particularly evident when focusing on derogations that Member States can introduce with regard to processing for journalistic purposes and artistic or literary expression. As Zalnieriute explains,

«[b]y creating the potential for national data protection authorities to apply stronger protections than those afforded by the GDPR, this decision could be seen as another brick in the "data privacy wall" which the CJEU has built to protect EU citizens».[49]

Furthermore, even in this case, the CJEU has not focused on the peculiarities of platforms' activities and the consequences of these decisions on the governance of freedom of expression in the digital space. In the Facebook case, a local removal order would not eliminate the possibility of accessing the same content – identical or equivalent – through the use of other technological systems or outside the geographical boundaries envisaged by the removal order. This problem is particularly relevant in the Google case since it is possible to access different Google domain names around the world easily. The interest in the protection of reputation could also require an extension beyond the borders of the Union to avoid relying just on partial or ineffective remedies. It is indeed the CJEU which recognised that access to the referencing of a link referring to information regarding a person in the EU is likely to have «immediate and substantial effects on the person».[50] Therefore, even if this statement is just one side of the balancing activity with the protection of international law on the other side, it leads to contradictory results frustrating data subjects' right to be forgotten due to the potential access to search engines' domain names. Furthermore, to comply with geographical limits, geo-blocking and other technical measures would require an additional effort for platforms, thus, increasing the risk of censorship on a global scale and create a technological barrier for small-medium platforms.

[47] Opinion Advocate General in C-18/18, cit., § 79.

[48] P. Cavaliere, *Glawischnig-Piesczek v Facebook on the Expanding Scope of Internet Service Providers' Monitoring Obligations*, in *European Data Protection Law*, 4, 2019, 573 ss., 577.

[49] M. Zalnieriute, *Google LLC v. Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL)*, in *American Journal of International Law,* 114(2), 2020, forthcoming.

[50] C-507/17, cit., § 57.

5. Paths of Convergence and Divergence

The two decisions share points of convergence and divergence. On the one hand, both cases deal with the activities of two of the most relevant online platforms like Facebook and Google and the territorial scope of judicial and administrative orders of removal. From a different perspective, the close time frame of these two decisions outlines an autumn that has been defined "hot" for the protection of fundamental rights online and the challenges of constitutionalism.[51] On the other hand, the decision underlined how the legal regime of data and content are based on different pillars and the differences in these two decisions show this constitutional distinction which, however, is going to converge in the algorithmic society.[52]

These considerations do not exhaust either the questions left unsolved by these decisions or leads to solutions in the field of content and data. The field of content and data has shown to be based on different set of rules that does not only concern the applicable legal regime but also the potential territorial scope of application. Nonetheless, from a broader perspective, unlike other decisions in the past in the field of data protection such as *Google Spain* or *Schrems*,[53] the CJEU has adopted a more cautious approach to issues relating to freedom of expression and data protection in the digital space. On the one hand, such a restrictive approach seems to undermine a constitutional framework for the protection of fundamental rights in Europe that focuses not only on the territorial dimension but on respect for the rights and freedoms of the individual in a transnational digital context. The approach of the Union provides clearer rules on the scope of application of removal obligations in the field of content and data even if the challenges raised by these decisions for the effective protection of fundamental rights online are still concerning.

[51] O. Pollicino, *L' "autunno caldo'" della corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale*, in *federalismi.it*, 16 October 2019.

[52] G. De Gregorio, *The e-Commerce Directive and GDPR: Towards Convergence of Legal Regimes in the Algorithmic Society?,* Robert Schuman Centre for Advanced Studies Research Paper No. RSCAS 2019/36.

[53] CJEU, C-362/14, *Schrems* (2015).

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

Marco Galli – Edoardo Bardelli

Corte di giustizia dell'Unione europea, 19 dicembre 2019, causa C-263/18, *Nederlands Uitgeversverbond et al. c. Tom Kabinet*

La fornitura al pubblico, mediante download, di un libro elettronico per un uso permanente rientra nella nozione di "comunicazione al pubblico" e, più in particolare, in quella di "messa a disposizione del pubblico" in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente. Con riferimento agli *ebook*, non opera pertanto il principio dell'esaurimento, che si applica esclusivamente alla distribuzione di opere incorporate in un supporto tangibile

Sommario

1. I fatti oggetto della causa. – 2. Il contesto normativo di riferimento. – 3. *Oracle, Tom Kabinet* e il principio dell'esaurimento digitale. – 4. Il diritto di comunicazione al pubblico nella giurisprudenza della Corte tra allargamenti e restrizioni. – 5. Considerazioni finali

Keywords

ebook - comunicazione al pubblico – Corte di giustizia – diritto d'autore – principio di esaurimento

1. I fatti oggetto della causa

La questione oggetto della sentenza in commento (la "Sentenza"), resa dalla Corte di giustizia al termine di un *iter* argomentativo che ha portato i giudici a soffermarsi sulla distinzione tra i concetti di comunicazione al pubblico e distribuzione di opere nel mondo digitale, trova il proprio *casus belli* nel 2014, quando due associazioni di editori dei Paesi Bassi – la Nederlands Uitgeversverbond e la Groep Algemene Uitgevers (le "Associazioni") – contestavano avanti il Tribunale di Amsterdam la pretesa violazione dei diritti dei propri associati da parte di Tom Kabinet[1].
Quest'ultima, in particolare, gestiva un mercato online di libri elettronici "di seconda mano". L'attività della Tom Kabinet si risolveva, in sostanza, nella gestione di una

[1] Trattasi, nello specifico, di tre società appartenenti al medesimo gruppo: Tom Kabinet Internet BV, Tom Kabinet Holding BV e Tom Kabinet Uitgeverij BV.

piattaforma online che metteva in comunicazione venditori e acquirenti di ebook all'interno di un mercato virtuale. Inoltre, all'offerente era richiesto di rimuovere dai propri dispositivi il file del libro elettronico "usato", al fine di evitare un'ipotetica moltiplicazione di copie dello stesso.
Interpellato, il Tribunale di Amsterdam, respingeva il ricorso delle Associazioni, non ravvisando nella condotta della Tom Kabinet alcuna violazione del diritto d'autore. Anche la Corte d'Appello di Amsterdam, successivamente adita, rigettava le istanze delle Associazioni, vietando tuttavia alla Tom Kabinet in via incidentale di offrire un servizio online che permettesse la vendita di libri elettronici scaricati illegalmente.
Nel rispetto delle indicazioni della Corte nazionale, la Tom Kabinet provvedeva dunque ad apportare alcune modifiche alla propria attività, inaugurando il *Toms Leesclub* (il "club di lettura di Tom"), nel quale i libri elettronici usati venivano venduti direttamente dalla stessa Tom Kabinet. I membri del "club", dietro pagamento, compravano quindi i libri elettronici acquistati dalla Tom Kabinet sui *marketplace* primari, o alla stessa donati a titolo gratuito dai suoi membri. In quest'ultima ipotesi, i precedenti possessori dell'ebook fornivano il link per scaricare il libro, dichiarando di non averne conservato copia. Ai libri ottenuti dalla Tom Kabinet veniva quindi apposta una filigrana digitale, con lo scopo di garantire la tracciabilità e di confermare la provenienza lecita del libro elettronico.
Le Associazioni citavano quindi in giudizio la Tom Kabinet avanti la Corte distrettuale dell'Aja, lamentando che l'attività della convenuta costituisse violazione dei diritti d'autore sotto il profilo della comunicazione al pubblico non autorizzata delle opere protette dei loro affiliati.
I giudici di prima istanza dell'Aja sollevavano quindi alcune questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia, domandando in particolare se la messa a disposizione a distanza, mediante download, di un libro elettronico a pagamento, per un uso permanente potesse costituire un atto di distribuzione, con conseguente applicazione del principio dell'esaurimento.
La Corte di giustizia riformulava quindi la questione sottopostale, ritenendo dirimente chiarire se la fornitura, mediante download, di un libro elettronico per un uso permanente rientri o meno nella nozione di "comunicazione al pubblico" ai sensi dell'art. 3, par. 1, della direttiva 2001/29/CE ("Direttiva InfoSoc"), ovvero in quella di "distribuzione al pubblico" di cui all'art. 4, par. 1, della medesima direttiva.

2. Il contesto normativo di riferimento

Diverse sono le fonti che disciplinano la tutela del diritto d'autore nel *Digital Single Market*, tra le quali, oltre alla già citata Direttiva InfoSoc, il Trattato sul Diritto d'Autore dell'OMPI ("TDA"), firmato a Ginevra nel 1996, che fissa alcuni capisaldi utili a tracciare una distinzione tra il diritto di distribuzione e il diritto di comunicazione al pubblico.
L'art. 6 del TDA – cui fa eco l'art. 4 della Direttiva InfoSoc – definisce il diritto di distribuzione come il diritto esclusivo «di autorizzare la messa a disposizione del pub-

blico delle opere originali o di copie delle stesse, mediante vendita o altra cessione dei diritti di proprietà». Ad esso solo si accompagna l'applicazione del principio dell'esaurimento[2], che opera quando ha luogo la prima vendita o altra cessione dei diritti di proprietà dell'opera originale o di una sua copia con il consenso dell'autore[3].

L'art. 8 del TDA – e con esso l'art. 3 della Direttiva InfoSoc – disciplina, invece il diritto di comunicazione, cioè a dire il diritto esclusivo per gli autori «di autorizzare ogni comunicazione al pubblico, su filo o via etere, delle loro opere, nonché la messa a diposizione del pubblico delle loro opere, in modo che chiunque possa liberamente accedervi da un luogo o in un momento di sua scelta».

A tale proposito, si evidenzia come la Direttiva InfoSoc si preoccupi di escludere espressamente l'operatività del principio dell'esaurimento in caso di mere attività di comunicazione di opera al pubblico[4].

La qualificazione di un atto quale "distribuzione" o "comunicazione al pubblico" di un opera protetta è quindi di importanza dirimente ai fini dell'applicabilità del principio dell'esaurimento. Le conseguenze sono diametralmente opposte, posto che la creazione e gestione di un mercato secondario di opere digitali potrà dirsi lecita esclusivamente ove il diritto esclusivo di «messa in commercio o in circolazione […] dell'originale dell'opera o degli esemplari di essa»[5] si sia effettivamente esaurito.

Il tema non è certamente nuovo: la Corte, già all'inizio degli anni Settanta[6] del secolo scorso, aveva esteso in via giurisprudenziale il principio dell'esaurimento – già presente negli ordinamenti nazionali – al territorio dell'allora Comunità Europea.

Il nodo del bilanciamento tra diritto d'autore e libera circolazione delle merci appare sempre più intricato e complesso in conseguenza della digitalizzazione di beni – quali i

---

[2] Come si è sottolineato in dottrina: «è infatti principio accolto da tempo anche nel nostro ordinamento […] quello secondo cui il diritto esclusivo di distribuzione si esaurisce rispetto ai prodotti che siano stati messi in commercio dal titolare del diritto o con il suo consenso, con la conseguenza che tali prodotti potranno essere rivenduti e circolare liberamente senza che il titolare possa preventivamente porre limiti o vincoli a tale libertà». Cfr. P. Auteri, commento all'art. 17 della legge 22 aprile 194, n. 633, in C. Galli - A.M. Gambino, *Codice commentato della proprietà industriale e intellettuale*, Torino, 2011.

[3] Al fine di comprendere il percorso argomentativo della Corte nella Sentenza in commento, è opportuno ricordare che anche l'art. 4, par. 2, della direttiva 2009/24/CE relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore ("Direttiva Software") fa conseguire l'applicazione del principio dell'esaurimento alle sole attività di distribuzione del programma per elaboratore.

[4] Cfr. art. 3, par. 3, Direttiva InfoSoc, il quale, con riferimento al diritto di comunicazione di opere al pubblico e il diritto di mettere le opere a disposizione del pubblico, sancisce che: «i diritti di cui ai paragrafi 1 e 2 non si esauriscono con alcun atto di comunicazione al pubblico o con la loro messa a disposizione del pubblico, come indicato nel presente articolo».

[5] Cfr. art. 17, l. 22 aprile 1941, n. 633 (diritto di distribuzione), come modificato in attuazione dell'art. 4 della Direttiva InfoSoc.

[6] Cfr. CGUE, C-78/70, *Deutsche Grammophon Gesellschaft* (1971), laddove la Corte ha sancito che una limitazione al diritto esclusivo dell'autore non poteva che discendere dal bilanciamento con il fondamentale principio della libera circolazione delle merci: «il fabbricante di riproduzioni sonore che si vale del diritto esclusivo di metterle in commercio – diritto attribuitogli dalle leggi di uno Stato membro – onde vietare la messa in circolazione in questo Stato di prodotti da lui stesso (o col suo consenso) smerciati in un altro Stato membro, adducendo come unico motivo che la messa in commercio non è avvenuta nel territorio del primo Stato membro, agisce in modo incompatibile con le norme relative alla libera circolazione delle merci nel mercato comune».

libri – che, solo alcuni anni fa, erano concepibili esclusivamente come "fisici"[7].
Ecco perché il nucleo sostanziale della Sentenza si preoccupa di indicare se, e a quali condizioni, sia possibile estendere il principio dell'esaurimento dal mondo reale a quello virtuale.

3. *Oracle, Tom Kabinet* e il principio dell'esaurimento digitale

Il tema dell'esaurimento nel mondo digitale era già stato affrontato dalla Corte di giustizia nel caso *Oracle/Usedsoft*[8] (sentenza *Oracle*).
La domanda pregiudiziale alla base della sentenza *Oracle*, in particolare, verteva sull'interpretazione degli artt. 4 e 5 della Direttiva Software e, in particolare, se «colui il quale abbia acquisito una licenza di software «usata» possa invocare, ai fini di realizzare una copia del programma […] un esaurimento del diritto di distribuzione della copia del programma per elaboratore […] qualora il primo acquirente abbia cancellato la sua copia del programma ovvero non la utilizzi più»[9].
La Corte, in quell'occasione, aveva sancito che il principio dell'esaurimento trova applicazione – con riferimento ai programmi per elaboratore – anche alle copie intangibili, ossia quelle appartenenti esclusivamente al mondo digitale.
Si era pervenuti a tale conclusione tramite tre snodi principali. In primo luogo, delineando un concetto di vendita per così dire "europea", funzionale. In altre parole, si era evidenziato come la concessione di un diritto di utilizzazione permanente, a fronte del pagamento di un prezzo diretto a consentire al titolare di ottenere una remunerazione corrispondente al valore economico della copia, implicasse il trasferimento del diritto di proprietà della copia stessa, configurando dunque una vendita.
In secondo luogo, con riferimento alla Direttiva Software, la sentenza *Oracle* sottolinea l'irrilevanza della differenza tra copia tangibile e copia intangibile. Ciò poiché sia dal punto di vista funzionale, sia da quello economico, la vendita di un programma per elaboratore su un supporto fisico e la vendita tramite *download* risultano perfettamente analoghe.
Da ultimo, la sentenza *Oracle* suggerisce una parziale ridefinizione della differenza tra beni e servizi nel mondo dei programmi per elaboratore: ciò in quanto il principio dell'esaurimento non si applica ai servizi e, nel caso trattato nella sentenza *Oracle*, tale disapplicazione avrebbe comportato un notevole incremento della tutela concessa al titolare dell'opera e, parallelamente, un'eccessiva restrizione alla circolazione di copie dell'opera.

[7] Si vedano, a tale proposito, le conclusioni dell'Avvocato Generale Maciej Szpunar presentate il 10 settembre 2019 in relazione alla Sentenza in commento, laddove si afferma (§§ 5-6) che se l'evoluzione tecnologica «minaccia la possibilità per i titolari dei diritti d'autore di ottenere una remunerazione appropriata delle loro creazioni e contribuisce fortemente allo sviluppo della contraffazione … dall'altro lato, i moderni strumenti tecnici consentono ai titolari un controllo molto esteso dell'uso fatto dagli acquirenti di loro opere, anche nella sfera privata di questi ultimi».

[8] Cfr. CGUE, C-128/11, *UsedSoft GmbH* (2012).

[9] Cfr. sentenza *Oracle,* cit., § 34, punto 3.

La sentenza *Oracle* ha, dunque, aperto una strada all'applicazione del principio dell'esaurimento nel mondo digitale, quantomeno con riferimento al software.
Non sorprende dunque, che i giudici di *Tom Kabinet* abbiano speso più di una parola per restringerne il campo applicativo ai soli programmi per elaboratore, ripercorrendo, uno ad uno, gli argomenti già oggetto della sentenza *Oracle* per arrivare a sancire che «un libro elettronico non è un programma per elaboratore»[10], e che un'equiparazione tra copie tangibili e copie intangibili non si rinviene nella Direttiva InfoSoc, né tantomeno pare essere auspicata dal legislatore europeo.
Soprattutto, afferma la Corte in *Tom Kabinet*, la vendita di un libro su un supporto tangibile non sarebbe in alcun modo equiparabile alla vendita del medesimo libro in formato elettronico. Secondo i giudici europei, dal punto di vista funzionale sarebbe evidente che un libro elettronico non è soggetto all'usura, e che, anche quando usato, costituisce un perfetto sostituto del libro nuovo.
Inoltre, sul versante economico, la Corte di giustizia ritiene – senza che tale argomento risulti particolarmente convincente – che la creazione e gestione di un mercato di seconda mano di libri elettronici non richiederebbe alcuno sforzo o costo particolare, risultando dunque in una rilevante minaccia agli interessi dei titolari dei diritti d'autore sulle copie in circolazione.
La Corte, in altre parole, rimarca più volte come la Direttiva Software rappresenti una *lex specialis* rispetto alla più generale disciplina della Direttiva InfoSoc e come, pertanto, i principi desumibili dalla prima non siano direttamente ed autonomamente applicabili alla disciplina generale del diritto d'autore.
Se quindi nella sentenza *Oracle* la Corte aveva fatto appello alle ragioni sottese al principio dell'esaurimento, in *Tom Kabinet* i giudici hanno scelto una via diversa, preferendo sottolineare le diversità dei rispettivi ambiti di indagine e tracciando una chiara linea di demarcazione tra distribuzione fisica e distribuzione elettronica.

4. Il diritto di comunicazione al pubblico nella giurisprudenza della Corte tra allargamenti e restrizioni

Smarcatasi dalle conclusioni raggiunte nella sentenza *Oracle*, la Corte indaga quindi la portata del diritto di comunicazione al pubblico, al fine di valutarne l'applicabilità alla fattispecie in esame.
Come chiarito più volte dalla giurisprudenza[11], il diritto di comunicazione al pubblico consta di due elementi cumulativi: un atto di comunicazione di un'opera e la comunicazione di quest'ultima ad un pubblico.
Cosa effettivamente costituisca un atto di comunicazione e come identificare il relativo pubblico è poi stato oggetto di diverse pronunce, che hanno di volta in volta allargato o ristretto l'effettiva portata del diritto di comunicazione al pubblico.
La conseguenza è che il quadro giurisprudenziale applicabile al diritto di comunicazione al pubblico non pare sempre perfettamente lineare. Difatti, in più occasioni la Corte

[10] § 54 della Sentenza

[11] Cfr. *inter alia* CGUE, C-610/15, *Stichting Brein* (2017).

ha posto l'accento su diverse sfaccettature del concetto di "pubblico" e sulla sua effettiva estensione. Ad esempio è stato sottolineato che la nozione di pubblico riguarda «un numero indeterminato di destinatari potenziali e comprende, peraltro, un numero di persone piuttosto considerevole»[12]. Inoltre, come è noto, si è specificato che, per potersi configurare una comunicazione dell'opera al pubblico, quest'ultimo non deve essere già stato preso in considerazione dall'autore. Così ragionando, si è detto che non poteva configurarsi un atto di comunicazione di un'opera al pubblico poiché «qualora e fintantoché tale opera sia liberamente disponibile sul sito internet […] si deve ritenere che i titolari del diritto d'autore di tale opera, quando hanno autorizzato detta comunicazione, abbiano considerato l'insieme degli utenti internet come pubblico»[13].
Così, anche in *Tom Kabinet*, la Corte si è soffermata sulla nozione di pubblico. Qualificata l'attività di Tom Kabinet come «atto di comunicazione» di un'opera ai sensi della Direttiva InfoSoc, la Corte si preoccupa di specificare che, sebbene la nozione di «pubblico» comporti una certa soglia *de minimis*, occorre prendere in considerazione gli effetti cumulativi che derivano dalla messa a disposizione, dovendo pertanto includersi nel concetto di "pubblico" non solo «il numero di persone che possono avere accesso contemporaneamente alla medesima opera, ma altresì di quante tra loro possano avervi accesso in successione»[14].
Così precisato, il diritto di comunicazione al pubblico non può che riguardare anche l'attività di Tom Kabinet la quale risulta, pertanto, essere in violazione dell'esclusivo diritto degli autori delle opere messe a disposizione sulla propria piattaforma.

5. Considerazioni finali

La Sentenza, pur offrendo il fianco a qualche critica, dimostra la preoccupazione dei giudici europei ad un'apertura incontrollata del diritto d'autore all'avvento del mercato digitale.
Se, infatti, la sentenza *Oracle* aveva lasciato adito ad una possibile valorizzazione del principio dell'esaurimento digitale – con un conseguente respiro per la libera circolazione delle merci – nel caso *Tom Kabinet* la Corte ha voluto rimarcare i rischi di una tale operazione. Ne è dimostrazione la sottolineatura operata in chiusura dell'*iter* argomentativo, con un approccio prevalentemente fattuale, dove i giudici affermano che «l'assenza di misure tecniche, nell'ambito della piattaforma di tale club, che consentano di garantire che possa essere scaricata un'unica copia di un'opera durante il periodo in cui l'utente di un'opera ha effettivamente accesso a quest'ultima»[15] non fornisce sufficienti garanzie per un sicuro evolversi del diritto d'autore in rete.
Questa chiosa finale dei giudici europei parrebbe dunque lasciare una porta aperta all'applicazione della disciplina della distribuzione (con conseguente applicazione del principio dell'esaurimento) a copie digitali di opere protette, laddove sia effettivamente

[12] Cfr. CGUE, C-117/15, *Reha Training Gesellschaft fur Sport* (2016), § 41.

[13] Cfr. CGUE, C-160/15, *GS Media BV* (2016), § 42.

[14] § 68 della Sentenza.

[15] § 69 della Sentenza.

possibile assicurare l'unicità e non-duplicabilità della copia e ove le modalità di circolazione consentano di accertare l'effettivo trasferimento di quella determinata copia.
Queste premesse appaiono descrivere in maniera puntuale l'evoluzione di modelli di gestione della proprietà intellettuale e del diritto d'autore mediante sistemi *blockchain*, che consentono di creare artificialmente condizioni di scarsità in senso economico – creando dunque copie digitali "uniche" di un determinato *asset* digitale[16] -, favorendo nel contempo modalità di trasferimento univoche di tale *asset* tra i partecipanti[17].
Non resta che attendere ulteriori sviluppi, riconoscendo tuttavia che l'allargamento del diritto di comunicazione al pubblico operato nella Sentenza in commento, porterà con sé conseguenze difficilmente superabili.

[16] Uniche in quanto associate ad un *token* creato e scambiato univocamente in *blockchain*.

[17] Per una più puntuale disamina della tecnologia *blockchain* e delle sue applicazioni nel mondo digitale a tutela del diritto d'autore e della proprietà intellettuale, cfr. P. De Filippi- A. Wright, *Blockchain and the Law*, Cambridge (MA), 2018 e F. Sarzana-M. Nicotra, *Diritto della blockchain, intelligenza artificiale e iOT*, Milano, 2018.

Note a sentenza

Sezione comparata

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

Davide Zecca

Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, 17 giugno 2019, *Manhattan Community Access Corp. v. Halleck*, No. 17–1702

La Corte Suprema americana conferma il proprio consolidato orientamento in tema di *state action* appoggiandosi a una ricostruzione della teoria del *public forum* che resta ancorata a una lettura legata al dato formale della titolarità sul mezzo di comunicazione, perdendo così un'occasione di rendere più effettiva la tutela garantita dal I emendamento alla libertà di manifestazione del pensiero.
Gli argomenti della minoranza, che fa leva sulla sostanziale natura dell'attività dell'attore privato di gestione di un *public forum* e sulla costituzione della stessa società da parte dello Stato al solo fine di gestire l'accesso al mezzo, non bastano a convincere il blocco conservatore della Corte. Proprio la circostanza che l'attività del soggetto privato in questione derivi da una esplicita scelta dell'amministrazione in materia fonda, secondo l'ala liberal, l'obbligo di garantire le adeguate tutele costituzionali a chi si serva dei canali a pubblico accesso.
Il tentativo di assoggettare al regime dei *public forum* i canali in questione non è peraltro un trend recente, poiché già dall'approvazione di un apposito *statute* in materia nel 1984 la tematica è stata oggetto di riflessione della dottrina, seppure le suggestioni proposte abbiano avuto scarsa presa sulla giurisprudenza, come si evince anche dalla pronuncia in oggetto.

Sommario

1. Introduzione: i canali a pubblico accesso sulla TV via cavo. – 2. La maggioranza e il dogma della *state action*. – 3. La critica della minoranza e la configurabilità di un *public forum*. – 4. La *freedom of speech* nei luoghi pubblici: la giurisprudenza sul public forum. – 5. I canali a pubblico accesso come *designated public forum*: una prospettiva irrealistica?

Keywords

canali TV a pubblico accesso - *state action doctrine* - *public forum* - libertà di espressione -Primo Emendamento

1. Introduzione: i canali a pubblico accesso sulla TV via cavo

La Corte Suprema americana si è pronunciata nello scorso *term* (ottobre 2018-giugno 2019) su un ricorso esperito avverso una pronuncia della Corte d'appello federale del secondo circuito che, ribaltando a maggioranza la decisione della corte federale distrettuale adita in primo grado, aveva sancito la violazione del I emendamento alla Costituzione americana da parte del resistente.

La controversia origina dalla doglianza di due cittadini newyorchesi i quali lamentano di essere stati esclusi dalla fruizione dei canali di TV via cavo a pubblico accesso a opera della società privata incaricata della gestione del servizio stesso da parte dello Stato, in particolare in ragione della produzione e successiva trasmissione su tali canali di un documentario realizzato dai due ricorrenti che assumeva posizioni critiche nei confronti della stessa società operatrice del servizio.

Il quadro normativo di riferimento è quello dello Stato di New York, ove la Commissione adibita al controllo dei servizi pubblici, che regola, fra l'altro, la concessione di licenze per le trasmissioni televisive via cavo, richiede agli operatori del settore di garantire ciascuno sui propri sistemi la presenza di uno o più canali aperti al pubblico accesso. La legge statale rilevante prevede che la fruizione di tali canali avvenga a titolo gratuito e allocando gli spazi secondo un criterio meramente cronologico di precedenza della richiesta[1]. È l'operatore di TV via cavo che, secondo la disciplina locale vigente, gestisce i canali a pubblico accesso, salvo che l'amministrazione locale di una determinata area decida di operare essa stessa i canali o deleghi tale compito a un soggetto privato.

Nei fatti di causa si è verificata proprio l'ultima ipotesi delineata, avendo la città di New York affidato la gestione dei canali riservati al pubblico accesso sulla rete di *Time Warner*, nell'ambito del *borough* cittadino di Manhattan, a una società privata senza scopo di lucro nota come *Manhattan Neighborhood Network* (*MNN*). La decisione di quest'ultima di sospendere temporaneamente prima dall'utilizzo dei canali e poi da quello di tutti i servizi e le strutture di *MNN* stessa i due ricorrenti (DeeDee Halleck e Jesus Papoleto Melendez) è la ragione che ha spinto costoro a contestare la violazione della *freedom of speech* di cui al I emendamento dinanzi a una corte federale.

Il giudice distrettuale ha accolto l'obiezione presentata da *MNN* secondo la quale la stessa società non è soggetta agli obblighi sanciti dal I emendamento in quanto non ricade nella definizione di attore statale ai fini dell'applicazione della disposizione. Diversamente, l'opinione dei due giudici di maggioranza della Corte d'appello ha riconosciuto che i canali tv a pubblico accesso a Manhattan rientrano nella definizione di spazio pubblico di discussione (*public forum*) rilevante ai fini della configurabilità dell'obbligo in parola[2].

La Corte suprema, dopo aver concesso il *writ of certiorari*, ha ascoltato le argomentazioni delle parti il 25 febbraio del 2019, pronunciandosi infine sulla questione con la sentenza pronunciata a metà del giugno scorso. La decisione è a maggioranza stretta (5-4)

[1] 16 N. Y. Codes, Rules & Regs. §§895.4(c)(4) and (6) (2018).

[2] 882 F. 3d 300, 308 (2018).

e la distribuzione dei giudici alimenta una volta di più la retorica della polarizzazione dei *Justices* americani: al blocco di maggioranza di ispirazione conservatrice, in questa circostanza capitanato dal giudice al suo primo *term* Brett Kavanaugh, si contrappone l'ala liberal del collegio, guidata in questo caso da Sonia Sotomayor, la quale verga una *dissenting opinion* volta a demolire la ricostruzione fattuale e teorica propugnata dallo schieramento ideologicamente opposto.

In particolare, il dissenso fra le due componenti della Corte risiede in due questioni fondamentali: la prima riguarda la qualificazione dei canali TV via cavo operati da *MNN* come luoghi di pubblico dibattito, mentre la seconda concerne, sul presupposto di una configurabilità della prima, la sussumibilità di *MNN* sotto il profilo di attore statale. Tale operazione interpretativa è imprescindibile, poiché le garanzie di cui alle disposizioni del *Bill of rights*, fra cui quella in oggetto, sono vincolanti soltanto ove si tratti di operazioni condotte da amministrazioni dello Stato, non applicandosi invece alle attività libere di soggetti giuridici terzi e distinti dallo Stato (cd. *state action doctrine*)[3].

È proprio nella diversa interpretazione che dei fatti allegati viene proposta e nelle conseguentemente divergenti argomentazioni di maggioranza e minoranza del collegio che emerge un approccio diverso al tema e anche una differente impostazione ideologica di fondo.

2. La maggioranza e il dogma della *state action*

Justice Kavanaugh ricostruisce sinteticamente il contenuto e il valore vincolante del I emendamento ricordando, supportato da vasta e consolidata giurisprudenza della stessa Corte Suprema, come il divieto di limitare la libertà di manifestazione del pensiero valga oggi per i Governi della Federazione e degli Stati federati e che la norma proibisce soltanto l'interferenza con il godimento del diritto a opera di pubbliche amministrazioni e non, invece, a opera di privati cittadini o enti terzi.[4]

Il primo rilievo che viene in evidenza alla pronuncia in grado d'appello riguarda la qualificazione giuridica di *MNN* ai fini dell'applicabilità del I emendamento: si tratta

[3] La bibliografia sul tema è sterminata: con riferimento alle origini della teoria e alla sua applicazione nei primi cento anni fra l'approvazione dei *Reconstruction Amendments* e l'ascesa di Warren Burger alla Presidenza della Corte Suprema v. R. Hemphill, *State Action and Civil Rights*, in *Mercer Law Review*, 23, 1972, 519 ss.; per un più recente quadro su natura e limiti della *State action* v. *Rights Guaranteed. Fourteenth Amendment*, in *2017 Constitution of the United States of America: Analysis & Interpretation*, 2017, 2079 ss.

[4] L'applicabilità di tale garanzia è stata estesa, almeno formalmente, anche agli Stati a partire dall'entrata in vigore del XIV emendamento alla Costituzione stessa (1868), v. cd. *Due Process Clause*, a norma della quale «*[N]or shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law*». L'approvazione della disposizione era preordinata al superamento della concezione dualistica e separata della cittadinanza statale e federale come affermata in *Barron v. Baltimore*, 32 U.S. (7 Pet.) 243 (1833). Tuttavia, il tentativo fu frustrato per molti decenni ancora a causa dell'interpretazione restrittiva della Corte Suprema adottata negli anni immediatamente successivi: nei cd. *Slaughter-House Cases*, 83 U.S. (16 Wall.) 36 (1873), fu sancita l'applicabilità della *Privileges or Immunities Clause* («*No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States*») ai soli diritti garantiti dal Governo federale, dichiarandone per converso l'inapplicabilità a quelli garantiti dagli Stati federati; in *United States v. Cruikshank*, 92 U.S. 542 (1875), il collegio introdusse la *state action doctrine* come limite all'applicabilità della *Due Process Clause*. La clausola del I emendamento relativa alla *freedom of speech* è stata poi incorporata soltanto a partire dalla pronuncia nel caso *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925).

infatti di una società priva di scopo di lucro ma comunque un soggetto giuridicamente distinto dallo Stato di New York. La giurisprudenza precedente della Corte, argomenta Kavanaugh, delinea poche e circoscritte circostanze in cui un soggetto privato possa essere considerato alla stregua di un attore statale o pubblico: in particolare, ciò avviene quando esso eserciti una funzione tradizionalmente esclusivamente pubblica, oppure quando un'amministrazione pubblica costringa il soggetto privato a compiere una determinata attività, o ancora quando una pubblica amministrazione agisca congiuntamente al soggetto privato. L'allegazione dei resistenti, scrive la Corte, ricade senz'altro nella prima ipotesi, che l'opinione di maggioranza discute con un certo grado di dettaglio.

L'esercizio di poteri tradizionalmente esclusivamente riservati allo Stato, criterio risalente alla sentenza *Jackson v. Metropolitan Edison Co.*[5], non può secondo i precedenti della Corte ricavarsi dal mero fatto che la funzione sia stata in precedenza, o sia ancora, esercitata da un ente di governo o che essa soddisfi un interesse pubblico; il requisito è più stringente: la pubblica amministrazione deve avere esercitato tradizionalmente ed esclusivamente la detta funzione (si tratta cioè di due criteri cumulativi e non alternativi l'uno all'altro). Proprio il rigore di questo accertamento ha condotto i giudici supremi a negare in un gran numero di casi la qualifica di attore statale a soggetti esercenti funzioni di interesse pubblico, riconoscendo tale status solo con riferimento all'organizzazione di consultazioni elettorali e alla gestione di città aziendali.

Kavanaugh, dopo aver precisato che la funzione di cui si tratta nel caso è la gestione di canali a pubblico accesso su un sistema di TV via cavo, ricostruisce come per decenni tali emissioni siano state gestite sia da pubbliche amministrazioni (es. municipalità) sia da operatori di natura privata e suffraga tale dato offrendo un sintetico resoconto dell'analoga situazione nel contesto di Manhattan fino al momento in cui *MNN* ha iniziato la propria attività. Tale quadro consente alla maggioranza di affermare che la gestione di canali a pubblico accesso non è funzione tradizionalmente ed esclusivamente pubblica nei termini in cui la stessa Corte la intende.

Il blocco conservatore rigetta altresì l'argomentazione dei resistenti secondo la quale l'attività in questione non è la mera gestione di canali via cavo a pubblico accesso, bensì la gestione di uno spazio pubblico per la manifestazione del pensiero, che sarebbe pertanto una funzione tradizionalmente ed esclusivamente pubblica. La Corte risponde che, se anche la pubblica amministrazione, ove offra tale spazio pubblico di espressione del pensiero, non può discriminare sulla base dei punti di vista e, sovente, sulla base del contenuto, tale divieto non vale per i soggetti privati, i quali possono quindi legittimamente esercitare scelte discrezionali sull'accesso al proprio spazio privato di manifestazione del pensiero (*Hudgens v. NLRB*[6]). Pertanto, la mera gestione di uno spazio ove si possa manifestare il proprio pensiero non è sufficiente a rendere un soggetto privato attore statale, anche perché offrire a terzi uno spazio ove esprimere le loro opinioni non è funzione tradizionalmente ed esclusivamente esercitata dal pubblico: pertanto, l'esercizio di tale funzione non soggiace agli obblighi di cui al I emendamento.

I giudici di maggioranza non sono nemmeno convinti dal dato addotto dai resistenti, a

[5] 419 U. S. 345, 352 (1974).

[6] 424 U. S. 520–521 (1976).

opinione dei quali *MNN* deve essere considerata attore statale in quanto titolare di una concessione da parte dello Stato di New York per la gestione dei canali TV via cavo e in ragione del pervasivo quadro regolatorio al quale la stessa società si deve conformare nell'esercizio della propria attività. Tutti questi dati, argomenta Kavanaugh, non incidono sulla natura della funzione svolta, che non rientra in quella definizione di attività tradizionalmente ed esclusivamente di esercizio statale di cui alla sentenza *Jackson*, che è il costante ed esplicito riferimento dell'autore dell'opinione della Corte.
Non convince la Corte nemmeno la prospettazione dell'esistenza di pretese proprietarie della città di New York sui canali in questione, che renderebbero l'attività di *MNN* mera gestione di *asset* di proprietà pubblica. L'infrastruttura utilizzata appartiene infatti a *Time Warner*, mentre *MNN* gestisce i canali con attrezzature proprie: la città di New York non possiede né acquisisce un diritto all'utilizzo temporaneo dei canali, né gode di alcun diritto di servitù sugli stessi. Il fatto che l'accordo di concessione dell'utilizzo dei canali stipulato fra la città e la società proprietaria delle infrastrutture attribuisca alla città stessa la facoltà di designare un ente privato per la gestione dei canali non fa sorgere un diritto reale dell'amministrazione cittadina sull'infrastruttura (di proprietà di *Time Warner*) o sui canali (gestiti da *MNN*). Né alcuna servitù di passaggio accordata a operatori privati su terreni di proprietà pubblica vale a trasformare i beneficiari della servitù in attori statali.

3. La critica della minoranza e la configurabilità di un *public forum*

Justice Sotomayor contesta in radice la ricostruzione dei fatti sottostanti alla decisione della maggioranza, sostenendo che il caso riguardi un'organizzazione investita del compito di gestire uno spazio pubblico di espressione da parte di un'autorità di governo, non invece un proprietario che abbia aperto il proprio spazio privato alla manifestazione dell'altrui pensiero: sarebbe l'accettazione del rapporto di agenzia da parte della società a renderla attore statale e, in quanto tale, vincolata a garantire il rispetto del I emendamento.
L'argomento della minoranza trae le mosse dalla constatazione che la concessione di un diritto alla trasmissione di canali TV via cavo è una prerogativa che viene riconosciuta agli operatori privati dalla pubblica amministrazione e che, pertanto, l'ingresso in un mercato locale di servizi via cavo non può prescindere da tale concessione. Peraltro, lo Stato di New York autorizza le municipalità a concedere le licenze necessarie sotto il rispetto di una serie di condizioni relative alle modalità di erogazione del servizio al pubblico. Nel 1991, l'accordo stipulato fra *Time Warner* e il *borough* di Manhattan consentiva al Presidente di quest'ultimo di identificare un soggetto privato terzo che gestisse i canali a pubblico accesso che la società era vincolata ad accantonare; Sotomayor precisa che la pubblica amministrazione in questione avrebbe ben potuto decidere di operare tali canali in autonomia, senza ricorrere a soggetti esterni. Peraltro, *MNN* viene creata proprio a seguito della stipula dell'accordo di cui sopra con il fine specifico della gestione dei canali a pubblico accesso dell'area di Manhattan.

Il punto di partenza giuridico dell'opinione di minoranza è che i canali in questione costituiscono uno spazio pubblico di espressione e che, poiché la concessione di gestione a un soggetto privato implica un accantonamento di uno o più canali aperti a tutti, lo Stato di New York una volta data tale concessione deve garantire l'esistenza di tale spazio pubblico di dibattito e deve farlo nel rispetto delle garanzie di cui al I emendamento, anche quando delegasse un soggetto terzo alla gestione in concreto (il soggetto delegato sarebbe cioè gravato esso stesso da tale obbligo).
Poiché i resistenti sostengono che le circostanze del caso provino l'esistenza di una discriminazione discrezionale (cd. *viewpoint discrimination*) da parte dell'operatore dei canali, *Justice* Sotomayor affronta la questione relativa alla natura dello spazio di manifestazione del pensiero in questione, non essendo tale discriminazione vietata allorquando si tratti di dichiarazioni di una pubblica amministrazione o di attività che avvengano in un luogo privato. L'opinione di minoranza è volta cioè, nella sua prima parte, a dimostrare come i canali di TV via cavo a pubblico accesso siano sussumibili sotto la fattispecie dello spazio pubblico di espressione (cd. *public forum*).
La discussione del tema assume come punto di partenza quanto dichiarato da *Justice* Thomas oltre due decenni fa nel caso *Denver Area Ed. Telecommunications Consortium, Inc. v. FCC*[7]: non si configura tale spazio pubblico di espressione laddove la pubblica amministrazione difetti di un apprezzabile interesse di natura reale coerente con il fine comunicativo del detto spazio. L'opinione di minoranza argomenta in favore dell'esistenza di un tale interesse nel caso di specie, identificabile nel diritto di esclusiva all'utilizzo dei canali (e, in quanto strumentale, delle infrastrutture di *Time Warner*), assimilabile almeno a un diritto reale di servitù. Nello stesso caso di cui sopra, la maggioranza si era espressa a favore dell'analogia fra un accordo di concessione di canali via cavo a pubblico accesso e un accordo che costituisca una servitù, anche se solo una minoranza del collegio (Kennedy e Ginsburg) si era spinta fino a qualificare i canali stessi come spazi pubblici di espressione.
D'altronde, argomenta Sotomayor, se anche le infrastrutture (cioè i cavi) sono di proprietà di *Time Warner*, è indubbio che la città di New York se ne serva nel godimento di una servitù di passaggio per operare i canali a pubblico accesso, su cui la stessa mantiene diritti di gestione e di esclusione salve rinegoziazioni dell'accordo con *Time Warner*.
L'intangibilità dello spazio in questione non deve, secondo il blocco liberal, condurre a considerare il caso in questione diversamente da un'ipotesi ove una pubblica amministrazione si serva di una strada o di un teatro per offrire un determinato servizio: si tratta della manifestazione concreta di un diritto reale. D'altronde, se il principio di cui sopra vale per la manifestazione del pensiero attraverso cartelloni pubblicitari, parimenti dovrebbe valere per la gestione di canali in esclusiva da parte dello Stato o di altro ente locale. L'esistenza di un diritto reale dello Stato sui beni conduce pertanto a qualificare lo spazio come *public forum*, ben potendosi ritenere integrato il requisito dell'intenzione di aprire lo stesso all'accesso di tutti i cittadini[8].
Da questa conclusione, segue il resto del ragionamento di *Justice* Sotomayor, che argomenta che la gestione di un *public forum* implica l'obbligo di rispettare le garanzie di

[7] 518 U. S. 727, 829 (1996).

[8] *Cornelius v. NAACP Legal Defense & Ed. Fund, Inc.*, 473 U. S. 788, 802 (1985).

cui al I emendamento, da cui lo Stato non si potrebbe sottrarre nemmeno delegando le attività in concreto a un soggetto privato terzo. Il precedente a cui l'opinione di minoranza si appoggia è *West v. Atkins*[9], a norma del quale un medico privato al quale sia stato affidato il servizio di cura dei detenuti in una prigione statale è un attore statale, in quanto la funzione pubblica che svolge porta con sé gli obblighi associati all'esercizio di attività statale e la violazione di tali doveri implica la responsabilità dello Stato che lo ha investito del detto compito. Il blocco liberal legge le circostanze del caso in questione come analoghe a quelle di *West*: si tratta di un caso ove una pubblica amministrazione ha compiuto una scelta che implica degli obblighi sotto il profilo costituzionale (là l'apertura di una prigione, qui la gestione di canali a pubblico accesso) e ne ha poi delegato la gestione in concreto a un attore privato (lì il medico, qui *MNN*): tale delega di funzioni e di conseguenti obblighi rende pertanto il soggetto privato l'equivalente di un attore statale.

La parte finale dell'opinione di minoranza approfondisce le ragioni per le quali la maggioranza avrebbe errato nel decidere la controversia nei termini di cui sopra. In primo luogo, argomenta Sotomayor, non è sufficiente fermarsi alla natura giuridica formale dei soggetti coinvolti (*Time Warner* e *MNN* sono società di diritto privato) né basta identificare a chi spetti la titolarità delle infrastrutture di riferimento, poiché l'obbligo di riservare allo Stato un canale fa inevitabilmente sorgere un diritto reale dello stesso su tale bene (per quanto intangibile).

Inoltre, l'ala liberal censura con maggior veemenza un'ulteriore fraintendimento in cui l'ala conservatrice sarebbe caduta: il riferimento al caso *Jackson*, infatti, mal si adatterebbe ai fatti di causa, poiché in quel caso si trattava di una società di proprietà privata che operava in un mercato ampiamente regolamentato dallo Stato, in questo, invece, il soggetto è una società privata che è stata costituita dallo Stato stesso con il fine specifico di gestione di un servizio che diversamente avrebbe dovuto gestire lo Stato stesso direttamente. Voler accomunare i fatti sottostanti al caso *Jackson* a quelli di cui alla controversia in oggetto, prosegue Justice Sotomayor facendo ricorso a una similitudine, sarebbe come dire che un cameriere in un ristorante è un venditore di cibo indipendente a cui capita di essere sottoposto a particolare regolamentazione da parte dei proprietari del ristorante. Il principio sancito in *Jackson*, secondo il quale un soggetto privato che autonomamente entra in un settore economico regolato o in cui opera anche la pubblica amministrazione diventa attore statale solo laddove eserciti funzioni tradizionalmente ed esclusivamente statali, non può estendersi anche a casi ulteriori, in quanto in *West* la stessa Corte ha affermato che non rileva che l'agente a cui lo Stato delega l'esercizio della funzione avrebbe potuto svolgerla anche da privato cittadino.

All'obiezione della maggioranza, secondo la quale *West* non si potrebbe applicare al caso di specie in quanto lì lo Stato era obbligato a fornire assistenza medica ai detenuti mentre nel caso in questione l'accesso ai canali via cavo non era costituzionalmente garantito, viene risposto che in entrambi i casi l'obbligo dello Stato deriverebbe da una scelta discrezionale della pubblica amministrazione: l'apertura del penitenziario in un caso e la gestione di canali TV a pubblico accesso sono libere scelte dello Stato; tuttavia, una volta prese queste scelte, ne discendono degli obblighi costituzionalmente

[9] 487 U. S. 42 (1988).

garantiti (l'assistenza medica e il rispetto della *freedom of speech* nel *public forum* gestito). L'errore in cui incappa la maggioranza sarebbe cioè qualificare le circostanze di specie alla stregua di un caso ove si offra un servizio per propria scelta rispetto all'eventualità che sia lo Stato stesso a chiedere a un privato di gestire quella che è una responsabilità gravante su di esso in sua vece (addirittura, qui, l'ente privato è costituito per questo preciso compito).

4. La *freedom of speech* nei luoghi pubblici: la giurisprudenza sul *public forum*

La pronuncia della Corte Suprema nel caso di specie non deve stupire, in quanto si inserisce in un filone giurisprudenziale consolidato che tende a far prevalere, ove si tratti dell'identificazione della natura di un dato spazio di espressione, la titolarità formale del diritto di proprietà sullo stesso anziché privilegiare il fine (pubblico) a cui tale spazio è preordinato. Più che della contrapposizione fra maggioranza e minoranza sull'applicabilità del principio sancito nel caso *Jackson* o di quello di cui al caso *West*, relativa all'eventualità che sorga (o meno) l'obbligo di rispettare le garanzie di cui alle disposizioni del *Bill of Rights* ove si decida di intraprendere attività a rilevanza costituzionale per libera scelta dell'amministrazione pubblica, sembra più utile discutere delle implicazioni che la decisione in oggetto può avere nell'ambito della teoria del *public forum* e di quale futuro si prospetti per i canali via cavo a pubblico accesso.
Come ricordato anche in precedenza, è a partire dal caso *Gitlow v. New York* (1925) che anche gli Stati federati, e non solo il governo federale, sono vincolati alla garanzia della *freedom of speech* nell'esercizio di attività di natura pubblica. Nel periodo fra la fine della II guerra mondiale e il termine della Presidenza Warren della Corte Suprema, anche sulla scorta dell'afflato progressista sul piano sociale di cui lo stesso collegio si fece promotore[10], la giurisprudenza riconobbe come fosse la funzione a cui il bene era adibito, e non la sola titolarità dello stesso, a determinare l'interesse dello Stato ad assicurare che il godimento del diritto di proprietà sul bene stesso fosse orientato a scopi pubblici[11].
Infatti, nel caso *Marsh v. Alabama*[12] la Corte Suprema sancì che una legge statale che punisse penalmente l'accesso non autorizzato a strade, marciapiedi o luoghi pubblici in una città aziendale[13] finalizzato alla distribuzione di materiale di propaganda religiosa o politica era incostituzionale per violazione del I e del XIV emendamento. Infatti, che a detenere la titolarità della proprietà sulla totalità degli edifici e delle vie di comunicazione della città fosse una società privata o una municipalità, i giudici riconobbero

[10] Il riferimento più scontato, fra tanti, non può che essere alla decisione sulla segregazione razziale in ambito scolastico nel caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

[11] L. Stein, *Can the First Amendment Protect Public Space on U.S. Media Systems? The Case of Public Access Television*, in *Communication Law and Policy*, 5(3), 2000, 376.

[12] 326 U.S. 501 (1946).

[13] Località ove gli edifici, le attività commerciali e le vie di comunicazione sono di proprietà di un'impresa o una società, per la quale sono impiegati la maggioranza dei residenti dell'area.

che in ogni caso il pubblico ha un identico interesse nel funzionamento della comunità in una maniera tale per cui le vie di comunicazione rimangano libere. D'altronde, anche i cittadini che risiedano in città aziendali, in quanto liberi cittadini dello Stato e del Paese, sono investiti del potere di prendere decisioni che influiscono sul benessere collettivo e, a tal fine, devono essere debitamente informati, per cui non si dà ragione di censurare alcuna fonte di informazione a cui gli stessi possano attingere. Il bilanciamento dei diritti dei proprietari con quelli del popolo di godere della libertà di stampa e di religione faceva dunque emergere una preferenza nei confronti del secondo[14].

Un'interpretazione tanto favorevole all'estensione della garanzia di cui al I emendamento trovò il suo culmine nella pronuncia *Food Employees v. Logan Valley Plaza*, con cui la stessa Corte Suprema ritenne che il divieto di manifestare organizzando picchetti all'interno di un centro commerciale di proprietà privata, imposto dallo stesso proprietario, violava la summenzionata disposizione del *Bill of Rights*, poiché tale centro commerciale era da considerarsi equivalente a un distretto commerciale di una qualunque località (analogamente a quanto statuito nel precedente *Marsh v. Alabama*)[15]. Tanto nell'uno quanto nell'altro caso, le prerogative riconosciute al pubblico a norma del I emendamento dipendevano non dalla proprietà pubblica o privata dello spazio in questione, bensì dall'accertamento dell'esistenza di una pubblica funzione a cui lo stesso spazio assolvesse[16].

Dopo meno di un decennio, tuttavia, il principio di *Logan Valley* fu superato con la pronuncia nel caso *Hudgens v. NLRB*[17], a cui la stessa opinione di maggioranza fa riferimento nella sentenza in commento. La Corte, in quella circostanza, sottolineò come il criterio adottato in *Marsh v. Alabama* non fosse stato applicato correttamente in *Logan Valley*, poiché la prima pronuncia aveva sancito che, affinché la proprietà privata potesse essere considerata pubblica (ai fini dell'applicazione del *Bill of Rights*), essa avrebbe dovuto assumere tutti i caratteri di una città, come la presenza di edifici residenziali, strade, un sistema fognario, un impianto di trattamento di rifiuti e un distretto commerciale ove fossero localizzate attività imprenditoriali[18]. Sulla base di tale *dictum*, a una manifestazione di natura sindacale organizzata all'interno di un centro commerciale fu negata la tutela costituzionale di cui al I emendamento, autorizzando così la compressione della libertà di manifestazione del pensiero a opera di leggi statali tramite l'imposizione di sanzioni penali per il *trespass* della proprietà privata.

Il difetto di una tale impostazione, argomentò nella sua opinione dissenziente *Justice* Thurgood Marshall (al quale si unì *Justice* William Brennan), risiederebbe nella mancata comprensione del fatto che in tali circostanze il proprietario di un moderno centro commerciale, devolvendo la propria proprietà privata al pubblico utilizzo come distretto commerciale, in un certo senso spoglia lo Stato del controllo sui tradizionali luoghi di manifestazione pubblica del pensiero, fino addirittura in certi casi ad acquisire un virtuale monopolio dei luoghi funzionali a un'efficace comunicazione al pub-

[14] *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 508-509.

[15] *Food Employees v. Logan Valley Plaza, Inc.*, 391 U.S. 308 (1968).

[16] L. Stein, *op. cit.*, 377.

[17] 424 U.S. 507 (1976).

[18] 424 U.S. 516, che cita a sua volta 326 U.S. 502.

blico. D'altronde, proseguiva lo stesso Marshall, le strade, i parcheggi e i marciapiedi all'interno di un moderno complesso commerciale possono essere tanto essenziali per una garanzia effettiva della libertà di manifestazione del pensiero quanto strade e marciapiedi in città di proprietà municipale o aziendale[19]. Infatti, l'aderenza cieca al criterio della mera titolarità del bene avrebbe la conseguenza, in un contesto ove attività e spazi una volta pubblici sono sempre maggiormente privati, che la dottrina del *public forum* risulterebbe sempre più inadeguata a proteggere la possibilità dei singoli a esprimere il proprio pensiero in tali spazi. Il criterio che *Justice* Marshall riteneva opportuno applicare per determinare l'esistenza o meno di un interesse pubblico nei confronti di un bene di proprietà privata data a un caso risalente a pochi anni dopo il termine della Guerra di Secessione: esso sussisterebbe allorquando la proprietà privata è utilizzata in modo da renderne le conseguenze rilevanti per il pubblico e influenti sulla comunità nella sua interezza; riservare la propria proprietà a usi con riferimento ai quali il pubblico detiene un interesse equivarrebbe dunque a conferire allo stesso un interesse giuridicamente rilevante sull'utilizzo del bene e richiederebbe di sottoporre il bene stesso al controllo del pubblico finalizzato alla pubblica utilità[20].

In seguito, conformemente all'indirizzo di maggioranza dell'ultima pronuncia, la giurisprudenza ha sottoposto le limitazioni governative all'accesso a luoghi pubblici o mezzi di comunicazione a uno scrutinio a norma del I emendamento basato sull'indagine riguardo l'esistenza (o meno) di un *public forum*. Richiamando un precedente risalente (*Hague v. CIO*[21]), la Corte ricorda che parchi e strade, a chiunque ne spetti la proprietà, sono da tempo immemore disponibili al pubblico e utilizzate a fini di riunione, comunicazione fra cittadini e discussione di questioni di pubblica rilevanza; da ciò discende la conclusione che tale utilizzo può sì essere regolato nell'interesse della collettività, ma non può essere del tutto compresso o negato[22]. Nel caso *Perry Educ. Association v. Perry Educators' Association*, i giudici si riferirono ai luoghi di cui sopra identificandoli come la 'quintessenza del *public forum*': in queste sedi una limitazione statale della manifestazione del pensiero dipendente dal contenuto dello stesso deve essere in grado di superare uno *strict scrutiny* articolato sull'indagine riguardo all'esistenza di un *compelling state interest* e del fatto che la misura sia *narrowly tailored* per quel dato fine perseguito[23].

La Corte illustrò poi l'esistenza di una seconda categoria di *public forum*: si tratta di luoghi di proprietà pubblica che uno Stato rende disponibili al pubblico utilizzo adibendoli allo svolgimento di attività di manifestazione del pensiero di varia natura (cd. '*designated public forum*'): l'inesistenza di un obbligo costituzionale di istituzione dei luoghi di cui sopra non esonera lo Stato dalla necessità di astenersi dall'imposizione di limitazioni alla prerogativa in oggetto, fintanto che tale spazio sia concesso in uso alla collettività. Anche in questa circostanza il sindacato giurisdizionale deve essere di na-

[19] *Hudgens v. NLRB (Diss. Op. Justice Marshall)*, 424 U.S. 539.

[20] *Ibid.*, ove *Justice* Marshall cita *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113, 126 (1876).

[21] 307 U. S. 496 (1939).

[22] 307 U.S. 515.

[23] 460 U.S. 37, 45 (1983). La Corte ricostruì lo standard di giudizio richiamando i *dicta* di due pronunce di poco precedenti, v. *Carey v. Brown*, 447 U. S. 461 (1980) e *United States Postal Service v. Council of Greenburgh Civic Assns.*, 453 U. S. 132 (1981).

tura intrusiva, analogo allo *strict scrutiny* che si applica ai *public forum* tradizionali.
Tutti gli spazi che non rientrano nelle due categorie sopra delineate, argomentò la Corte, sarebbero invece luoghi di pubblica proprietà che, tuttavia, non devono dallo Stato necessariamente essere resi disponibili a fini comunicativi al pubblico nella sua generalità, ben potendo l'amministrazione pubblica riservarne l'utilizzo per scopi da essa stessa determinati, siano essi comunicativi o meno, a patto che le limitazioni sulla manifestazione del pensiero siano ragionevoli e non uno sforzo dipendente solo dall'avversione dei governanti all'opinione espressa da un soggetto[24]. La Corte Suprema ribadì la legittimità di limitazioni all'utilizzo di spazi che non siano *public forum* solo due anni dopo, avendo cura di precisare come tali compressioni debbano però essere *viewpoint neutral*[25].

5. I canali a pubblico accesso come *designated public forum*: una prospettiva irrealistica?

Quanto premesso consente di mettere a fuoco lo sfondo sul quale il contenzioso riguardante la libera manifestazione del pensiero su canali TV via cavo a pubblico accesso si svolge. La riflessione che si è sviluppata sul tema a seguito dell'approvazione del *Cable Communications Policy Act* (1984)[26] ha offerto, anche prima che la Corte si occupasse in concreto di controversie riguardanti i canali a pubblico accesso, interessanti spunti sulle ragioni che potrebbero giustificare l'applicabilità delle garanzie di cui al I emendamento anche ai canali in questione, di cui si ritiene opportuno dar conto[27].
Se si accetta la premessa per cui tali vettori comunicativi non condividono le caratteristiche proprie degli spazi tradizionalmente associati alla libera manifestazione del pensiero da parte dei privati (strade, marciapiedi e parchi sono tendenzialmente presenti in ogni città, mentre canali a pubblico accesso non sono necessariamente obbligatori su un sistema di TV via cavo; l'utilizzo dei canali richiede il ricorso a un certo tipo di strumentazione tecnica, che non è ovviamente necessaria per utilizzare strade, marciapiedi e parchi; la comunicazione negli spazi tradizionalmente volti alla libera manifestazione del pensiero è immediata, mentre sui canali è differita al momento in cui viene trasmesso quanto registrato; la fruizione dei primi è di gran lunga più diffusa di quella dei secondi fra i cittadini; i canali sono una creazione del legislatore, mentre l'ac-

[24] È d'altronde d'uopo segnalare come questa tripartizione del *public forum* e la ricostruzione delle origini dello stesso nei termini di cui sopra non sia del tutto pacifica, v. R.C. Post, *Between Governance and Management: The History and Theory of the Public Forum*, in *UCLA Law Review*, 34, 1987, 1713-1835, ove l'autore contesta l'adeguatezza di tale ricostruzione, proponendo invece una teoria del *public forum* che distingua le circostanze ove la pubblica amministrazione regoli la manifestazione del pensiero del pubblico in generale da quelle in cui essa eserciti invece autorità gestoria volta al perseguimento di propri fini istituzionali.

[25] *Cornelius v. NAACP Leg. Def. Fund*, 473 U.S. 806 (1985)

[26] Pub. L. 98–549, 98 Stat. 2779. In particolare, il testo prevedeva che le autorità competenti a concedere licenze per le emissioni televisive agli operatori potessero prescrivere di riservare una porzione delle frequenze per fini pubblici, di istruzione o di interesse governativo, cfr. §611.

[27] In particolare v. W. Mueller, *Controversial Programming on Cable Television's Public Access Channels: The Limits of Governmental Response*, in *DePaul Law Review*, 38, 1989, 1099 ss.

cesso e l'utilizzo degli altri spazi non può essere legittimamente limitato senza violare la Costituzione), bisogna allora rivolgere lo sguardo ai criteri adottati per identificare se un dato spazio si qualifichi come *designated public forum*.

In particolare, la giurisprudenza della Corte Suprema ha ritenuto decisivo per identificare questa categoria rintracciare l'intenzione dell'amministrazione pubblica coinvolta: la designazione di uno spazio non tradizionalmente disponibile per riunioni e dibattiti come *public forum* è stata verificata indagando la linea politica e la condotta in concreto dell'ente governativo oltre alla natura della proprietà e alla sua compatibilità con un'attività di natura espressiva[28]. L'adozione di un criterio cronologico per determinare la precedenza nella fruizione del servizio, il divieto di esercitare un controllo di natura editoriale, la disponibilità del mezzo di comunicazione a un uso indiscriminato da parte del pubblico e la mera limitazione di natura territoriale (il programma deve essere un prodotto di un cittadino della comunità di riferimento) sono tutti elementi che integrano i requisiti di cui sopra.

Se quanto esposto sarebbe sufficiente a qualificare i canali a pubblico accesso come (*designated*) *public forum*, rimane comunque da affrontare il tema della *state action*: mentre l'operatore di TV via cavo e l'amministrazione statale non possono certamente esercitare alcuna forma di controllo editoriale, la questione diviene più complessa ove il controllo dell'accesso al mezzo di comunicazione sia gestito da una società specificamente adibita a tale compito. Vi è una limitata giurisprudenza che ha ricostruito un metodo bifasico volto a una corretta attribuzione della condotta allo Stato o a un ente governativo[29]. La prima consiste nel verificare se la limitazione del diritto derivi dall'esercizio di una prerogativa concessa dallo Stato stesso o da una regola di condotta imposta dallo Stato. Sotto questo profilo, poiché la società è creata con il solo scopo di supervisionare l'accesso e il funzionamento dei canali, qualsiasi forma di regolazione a riguardo non potrebbe non dipendere da norme emanate dall'autorità che ha concesso la licenza alla trasmissione dei canali. Inoltre, gli organi direttivi di tali società sono nominati dalle amministrazioni pubbliche, alle quali pertanto vanno imputate le scelte di controllo editoriale. Per ciò che riguarda la seconda fase, concernente la natura del presunto attore statale, l'attività di società che gestiscono l'accesso a tali canali sarebbe attribuibile allo Stato poiché le stesse svolgono una funzione tradizionalmente pubblica (criterio *Jackson*), in forza dell'identificazione degli spazi come *designated public forum* di cui sopra, sono finanziate in larga parte da enti governativi e il controllo editoriale esercitato non è funzione essenzialmente privata (vale a dire, non esiste nella sfera privata in quanto deriva dalla creazione dei canali a pubblico accesso per scelta del legislatore).

La giurisprudenza che è seguita, tuttavia, non ha accolto questo orientamento dottrinale, adottando un'interpretazione più timida e tradizionale sul tema. Nel principale caso in cui la Corte si era pronunciata prima della sentenza in commento, solo una minoranza sparuta dei *Justices* aveva affrontato la questione apertamente, giungendo alla conclusione per cui tali canali erano effettivamente *public forum*. In particolare,

[28] *Cornelius v. NAACP*, 473 U. S. 802.

[29] V. ancora W. Mueller, *op. cit.*, 1105-1111, ove si richiama *Lugar v. Edmondson Oil Co.*, 457 U. S. 937 (1982).

Justice Kennedy (con cui aveva concordato *Justice* Ginsburg), aveva ritenuto che tali canali, pur essendo di proprietà dell'operatore via cavo, in quanto volti a ospitare la manifestazione del pensiero di soggetti privati terzi o della pubblica amministrazione divengono automaticamente *designated public forum*, sottoponendo dunque qualsiasi limitazione da parte dei gestori degli stessi a uno *strict scrutiny*[30].

Una tale impostazione riecheggia nell'opinione di minoranza, ove *Justice* Sotomayor argomenta convintamente che, poiché la gestione dei canali in questione era senz'altro funzione di spettanza della città e l'amministrazione cittadina ha costituito una società *ad hoc* affinché svolgesse la suddetta attività, le circostanze sono quelle di un *designated public forum*. Infatti, non vi è alcun obbligo costituzionale di imporre agli operatori di TV via cavo di rendere disponibile al pubblico utilizzo alcun canale; tuttavia, una volta che sia in vigore una legge in tal senso, essi si qualificano irrimediabilmente come *public forum*, l'accesso ai quali può essere limitato solo nei casi summenzionati. È proprio la scelta discrezionale della amministrazione pubblica (nel caso di specie del legislatore statale) a consentire l'analogia con il caso *West*: se anche l'obbligo di assicurare le garanzie costituzionali non sussiste in origine, la libera decisione del potere pubblico lo fa sorgere e non permette di liberarsene delegando a un soggetto formalmente privato il concreto esercizio dell'attività in questione.

Il ragionamento giudiziale della maggioranza appare invece più formalistico e legato al dato testuale: l'attività svolta da *MNN* viene ricostruita semplicemente come la gestione dei canali TV via cavo a pubblico accesso, respingendo lo sforzo di astrazione della minoranza e negando che si tratti di gestione di *public forum*. Tuttavia, questa affermazione trascura di considerare che i canali gestiti da *MNN* sono riservati alla stessa dal licenziatario delle trasmissioni via cavo proprio a fini pubblici, di istruzione o governativi: sostenere che "*a private entity who provides a forum for speech is not transformed by that fact alone into a state actor*", come fa l'opinione di maggioranza, significa quindi non considerare la specialità di questo particolare soggetto privato. *Justice* Kavanaugh, invece, si limita a far leva sulla natura meramente privatistica della società, senza considerarne le modalità di investitura di tale ruolo di gestione e le finalità a cui tale funzione è predisposta. Pertanto, in virtù della ben consolidata dottrina della *state action*, egli rende ben più arduo il riconoscimento di un divieto di esercitare un controllo editoriale da parte di *MNN*, in quanto richiede la dimostrazione della sussistenza del requisito dello svolgimento di una funzione tradizionalmente esclusivamente statale da parte della società stessa (che ritiene non integrato). L'applicazione del principio di cui al caso *Jackson* rimane tuttavia non del tutto convincente, essendo i fatti sottostanti la controversia ben più simili a quelli del caso *West*.

Peraltro, una pronuncia della Corte in questa direzione è un primo segno che la giurisprudenza della Corte Suprema sul tema della libertà di manifestazione del pensiero nell'ambito delle telecomunicazioni risente (e, probabilmente, risentirà) del più recente avvicendamento in seno al collegio stesso. Infatti, l'ultimo *Justice* a lasciare il seggio è stato Anthony Kennedy, il cui record giudiziale è stato generalmente considerato come molto favorevole all'estensione della libertà di espressione (basti pensare alla

[30] *Denver Area Ed. Telecommunications Consortium, Inc. v. FCC (Diss. Op. Justice Kennedy)*, 518 U.S. 783 (1996).

decisione sul finanziamento privato alle campagne elettorali[31] e a quella che ha sancito l'incostituzionalità di una legge statale che vietasse a chi avesse scontato condanne per reati sessuali di iscriversi su piattaforme di social networking a cui avessero accesso anche minori[32]); tuttavia, è stato autorevolmente precisato che un'enfasi su tale attitudine di Kennedy dia conto di un solo lato della medaglia: egli infatti ha votato in più occasioni a favore di restrizioni della libertà di manifestazione del pensiero laddove interessi di natura istituzionale dell'amministrazione pubblica fossero in gioco[33]. Limitandosi al campo delle telecomunicazioni, questa tendenza si è concretizzata nella già menzionata qualificazione dei canali in questione come *public forum*[34], ma altresì nel rifiuto di dichiarare lesive della prerogativa di cui al I emendamento le *must-carry rules* imposte dal *Cable Television Consumer Protection and Competition Act* (1992)[35] ai gestori di sistemi di TV via cavo[36].

Il suo sostituto alla Corte Suprema, Brett Kavanaugh è alla Corte soltanto da poco più di un anno, pertanto qualsiasi conclusione rischia di essere prematura. Tuttavia, una valutazione preliminare della sensibilità dello stesso si può avanzare basandosi, oltre che sulla pronuncia in commento (della quale, elemento non secondario, è l'estensore), dal suo *record* giudiziale formatosi nella lunga permanenza alla Corte d'appello federale per il *DC Circuit*. In particolare, egli si è distinto per aver sottolineato, in più occasioni, come le regole imposte a tutela della concorrenza dallo *statute* del 1992 non superino più lo scrutinio sul rispetto del I emendamento, essendosi esaurito quel rilevante interesse governativo a fronte della scomparsa di quella situazione ove gli operatori via cavo detenevano un potere di monopolio "a collo di bottiglia" suscettibile di ledere il libero gioco della concorrenza nel settore[37]; lo stesso principio ha condotto Kavanaugh a dissentire, poco più di un anno prima della sua nomina alla Corte Suprema, dalla maggioranza nel caso relativo alla legittimità della regola sulla *net neutrality* degli *Internet Service Providers* elaborata dalla *Federal Communications Commission*[38].

Proprio quest'ultima opinione di Kavanaugh sembra un manifesto della sua interpretazione del I emendamento: la decisione discrezionale su quale manifestazione del pensiero ospitare non dipende dalle dimensioni della piattaforma, perciò vale anche per i fornitori di servizi Internet, i quali possono in ipotesi offrire contenuti senza limiti, ma non sono vincolati a farlo. È necessaria la sussistenza di un interesse di na-

[31] *Citizen United v. Federal Electoral Commission*, 558 U.S. 310 (2010).

[32] *Packingham v. North Carolina*, 137 S. Ct. 1730 (2017).

[33] E. Chemerinsky, *Anthony Kennedy and free speech*, in *SCOTUSblog* (Jul. 2, 2018, 2:38 PM) (ultimo accesso: 18 gennaio 2020).

[34] *Denver Area Ed. Telecommunications Consortium, Inc. v. FCC (Diss. Op. Justice Kennedy)*, 518 U.S. 783 (1996).

[35] Pub. L. 102-385, 106 Stat. 1460. Si tratta delle disposizioni che obbligano tali operatori a riservare una porzione dei canali disponibili alla trasmissione di stazioni televisive locali (§§ 4-5).

[36] *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC*, 512 U.S. 622 (1994); *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC*, 520 U.S. 180 (1997). Kennedy fu l'autore dell'opinione di maggioranza (dalla composizione ideologicamente eterogenea) in entrambi i casi.

[37] *Cablevision Systems Corp. v. FCC*, 597 F.3d 1306 (2010); *Comcast Cable Communications, LLC v. FCC*, 717 F.3d 982 (2013).

[38] *US Telecom Association v. FCC*, 855 F.3d 381 (2017)

tura governativa per poter derogare a tale principio (peraltro Kavanaugh sembra quasi augurarsi che la giurisprudenza sul caso *Turner Broadcasting* possa essere rivista, quando scrive a proposito "*[p]erhaps the Supreme Court will someday overrule or narrow those cases*"). In ogni caso, è solo in rare circostanze che è permesso all'amministrazione pubblica di regolare le scelte editoriali di operatori privati per garantire la diffusione di alcune voci, così alterando i contenuti disponibili alla cittadinanza. Ciò perché il I emendamento è un limite all'attività governativa e protegge gli operatori privati e chi manifesta il proprio pensiero avverso la regolamentazione pubblica.

Se si mettono in fila questi precedenti con la pronuncia in commento, sembra ragionevole prevedere uno spostamento della giurisprudenza della Corte Suprema verso una concezione ancora più larga delle prerogative individuali tutelate dal I emendamento in tema di libertà di manifestazione del pensiero nel passaggio da *Justice* Kennedy a *Justice* Kavanaugh. D'altronde, anche il primo dei due *Justices* nominati da Trump, Neil Gorsuch, sembra potersi ascrivere a posizioni analoghe a quelle di Kavanaugh sul tema della libertà di manifestazione del pensiero nell'ambito delle telecomunicazioni (in ciò distinguendosi dal profilo del suo predecessore Scalia[39]). Non solo, infatti, egli ha condiviso l'opinione di maggioranza nel caso in commento, ma egli si era anche espresso a favore della concessione del *writ of certiorari* con riferimento al caso relativo alla *net neutrality* su cui lo stesso Kavanaugh aveva giudicato in veste di giudice d'appello del *DC Circuit* (il voto ha tuttavia visto soccombere Gorsuch, al quale si sono uniti solo Alito e Thomas, mentre Kavanaugh e Roberts si sono astenuti)[40].

Alla luce di quanto premesso, si può dunque sostenere che non ci sia carenza di sostenitori della *freedom of speech* di cui al I emendamento in seno alla Corte Suprema: anzi, la tendenza apparente potrebbe essere quella di una tutela sempre più estesa di tale prerogativa, che rischia tuttavia di trascurare come l'amministrazione pubblica non sia solo un attore che ha il potere di restringere tale libertà individuale (peraltro oggi non più il solo), bensì anche l'istituzione in grado di valutare ove tali limitazioni siano necessarie per la tutela di interessi costituzionalmente rilevanti.

[39] M. Grabowski, *Give Gorsuch a 21st Century Litmus Test*, in 35 *Yale Journal of Regulation Bulletin*, 2017-2018, 1 ss.

[40] A. Howe, *Divided court denies review in "net neutrality" cases*, in *SCOTUSblog* (Nov. 5, 2018, 11:06 AM) (ultimo accesso: 18 gennaio 2020).

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

Eva Herzog

BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 06. November 2019 - 1 BvR 16/13 -, Rn. (1-157) (Recht auf Vergessen I)

BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 06. November 2019 - 1 BvR 276/17 -, Rn. (1-142) (Recht auf Vergessen II)

In two landmark decisions the First Senate of Germany's Federal Constitutional Court (FCC) reinterprets the Court's role in the European fundamental rights architecture. German fundamental rights will remain the standard of review in Karlsruhe even in the context of EU law where the European Charter of Fundamental Rights could also apply. And, even more remarkable, the Court will review the domestic application of legislation fully determined by EU law on the basis of EU fundamental rights. Moreover, the Court fleshes out its conception of the "right to be forgotten". Online press archives may have to take measures to avoid that articles containing personal information are retrievable for an indefinite period of time via search engines. For delisting claims against search engine operators, the Court emphasizes that the freedom of expression of content providers must be taken into account.

Summary

1. The context and importance of the cases. - 2. The facts of the cases. - 3. The European fundamental rights architecture according to the FCC. - 3.1. Unity in diversity - the diversity of fundamental rights traditions in the European Union according to Right to be forgotten I. - 3.2. Welcome back - European fundamental rights before the Federal Constitutional Court in Right to be forgotten II. – 4. The FCC's stance on the "Right to be forgotten". – 4.1. Criteria for online press archives/content providers - Right to be forgotten I. - 4.2. Criteria for search engine operators - Right to be forgotten II. – 4.3. The Karlsruhe right to be forgotten. – 5. An intensified fundamental rights dialogue between Karlsruhe and Luxembourg

Keywords

Federal Constitutional Court - fundamental rights - multilevel legal system - right to be forgotten - data protection

1. The context and importance of the cases

The "right to be forgotten" that is an individual's claim to delist or delete personal data retrievable online has kept the lower courts and the CJEU busy for quite a while. Two cases of individuals invoking their right to privacy against the permanent availability of past media coverage gave the FCC an opportunity to hand down landmark decisions on domestic and EU fundamental rights. The decisions are the latest milestones in a long-standing dispute between the FCC and the CJEU about the scope of EU as opposed to German fundamental rights in the context of EU law. They affect the interplay between the two Fundamental Rights regimes as well as the constitutional complaint procedure in Germany. Moreover, the Court adds new facets to the "right to be forgotten". The decisions are ground-breaking. Commentators compare them to landmark cases of German constitutional case law like Solange I and II or talk about a November Revolution for the fundamental rights architecture in the EU multi-level system.[1] The Court's comprehensive and intricate reasoning will be discussed and understood in the years to come. This short article gives a cursory overview of the Court's arguments. It will proceed by summarizing the facts of the cases (2.), the European Fundamental Rights architecture as developed by the Court (3.) and the Court's stance on the "right to be forgotten" (4.). It concludes with some brief observations on the judgments' consequences (5.).

2. The facts of the cases

"Right to be forgotten I" is based on a spectacular criminal case: the complainant of Order of 6 November 2019 - 1 BvR 16/13 - was convicted of murder for having killed two people on a sailing yacht crossing the Atlantic Ocean in 1981. The trial was covered in depth by the weekly "Der Spiegel" and mentioned the complainant's full name. Having served his sentence, the complainant discovered that the articles - now in the internet archive of "Der Spiegel" - appear at the top of the Google search results when entering his name. He sought remedy in court against Der Spiegel claiming that the free development of his personality was severely impaired as he wished to develop social relationships without being associated with the crime.
The Order of 6 November 2019 - 1 BvR 276/17 - Right to be forgotten II - concerns the manager of a company suing Google for delisting a 2010 television piece featuring inter alia an interview with the claimant and reproaches by a former employee who had planned to establish a works council in the company. When googling the manager's name, the piece appeared among the top search results. The complainant claims a violation of her personality right, contending inter alia that she was impaired in her private life and that the public lacked a legitimate interest in the information as a long

[1] See W. Michl, *In Vielfalt geeinte Grundrechte*, in *Verfassungsblog*, 27 November 2019; J. Kühling, *Neue Juristische Wochenschrift 2020*, 275.

time had passed.
Thus, both cases concern initially lawful media coverage, one about criminal proceedings and the other about socially criticized behavior. In the first case, the affected individual proceeds against the press providing content online, in the second against the search engine operator.

3. The European fundamental rights architecture according to the FCC

When Member States apply rules in the context of EU Law, two fundamental rights regimes claim authority, i.e. the Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFR) and the fundamental rights guarantees in Art. 1 - 19 of the German Basic Law. Correspondingly, there is an institutional aspect, namely whether fundamental rights conflicts are ultimately decided by domestic constitutional courts or the CJEU.
According to the FCC, the question of whether to apply the EU or the German fundamental rights essentially hinges on one central aspect: the distinction between *fully harmonized* EU law and legal provisions *not fully determined* by EU law. The two cases differ accordingly: in Right to be forgotten I, the decisive legal rule was the so-called media privilege in Art. 9 Directive 95/46/EC, now Art. 85 GDPR, giving leeway to Member States. Right to be forgotten II, on the other hand, concerned the right to de-listing according to Arts. 2, 4, 6, 7, 12, 14 Directive 95/46/EC, see now Art. 17 GDPR, legal provisions which are fully harmonized under EU law.

3.1. Unity in diversity[2] - the diversity of fundamental rights traditions in the European Union according to Right to be forgotten I

According to prior case law, where EU law refrains from full harmonization (be it partial harmonization or vaguer obligations) the FCC applied a test strictly separating the EU and German fundamental rights: either the Member State Germany was „implementing Union law" in the sense of Art. 51 (1) CFR and was thus fully bound by it or it did not implement Union Law, with the consequence that the fundamental rights of the Basic Law applied. The FCC even went so far as to assume a violation of the German constitutional right to have a case decided by the legally competent judge (Recht auf den gesetzlichen Richter) if a lower court asked for a preliminary ruling by the ECJ outside the „implementation of Union law".[3]
This strict separation is abandoned by the Court. Instead, the FCC now squares the circle, opting for a more diverse approach towards the Member States' fundamental rights traditions whilst at the same time acknowledging the relevance of the Charter. No matter whether a Member State „implements" Union law in the sense of Art. 51

[2] The motto of the European Union, see also *europa.eu*.

[3] W. Michl, *op. cit.*

(1) CFR or not,

> «the Federal Constitutional Court reviews domestic law and its application on the basis of the fundamental rights enshrined in the Basic Law; in principle, this standard also prevails if a domestic legal provision falls within the scope of application of EU law but is not determined in its entirety by EU law, as is the case here. This holds true even where the Charter of Fundamental Rights of the European Union, pursuant to its Art. 51(1) first sentence, is also applicable in the individual case».[4]

Prima facie, the Court thus gives priority to the German fundamental rights tradition in cases not fully determined by EU law.
How does it justify such priority? It reasons that this corresponds to the FCC's role as guardian of the Constitution and to constitutional provisions (Art. 23 of the Basic Law) that bind Germany's participation in the EU to federal principles and the principle of subsidiarity. Also, relying on German fundamental rights is seen as fully in accordance with EU law, as it, too, recognizes the diversity of cultures, traditions and fundamental rights as well as the principle of subsidiarity in Art. 5 (3) TEU, Art. 51 (1) CFR.[5]
More significantly, the Court's reasoning is grounded in two fundamental assumptions: firstly, it draws a parallel and assumes that EU law gives leeway to diverse fundamental rights traditions in different Member States where there is leeway for different national traditions in specific legislation. Insofar, the Court observes:

> «Relying on the fundamental rights enshrined in the Basic Law as the primary standard of review is informed by the fact that EU law, where it affords Member States leeway to design, is generally not aimed at uniformity in fundamental rights protection; it equally rests on the presumption that the application of German fundamental rights simultaneously ensures the level of protection required under EU law, which in this scenario seeks to accommodate diversity. […] If the EU legislator affords the Member States leeway to design in the implementation of EU law, it can be presumed that this also extends to the relevant fundamental rights protection. Drawing on the CJEU's case-law, it can generally be assumed in this regard that the level of protection under EU fundamental rights sets certain outer limits while also seeking to accommodate fundamental rights diversity».[6]

Variety at the level of specific legislation results in variety of fundamental rights traditions; because Art. 51 (1) of the Charter implies that the EU fundamental rights regime is ancillary to specific legislation. Moreover, the Court cites case law by the CJEU

[4] See the partial translation here available at *bundesverfassungsgericht.de*.

[5] § 48, where the Court cites CJEU, C-617/10, *Akerberg Fransson* (2013), § 29.

[6] See the partial translation at *bundesverfassungsgericht.de*.

granting a margin of appreciation to Member States in matters of fundamental rights,[7] as it is also well known in the case law of the European Court of Human Rights.[8]
This is corroborated by the Court's second assumption: the level of protection offered by constitutional review based on German fundamental rights is presumed to ensure the level of protection required under the Charter. It explains that

> «this presumption arises from overarching ties between the Basic Law and the Charter shaped by a common European fundamental rights tradition, which is notably rooted in the European Convention on Human Rights».[9]

However, even though German fundamental rights will be applied primarily, the FCC is eager to avoid a contradiction to EU law. Firstly, it softens the relationship of rule (German fundamental rights) and exception (European Fundamental Rights) in areas not fully determined by EU law: In the future, German Courts will have to bear in mind the provisions of the Charter when applying domestic fundamental rights in the context of EU law, because the fundamental rights of the Basic Law will be interpreted in light of the Charter, in parallel to the European Convention on Human Rights.[10] Secondly, there are two exceptions from the principle to apply the German fundamental rights standard:[11] German courts have to consider an exception to the assumption of diversity of national fundamental rights in case specific EU legislation provides otherwise.[12] Furthermore, they have to consider whether the assumption of equal level protection under the Basic Law is rebutted by the Charter as interpreted by the CJEU. Nonetheless, these exceptions are meant to be narrowly construed: the FCC demands specific and sufficient indicators.[13] Should such indicators be present, a review of domestic fundamental rights will not be sufficient. Domestic courts would then have to examine whether the domestic fundamental rights standard offers sufficient protection for the Charter rights. If answered in the negative, the courts have to apply the Charter Right. This includes the preliminary ruling procedure under Art. 267 (3) TFEU if need be, i.e. if not for an *acte claire or éclairé*.[14]
Scholars disagree as to the potential for conflict with the CJEU lying in this doctrinal move. However, it is probably true that the judgment will refocus attention: as it is no longer decisive whether the domestic application of EU law constitutes an "implementation" of Union law, the conflict about Art. 51 (1) CFR could potentially be replaced by substantive arguments on the interpretation of fundamental rights.[15]

---

7 § 54, where the Court cites CJEU, C-36/02, *Omega Spielhallen* (2004), §§ 31 ss.

8 *Ibidem*.

9 § 56.

10 §§ 60 ss.

11 §§ 63 ss.

12 § 65.

13 §§ 63 ss.

14 § 72.

15 W. Michl, *op. cit*.

3.2. Welcome back - European fundamental rights before the Federal Constitutional Court in Right to be forgotten II

Even more spectacular is the FCC's second decision: in a phoenix-like move, the FCC returns on the stage of constitutional review in areas fully-harmonized by EU law. Since the so-called Bananas decision in 2000,[16] the Court had refrained from measuring EU law against the standard of national fundamental rights unless a claimant was able to prove that the *general* standard of fundamental rights protection in the EU had fallen below the one set in the Solange II - decision[17] in the 1980ies. Given the recent emphasis on fundamental rights in CJEU case law and the enactment of the Charter of fundamental rights with the Lisbon Treaty, this requirement proved factually impossible to fulfill. As the FCC only applied the fundamental rights of the Basic Law, this meant that there was factually no constitutional complaint procedure against Member States' acts fully determined by EU law. The FCC had slightly softened its stance in two later rulings. Particularly, in exceptional cases and subject to strict conditions, it had conceded that the protection of fundamental rights by the FCC may include the fundamental rights review of sovereign acts determined by Union law should this be indispensable to protect the constitutional identity under Art. 79 (3) of the Basic Law.[18] Nonetheless, the standards remained extremely high.[19]

In Right to be forgotten II, the Court now flings its doors wide open: even though the general standard of protection afforded under EU fundamental rights is sufficiently effective, acts fully determined by EU law will be reviewed. However, - and this is the decisive move - it will not return to applying domestic fundamental rights but will apply the Charter rights instead. The Court reasons:

> «Regarding the application of legal provisions that are fully harmonised under EU law, the relevant standard of review does not derive from German fundamental rights, but solely from EU fundamental rights. In this scenario, EU law takes precedence of application (*Anwendungsvorrang*) over the fundamental rights of the Basic Law. As regards the review whether fully harmonised legal provisions violate fundamental rights, this has already been recognised in established case-law of the Federal Constitutional Court. It applies accordingly to the review whether fully harmonised ordinary legislation has been applied in conformity with fundamental rights. […] Where the EU enacts legislation that is applicable, and must be applied uniformly, in all Member States, it follows that the fundamental rights protection afforded in this context must be based on uniform standards, too».[20]

[16] BVerfGE 102, 147.

[17] BVerfGE 73, 339.

[18] BVerfGE 140, 317.

[19] W. Michl, *op. cit.*

[20] See the partial translation of the judgment at *bundesverfassungsgericht.de*.

Although the individual could already invoke his right to be heard by the legally competent judge claiming that the lower courts had not observed their duty to make a referral under Art. 267 (3) TFEU, the Court diagnosed a gap in protection: If the lower courts violated EU fundamental rights when applying EU law, there was no legal remedy.[21] To effectively fulfill it's constitutional task of protecting fundamental rights, the Court deemed it necessary to review judgments by the lower courts applying fully-determined EU law.[22]
Therefore,

> «the Federal Constitutional Court has decided for the first time that where EU fundamental rights take precedence over German fundamental rights, the Court itself can directly review, on the basis of EU fundamental rights, the application of EU law by German authorities».[23]

assuming a task it had hitherto left to the lower courts in cooperation with the CJEU. It follows quite naturally that the FCC emphasizes it's intention to seek close cooperation with the CJEU when applying the Charter rights, including the preliminary ruling procedure under Art. 267 (3) TFEU.

4. The FCC's stance on the "Right to be forgotten"

Concerning substantive law, the cases flesh out the Court's understanding of the "right to be forgotten", relating centrally to the protection of personality rights. Compared to prior case-law of the CJEU, the FCC emphasizes the importance of freedom of expression. Nonetheless, the Court does not shy away from imposing obligations on press archives if they put their content online. Obviously, the considerations applying to search engine operators have to be distinguished from those applying to the publishers of contested contents when balancing the conflicting rights and interests, even though the questions are intertwined.

4. 1. Criteria for online press archives/content providers - Right to be forgotten I

As the data processing by the magazine Der Spiegel in its internet archive constitutes data processing for journalistic purposes, it is governed by the so-called media privilege in Art. 9 Dir. 95/46/EC, Art. 85 GDPR, leaving leeway to Member States. Following the above-mentioned distinction, the FCC therefore applies the fundamental

[21] §§ 60 ss. Sceptical insofar M. Breuer, *Wider das Recht auf Vergessen … des Bundesverfassungsgerichts!*, in *Verfassungsblog*, 2 December 2019.

[22] § 62.

[23] See the partial translation of the judgment at *bundesverfassungsgericht.de*.

rights of the Basic Law. Fundamental rights apply between private parties because of the German constitutional doctrine of "indirect effect" (*mittelbare Drittwirkung*).[24]
The Court balances the claimant's personality right (Art. 2 (1), 1 (1) Basic Law)[25] against freedom of expression and the press (Art. 5 (1) Basic Law). It draws on a long line of cases in press law on the publication of personal details in criminal proceedings, especially the convict's name. In this respect, the Court emphasizes that the changed conditions of communication in the internet must be taken into account. Particularly, the aspect of the time of publication is considered crucial:[26] the Court observes that whilst prior case law centrally asked whether mentioning the personal name anew amounted to a new or additional negative impact on the claimant, especially on his interest in social reintegration, the conditions of publications have changed: articles citing a convict's name are potentially indefinitely available, retrievable and combinable.[27] By contrast, the Court underscores that the individual's freedom includes the chance to leave past mistakes and errors behind. The possibility of forgetting is part of the temporal dimension of freedom and has to be enabled by the legal framework, it states.[28] This is also in the public interest in a democratic polity because citizens will only be willing to participate if offered adequate protection.[29] However, this doesn't mean that the individual is allowed to control her public image at will, the Court stresses. Particularly, the rights of the press have to be taken into account: it is central for both the press and the common good that journalistic articles are available on the Internet, also over time.[30]
The balance between these two rights has to be struck on the merits of the individual case.[31] Nonetheless, the Court's criteria for this balancing operation hint at some directions for future cases: Firstly, publishing houses do not have to anticipate the individuals' interests but may wait for them to contact them and explain their concerns.[32] Moreover, the time since the initial publication plays a decisive role depending also on the article's content, the negative impact on the claimant and his behavior in the meantime.[33] Likewise, the lower courts have to consider whether technical compromises between complete deletion of an article, anonymization and full retrievability via search engines are possible. Even if technically intricate, a publishing house could for instance use technical means to avoid the retrievability of the article by search engines whilst at the same time leaving it online, as the Court explains.[34] Thus, «online press archives

[24] §§ 76 ss.

[25] On the Court's elaborations distinguishing between two groups of cases under the umbrella of the personality right, namely the right to informational self-determination and personality rights in the context of press law see K.N. Peifer, *GRUR 2020*, 34 ss., spec. 36.

[26] §§ 96 ss.

[27] §§ 101 - 103.

[28] § 105.

[29] § 108.

[30] §§ 112 ss.

[31] §§ 109, 114 ss.

[32] § 119.

[33] §§ 121 ss.

[34] §§ 132 ss.

may be required to take measures protecting against the indefinite dissemination via search engines of news publications containing information relating to an individual». Given the facts of the case, the Court stated that the lower courts had not given due consideration to the claimant's situation,[35] particularly the claimant's behavior after serving his sentence and the wide-ranging impact of the article appearing at the top of the search results. The lower courts should have examined reasonable technical compromises that the publisher could take to protect the claimant at least against the article appearing among the search engine results when entering his name.

4.2. Criteria for search engine operators - Right to be forgotten II

As the decisive legal provision was fully harmonized EU law, the Court applied EU fundamental rights, interpreting Art. 7 f, 12b, 14 Dir. 95/46/EG in the light of the conflicting Charter rights. On behalf of the claimant, the Court invoked Art. 7, 8 CFR. On behalf of the search engine operator, the Court referred to her freedom to conduct a business under Art. 16 CFR, whereas she is not protected by the right to freedom of expression, Art. 11 CFR. However, Art. 11 CFR remains relevant regarding the rights of third parties, because the operator may not be obliged to violate third parties' rights to free expression and information.[36] Therefore, the fundamental rights of content providers in Art. 11 CFR have to be taken into account, including the question whether the content provider was entitled to disseminate the information vis-a-vis the affected individuals,[37] an addition to the CJEU's stance.[38] Moreover, the interests of internet users seeking access to articles have to be taken into consideration as well.[39] As to the balancing, the FCC held - in line with CJEU case law - that the search engine operator's economic interests as such are in principle not weighty enough to justify a limitation of the affected person's, but that greater weight must be given to the interest of the public and the fundamental rights of third parties. Relevant aspects for the balancing between the different interests are especially whether the dissemination online affected the claimant in the free development of her personality, especially taking into account that internet users conduct online searches of the affected person's name, thus the easy access and continuing availability of the information.[40] Also, the time passed between the initial publication and the listing will be of particular importance.[41]
Interestingly, the Court held that the personality rights in the case did not take precedence over freedom of expression and thus differs from CJEU case law. It justifies this

[35] §§ 143 ss.

[36] §§ 103 ss.

[37] § 109.

[38] See CJEU, C-131/12, *Google Spain* (2014), §§ 81, 99.

[39] §§ 108 ss.

[40] § 122.

[41] § 117.

difference by pointing out the factual differences of the cases:[42]

> «Thus, in the present case – in contrast to some of the cases decided by the CJEU, which concerned different scenarios – it cannot be presumed that protecting the right of personality takes precedence; rather the conflicting fundamental rights must be balanced on an equal basis. It is not for the individual to determine unilaterally what information may be disseminated about them in the course of public communication processes, neither vis-à-vis the media nor vis-à-vis the search engine operators».[43]

Against this standard, the constitutional complaint was unsuccessful on the merits,[44] with the FCC highlighting that the claimant had deliberately agreed to be interviewed for the television piece.

4.3. The Karlsruhe right to be forgotten

The decisions illustrate once more that the conditions for lawfully disseminating personal information via a search engine differ from the conditions for publishing contested content. For content providers, the FCC draws on long-standing German case-law concerning the personal information of convicts and adapts it to the conditions of communication on the internet. It follows that even lawfully published articles are not completely immune from restrictions of their retrievability: the FCC approves the "notice-and take-down" approach. As a rule, the Court excludes that articles will have to be substantively changed ex post.[45] Rather, the Court's reasoning amounts to a range of graded responses between deletion, anonymization and technically restricting the retrievability for search engine operators while keeping the full-text article online.[46] It is for the lower courts to develop feasible solutions. As to the de-listing right against search engine operators, the FCC applies the Charter rights and deviates from the CJEU's presumption that protecting the right of personality takes precedence, as not only the interests of the internet users, but also the freedom of expression of publishers has to be taken into consideration.

[42] In CJEU, *Google Spain*, C-131/12, cit., §§ 81, 99 and CJEU, C-136/17, *GC v. CNIL* (2019), § 53, the CJEU held that as a rule the data subject's rights override not only the economic interest of the operator, but also the interest of the general public in having access to that information upon a search relating to the data subject's name.

[43] See the partial translation at *bundesverfassungsgericht.de*.

[44] §§ 123 ss.

[45] § 130.

[46] See J. Milker, *Karlsruhe im Luxemburger Gewand, aber dennoch eigenständig*, in *Verfassungsblog*, 29 November 2019.

5. An intensified fundamental rights dialogue between Karlsruhe and Luxembourg

The judgments combine conciliatory bows to the CJEU with more conflict-prone arguments. The intricate doctrinal consequences have yet to be discovered and discussed in detail. Many commentators applaud the Court for easing a lingering tension between Karlsruhe and Luxembourg.[47] Some raise concerns as to the Court's unanimity, as both judgments have been issued by the Court's First Senate who - quite extensively - refused to invoke the Court's plenary.[48] The institutional aspect of the ruling is central: in areas fully harmonized by EU law, Karlsruhe is back on the constitutional review stage and offers its most influential procedure,[49] the constitutional complaint procedure, for Charter rights. The FCC thus follows the example of the Austrian, Belgian, French and Italian constitutional courts[50] and takes its place in the "multilevel cooperation of courts" or *Gerichtsverbund* in the European Union. For certain, whether the fundamental rights architecture sketched out by the rulings will result in conflict or dialogue will hinge decisively on the FCC's willingness to make use of the preliminary ruling procedure. So far, it has been reluctant as to fundamental rights. Moreover, the quality of the dialogue will depend on the depth of its considerations of CJEU case law with commentators lamenting the rather brief analysis in Right to be forgotten I.[51] Nonetheless, it seems likely that the new conception will result in intensified doctrinal elaborations about EU fundamental rights in Luxembourg, as the CJEU has to answer in detail to future questions by the FCC with its extensive body of fundamental rights case-law.[52] May the dialogue be fruitful.

[47] See W. Michl, *op. cit.*; J. Kühling, *op. cit.,* 279 ss.; M. Schramm, *‚Grundrechtsvielfalt' als Allzweckwaffe im Rechtsprechungsverbund*, in *Verfassungsblog*, 5 December 2019; T. Kleinlein, *Neue starke Stimme in der europäischen Grundrechts-Polyphonie*, in *Verfassungsblog*, 1 December 2019; M. Breuer, *op. cit.*; more cautious J.M. Hoffmann, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2020*, 33 ss., spec. 37; K.N. Peifer, *op. cit.*, 34.

[48] §§ 85 ss. See J.M. Hoffmann, *op. cit.,* 36 ss.

[49] C. Möllers*, Legalität, Legitimität und Legitimation*, in M. Jestaedt-O. Lepsius-C. Möllers-C. Schönberger-T. Allert, *Das entgrenzte Gericht*, Berlin, 2011, 298.

[50] See the references in Order of 6 November 2019 - 1 BvR 276/17 - Right to be forgotten II, para 50; inter alia citing the Italian Corte Costituzionale, No. 20/2019, IT:COST:2019:20, §§ 2.1., 2.3.

[51] M. Schramm, *op. cit.*

[52] W. Michl, *op. cit.*; J. Kühling, *op. cit.*, 279.

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

Lisa Draga

South African Equality Court, *Nelson Mandela Foundation Trust v Afriforum NPC*, 21 August 2019

Any public or private display of the South African apartheid flag for any reason besides a bona fide academic, scientific, artistic or journalistic one in the public interest (gratuitous displays) amounts to hate speech against black people under Section 10 of the Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act (the Equality Act). The racially divisive history and meaning of the old flag is relevant. Both domestically and internationally the old flag symbolises the apartheid era and its oppression of black people. The "essence of speech" is communication which includes more than words. Section 10 requires that hate speech be propagated or advocated. One cannot propagate or advocate words. Words are a mere medium to communicate meaning. Leaving victims of non-verbal hate speech unprotected by the Act would be a violation of these victims' right to dignity. Section 10 of the Equality Act includes both verbal and non-verbal expression. This broad interpretation aligns with the Equality Act's objectives, the Constitution and constitutional obligations, international law and America's free speech jurisprudence. Gratuitous displays of the old flag reveal a "clear intention to be harmful, hurtful or to incite and propagate hateful feelings" towards those victimised under apartheid or who still suffer because of it. There is clear intent to attack South Africa's democracy. Gratuitously displaying the old flag was found to constitute hate speech, harassment and unfair discrimination under the Act.

Summary

1. Introduction. - 2. Facts and parties' submissions. - 3. The decision. - 4. Impact of the recent Supreme Court of Appeal decision. - 5. Conclusion

Keywords

freedom of expression - free speech - hate speech - racial discrimination - symbolic speech

1. Introduction

South Africa has long been hailed for its supposed miracle transition from a repressive racist state to a constitutional democracy founded on principles of human dignity, equality and freedom. The apartheid regime sought to divide black and white South Africans through a system designed to entrench white supremacy and oppress the black population. The 1994 democratic elections in which South Africans of all races could for the first time collectively participate ushered in a new era, forged in unity. The new South African flag, introduced under the 1994 Interim Constitution, is emblematic of this unity. The previous national flag (commonly known as the old apartheid flag/the old flag) was established in 1928 and remained the national flag throughout apartheid. The old flag honoured the post-war unity achieved between English and Afrikaans white speaking South Africans. Black South Africans remained overlooked by this flag. The old flag is widely viewed both within South Africa and internationally as licensing racial segregation and endorsing white supremacy. Parallels have been drawn between the flying of the old apartheid flag and the display of the swastika symbol of Nazi Germany. This note serves as a summary of the decision in *Nelson Mandela Foundation Trust v Afriforum NPC*. This case concerned whether the "gratuitous display" (display other than for bona fide academic, scientific, artistic or journalistic purpose) of the old apartheid flag amounts to hate speech, unfair discrimination and harassment against black South Africans under certain legislation.

2. The facts and the parties' submissions

In October 2017 public protests took place across South Africa to bring attention to the violent assaults on, and murders of farmers. These events were dubbed the "Black Monday demonstrations". The old apartheid flag was seen displayed at these events by certain protestors. Media coverage of the presence of the old flag at some of these demonstrations sparked public debate within South Africa on the potential banning of the old flag. Afriforum, a non-governmental organisation which claims to represent Afrikaner (Afrikaans speaking white South Africans) interests, played a central part in the Black Monday demonstrations and came out against the banning of the old flag. Afriforum's stance on the old flag led to a conflict with the Nelson Mandela Foundation Trust (a foundation established by South Africa's former President Nelson Mandela for purposes of contributing towards the achievement of social justice). This conflict culminated in the Foundation filing a complaint with the Equality Court seeking an order that the gratuitous display of the old apartheid flag constituted hate speech under Section 10 of the Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act,[1] (the Equality Act). The Foundation also argued that such display amounted to unfair discrimination and harassment under this same legislation. Afriforum opposed the Foundation's case and argued that exhibiting the old flag amounted to protected expression under Section 16(1) of South Africa's Constitution. This

[1] Act 4 of 2000.

section provides that everyone has the right to freedom of expression inclusive of «freedom of the press and other media», «freedom to receive or impart information or ideas», «artistic creativity», «academic freedom» and «freedom of scientific research». Afriforum also argued that the prohibition against hate speech in Section 10(1) of the Equality Act did not extend to symbolic expression such as displaying the old flag. This is because Section 10 clearly states that the prohibition applies to the use of "words" and no other forms of expression is explicitly prohibited.

The South African Human Rights Commission (the SAHRC), as second applicant, subsequently filed papers in support of the Mandela Foundation's case. The SAHRC is an independent body established under South Africa's Constitution to uphold and strengthen the country's constitutional democracy. The SAHRC argued in the alternative, that Section 10(1) of the Equality Act be declared unconstitutional in so far as it limits the forms of speech amounting to hate speech to "words" only. The Minister and Department of Justice and Correctional Services (collectively, referred to herein as the Department) were later joined to the matter. The Department too supported the Foundation's case. It also endorsed the SAHRC's argument that Section 10(1) be declared unconstitutional. It offered evidence on the history underpinning the apartheid flag. Pride, a South African civil rights organisation advocating for the rights of the LGBT+ community, was admitted as amicus and led evidence on the harm inflicted on the LGBT+ community when encountering gratuitous displays of the old flag. The Federasie Van Afrikaanse Kultuurvereniginge (FAK), an almost century old organisation dedicated to the progression of the Afrikaans culture, language and history was also admitted as amicus. FAK submitted historical evidence concerning the old flag and supported Afriforum's position.

In establishing the facts, the court relied strongly on the affidavit of the Chief Executive Officer (CEO) of the Mandela Foundation in which he describes his experience as a black South African upon learning that the old flag had been displayed at the Black Monday demonstrations. He explained how this news invoked hurtful childhood memories of being called a derogatory name aimed at dehumanising black South Africans. He also recalled the humiliation his grandmother, a domestic worker, was subjected to by white children on her way to work. These unwanted memories came to mind because, he explains, the old flag represents the cruel and institutionalised system of racial division and black oppression that previously governed South Africa. Such display served for him as a reminder that some South Africans still view him in a dehumanising way and lack compassion for the suffering of black South Africans both under Apartheid and as a consequence thereof. None of the parties denied the CEO's description of the anguish and harm invoked by the old flag. The court thus accepted this evidence as fact and reasoned that the CEO's experience equated to how other black South Africans raised under apartheid would have felt upon hearing this news. In fact, the court states, it could have been the experience of any black person suffering because of apartheid.

3. The decision

3.1 The historical approach

The court adopted a historical approach for purposes of evaluating the objective meaning or meanings to be ascribed to the flag. This was in line with previous assertions by the South African Constitutional Court on the relevance of historical context, particularly South Africa's history of institutionalised racial inequality, when interpreting fundamental rights. The court considered the historical context surrounding the old flag to assess what impact encountering the old flag would have on an observer's right to human dignity and equality. Gaining insight into this oppressive history, the court explained, allowed for an understanding as to what the Constitution aimed to break away from and to guard against repeating. The court proceeded to set out the relevant history. The old flag was recognised as South Africa's national flag for 66 years and was abolished after the country's first democratic election. The British flag preceded the old flag as the official flag but was considered exclusionary as it was seen as representing white English speaking South Africans only. The old flag symbolised the breaking of ties with imperialist Britain and the reconciliation between white English and Afrikaans speaking South Africans. Black South Africans had no say in the discussion on and eventual adoption of the old flag and remained unrepresented by it. The court considered significant that the legislation establishing the old flag was passed together with other racist and repressive apartheid laws barring intercourse between white and black South Africans and aimed at controlling almost every aspect of black people's lives. This showed that the legislation which hailed in the old flag was part of a broader legislative framework aimed at cementing racial segregation and white superiority. The court described the old flag as a «vivid symbol of white supremacy and black disenfranchisement and suppression». The court noted that the topic of the old flag is a controversial and divisive one within South Africa. It symbolises for some the pride of Afrikaans and English unity and traditions. These views are held by people who did not suffer and who benefitted during South Africa's pre-democratic era. Those who were victimised under apartheid or who sincerely opposed the apartheid regime associate the old flag with the oppression of black South Africans. The current national flag which displaced the old flag was, the court observes, agreed upon by all South Africans through their elected representatives. The new flag, the court explains, forged a new identify for the country and symbolises the unity of all South Africans. It helps move the country towards the constitutional vision of a South Africa "united in its diversity". The old flag does the reverse.

3.2 The dominant meaning

3.2.1 Trademark and defamation laws

To determine whether the gratuitous display of the old apartheid flag amounts to

hate speech, the court looked at the contemporary meaning of the flag. The court leaned on trademark law to the effect that the dominant meaning of a trademark can be established through comparisons between «the main idea or impression left on the mind by each of the marks, having regard to any essential or salient or leading or striking feature or features in each».[2] The court reasoned that determining the objective meaning(s) to be assigned to expression would similarly require an investigation into the existence of a dominant meaning, if any. Such investigation involved an assessment of the "main idea or impression left on the mind" of the observer when viewing the expression. The court also relied on defamation law. In particular, the decision in *AfriForum v Malema*, which explains the test for defamation as «whether the reasonable person of ordinary intelligence is taken to understand the words alleged to be defamatory in their natural and ordinary meaning». In establishing whether this is so the court must consider both the express and implied meaning of the words.[3] Determining the meaning to be ascribed to an image thus, according to the court, acknowledges that more than one meaning can be attached and that the dominant meaning(s) should be established. What the image implies and the context in which it is used remain relevant.

3.2.2 The meaning the parties ascribed to the old flag

The court looked at the meaning which the parties themselves ascribed to the old flag. The Mandela Foundation described it as representative of the «inhumane system of racial segregation and subjugation» that characterised South Africa prior to the first democratic elections. The Foundation explains that «apartheid was a crime against humanity» and gratuitously displaying the old flag endorses that criminality. It is a rejection of the reconciliatory ideals of South Africa's constitutional democracy. Pride submitted that the old flag symbolises «autocracy, oppression and denial of human rights, injustice, inequality and hate». The SAHRC described the old flag as representative of the apartheid regime. White supremacists from around the world, the SAHRC points out, have embraced the old flag as representative of their racial superiority. The Department defined the old flag as the «international symbol of apartheid» which is «akin and comparable to other international symbols of political oppression that comprise crimes against humanity as defined in the Rome Statute, for example the [Nazi] swastika as a symbol of ethnic genocide». The Department states that by design the old flag encompasses South Africa's colonialist history and embodies the "memory of apartheid". Afriforum did not dispute these meanings and admitted «[m]ost South Africans recoil from the old flag and openly denounce Apartheid as a crime against humanity».

FAK contends that the negative associations with the old flag are a stereotyped view

[2] *Searles Industrials (Pty) Ltd v International Power Marketing (Pty) Ltd* 1982 (4) SA 123 (T) 127D; *Orange Brand Services Ltd v Account Works Software (Pty) Ltd* [2013] ZASCA 158 § 16.

[3] *AfriForum and Another v Malema and Others* 2011 (6) SA 240 (EqC) § 41.

and that it can also be viewed as a symbol of the post war reconciliation achieved between white English and Afrikaans speaking South Africans. It therefore has "cultural historic value". The court rejected this argument, pointing out that this was a racist reconciliation achieved through the oppression of black people. The court relied on a Constitutional Court decision which stated that any claim to the enjoyment of culture cannot extend to racist traditions.[4] Even FAK, the court points out, seemingly concedes that the flag is representative of apartheid. Only the contemporary dominant meaning, the court explains, is relevant to the question of whether displaying the old flag constitutes hate speech. Even if cultural historic value could attach to the old flag this can never be its modern-day dominant meaning in a democratic South Africa. This is because the majority of black South Africans and South Africans collectively view its gratuitous display as supporting white supremacy and black oppression. This widely held meaning is the dominant meaning of the old flag.

3.2.3 The dominant international meaning

The court saw as significant that the old apartheid flag served to represent South Africa internationally and thus enquired into its dominant international meaning. Starting 1952 and for almost 40 years thereafter the United Nations (UN) had annually condemned apartheid as detrimental to certain articles of the United Nations Charter which required universal observance and respect for human rights regardless of race. The UN eventually declared apartheid a crime against humanity.[5] This recognition persists under international law despite the disbandment of apartheid in South Africa. The UN had enacted a convention solely dedicated towards the suppression and punishment of the crime of apartheid inclusive of the apartheid policies and practices of Southern Africa.[6] Under the Rome Statute (which South Africa has ratified and domesticated) the crime of apartheid is regarded as particularly vile transgression against humanity. Both these international instruments were adopted with near uniform support from member states. The court accepted that the old flag is internationally recognised as symbolic of apartheid and white supremacy and that white supremacists around the world have used it to symbolise racial hatred. The court points to an instance where a white American male had worn the flag when he killed nine black people in United States. The court concluded that the dominant meaning both domestically and internationally is that the old flag immortalises the apartheid era, apartheid as a crime against humanity and South Africa as an outcast state whose racist policies diverged with that of the international community. The flag invokes a shameful past most South Africans regardless of race do not want to be associated with.

[4] City of Tshwane Metropolitan Municipality v AFriforum and Another [2016] ZACC 19; 2016 (6) SA 279 (CC) §§ 122; 169 and 175.

[5] Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid General Assembly Resolution 3068, 1976.

[6] International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid, 1973 (entry into force 1976).

3.3 South Africa's legal position on hate speech

The court then turned to consider South Africa's legal position on hate speech. The court first looked to the ordinary grammatical meaning of "hate speech" and how certain reputable dictionaries defined it. These definitions reveal that the term is used to connote speech that transmits hatred towards an individual or category of individuals based on race, ethnicity or other similar attributes. Hate speech need not necessarily encourage violence towards that individual or group. Section 10(1) of the Equality Act addresses hate speech. It forbids any person from publishing, propagating, advocating or communicating "words" founded on a prohibited ground(s) against any person «that could reasonably be construed to demonstrate a clear intention to be "hurtful", "harmful or to incite harm", or to "promote or propagate hatred"». This section is made subject to Section 12 of that Act which exempts from the definition of hate speech genuine participation in «artistic creativity, academic and scientific inquiry, fair and accurate reporting in the public interest or publication of any information, advertisement or notice in accordance with Section 16 of the Constitution». Section 3 of the Equality Act requires that the Act be interpreted in harmony with the Constitution, in line with international law, and through possible comparisons with foreign law taking into account the «context of the dispute and the purpose of this Act». This was therefore the legal interpretative framework the court followed to interpret Section 10(1) of the Equality Act. The court relied particularly on Section 39(2) of the Constitution which requires a court when interpreting legislation to «promote the spirit, purport and objects of the Bill of Rights». The Constitutional Court has made clear that this means a court must read legislation in a manner that gives effect to constitutional values. This approach is in keeping with the approach of other open and democratic societies founded on freedom, dignity and equality. Courts cannot, however, prefer a constitutional interpretation over an unconstitutional where the former interpretation cannot reasonably be ascribed.

3.4 "Words" as inclusive of symbols

Section 10(1) states that, subject to the Section 12, no person may publish, propagate, advocate or communicate certain words. Afriforum contends that the word "words" in the provision must be read literally. Since the old flag is not words but a symbol, it is therefore not covered by the prohibition. The court found that Afriforum's contention goes against the principles of legal interpretation. The court assigned a "generous" meaning to the term "words" so as to include more than verbal communications. The court justified its decision on the basis of 'four textual markers'. Firstly, Section 10(1) is titled "Prohibition of hate speech". The title therefore contemplates "speech". The court explained that the "essence of speech" is communication and speech is broader than words. The second marker lays in the use of the verbs "propagate" or "advocate". One does not advocate or propagate for words. To read the provision this way is awkward. Rather words are simply a medium to communicate meaning: «Words thus

mean what the words convey or mean and not just a conglomeration of letters, which though constituting a word or words may be meaningless in a particular context». Section 10(1) should therefore be read as no person may publish, propagate, advocate or communicate speech, ideas, ideologies, beliefs, meaning, instructions (etc) based on one or more of the prohibited grounds with the intention to achieve certain hateful and harmful effects. Thirdly, the Equality Act lists as one of its objectives to give effect to «the letter and spirit of the Constitution», especially the prohibition against advocacy of hatred based on, amongst others, race that constitutes incitement to cause harm. The concept of "advocacy of hatred" is broad. Interpreting it narrowly would go against «the letter and spirit of the Constitution». A constitutionally aligned interpretation would include "advocacy of hatred" in all its forms. Lastly, Section 10 is subject to Section 12 of the Act which excludes expression by artistic means from the ambit of Section 10. This exclusion only makes sense if the prohibition in Section 10 was intended to apply to more than hateful words.

Section 16(2)(c) of the Constitution states that the right to freedom of expression does not extend to «advocacy of hatred that is based on race, ethnicity, gender or religion, and that constitutes incitement to cause harm». Section 2(b)(iv) of the Equality Act has as one of the Act's stated objectives, the prohibition of "advocacy of hatred". The term "advocacy of hatred", the court explains, must be understood to have the same meaning in both provisions. The Constitutional Court in *Islamic Unity Convention v Independent Broadcasting and Others* interpreted Section 16(2)(c) as including «expression or speech». Advocacy of hatred under Section 16(2)(c) is therefore broader than words. Section 10 of the Equality Act, the court reasons, must be interpreted the same way. To do otherwise, the court concludes, would be irrational as the Act's main purpose is the prohibition of all hate speech. Limiting the hate speech prohibition to "words" would mean victims of hate speech who were unfairly discriminated against or whose dignity had been violated as a result of non-verbal hateful expression would not receive legal protection under the Equality Act. This, the court states, would be a violation of these victims' right to dignity. Freedom of expression, the court explains, cannot be achieved in a way that infringes the dignity of others. The realisation of the right to equality affirms an individual's dignity. Here the court appears to incorrectly reason that the right to dignity automatically trumps that of freedom of expression. South African jurisprudence, however, makes clear that there is no hierarchy of rights in the Bill of Rights.

The court latched onto an example provided during the hearing to highlight the absurdity of restricting the application of the provision to words only. Such an interpretation would prohibit a white racist from calling his black colleague a baboon yet permit that racist to circulate an image of that same colleague's face placed over that of a baboon's. This narrow interpretation, the court explains, runs contrary to the objectives of the Act and the constitutional demand for «equal enjoyment of all rights and freedoms». It contravenes Section 9(1) of the Constitution which provides that «everyone is equal before the law and has the right to equal protection and benefit of the law». Section 9(4) of the Constitution requires parliament to enact legislation «to give effect to the letter and spirit of the Constitution' especially the 'equal enjoyment

of all rights and freedoms by every person», «the promotion of equality», the constitutional values of non-racism and non-sexism, «the prevention of unfair discrimination and protection of human dignity» and «the prohibition of advocacy of hatred, based on race, ethnicity, gender or religion, that constitutes incitement to cause harm». The Equality Act makes clear that it is to serve as such a law. Section 10(1) of the Act must therefore be interpreted taking into account these Section 9(4) objectives. An interpretation which limits the hate speech prohibition in the Act to words would mean that the parliament had failed to achieve its Section 9(4) obligation to prohibit unfair discrimination in all its forms.

3.5 International law

The court relied on previous case law to the effect that the Constitution shows a "clear determination" to ensure South African law and the Constitution itself is interpreted to align with international human-rights law. South African courts when interpreting rights in the Bill of Rights are constitutionally required to consider international law.[7] The court observed an intimate connection between the Bill of Rights and Section 10 of the Equality Act. This is because the latter is aimed at giving effect to the constitutional rights to dignity and equality, as well as the constitutional provision prohibiting hate speech. Other provisions of the Act, such as the provision prohibiting unfair discrimination bears similar connection. Section 233 of the Constitution provides that a court reading legislation «must prefer any reasonable interpretation of the legislation that is consistent with international law over any alternative interpretation that is inconsistent». The court notes that it is therefore constitutionally obliged to consider relevant international law and to interpret Section 10(1) to align therewith if reasonably possible.

The court proceeded to consider relevant international instruments. South Africa has ratified the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR). Article 20 of the ICCPR states that «[a]ny advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence shall be prohibited by law». Article 20 is therefore not limited to words. South Africa has also ratified the International Convention on the Elimination of All forms of Racial Discrimination (ICERD). The ICERD requires that state parties take positive steps aimed at eliminating «all incitement to, or acts of discrimination» based on ideas of the racial or ethnic superiority of one group of people or which seeks to rationalise or encourage any form of racial hatred and discrimination. The convention does not differentiate on the forms of racial and ethnic incitement and discrimination which states must address. The ICERD also requires state parties to declare as a sanctionable crime «all dissemination of ideas based on racial superiority or hatred, incitement to racial discrimination». The convention does not restrict the manner in which these ideas are to be disseminated to words. South Africa is therefore under international law obliged to establish laws criminalising hate speech in its broadest sense so as to cover all forms

[7] Section 39(1)(b) of the Constitution.

of expression. The Equality Act itself lists as one of its objectives to enable more conformity with South Africa's international law obligations. Section 10(1) can therefore, consistent with international law, be reasonably understood as prohibiting both verbal and non-verbal hate speech.

3.6 Foreign comparative law

South African courts although not bound by are free to draw on foreign law when interpreting statutes. The Constitution provides that a court when interpreting the Bill of Rights «may consider foreign law».
The court noted that although there is value in foreign law caution had to be practiced when relying on it. The court proceeded to consider the US position on hate speech. The US First Amendment prohibits the abridgment only of speech. However, US courts have long established that speech can include conduct and gestures. The court relied on the US Supreme court decisions of *Spence v Washington*;[8] *West Virginia State Board of Education v Barnette*,[9] and *Texas v Johnson*.[10] These cases held that the protection of the first amendment extended to the display, salute and burning of the national flag respectively. In *Spence* the test was explained as requiring a court to determine whether «[a]n intent to convey a particularised message was present, and [whether] the likelihood was great that the message would be understood by those who viewed it». In *Johnson* the majority observed that the national flag's "very purpose" is to symbolise the country and in *Barnette* the US Supreme court described symbolism as «a primitive but effective way of communicating ideas. The use of an emblem or flag to symbolise some system, idea, institution, or personality, is a shortcut from mind to mind […] Symbols of State often convey political ideals just as religious symbols come to convey theological ones». Interpreting Section 10(1) of the Equality Act to include non-verbal expressions would therefore be akin to the American approach to the interpretation of constitutionally protected speech.

3.7 Clear intent and the display of the old flag

The court went on to consider what "clear intent" could reasonably be associated with displaying the old flag. According to Afriforum the intention may vary depending on who is doing the displaying. The court explained that the test is not based on subjective intent but on whether the speech in the given context «objectively demonstrates a hurtful, harmful or hateful meaning». The court considered the evidence before it on the adverse impact of displaying the old flag. The SAHRC had submitted that the only reasonable construction that can be assigned to displaying the old flag is an «endorsement of and mourning for the apartheid regime». Its display is "extremely hurtful",

[8] *Spence v Washington* 418 U.S. 405, 409 – 411 (1974).

[9] *West Virginia State Board of Education v Barnette* 319 US 624 (1943).

[10] *Texas v Johnson* 491 US 397 (1989).

as it diminishes the suffering of those affected by apartheid. Pride's evidence spoke to the hostile and humiliating environment that such display creates for members of the LGBTI community who too were victimised under apartheid. Afriforum had not addressed any of this evidence and conceded that the old flag could potentially «cause offence and emotional stress». The court used this concession as corroborating the other parties' evidence. Even FAK, the court remarked, acknowledged that displays of the old flag are «frowned upon and actively discouraged, also in the broader Afrikaner community». The court found that the gratuitous display of the old flag «demeans and dehumanises people», on the basis of race and thus impairs their human dignity. Those who display it do so fully aware of, and clearly intent on this impact. They consciously opt for the old flag over the new "all-uniting" flag. There is a deliberate rejection of constitutional values of reconciliation and tolerance. Such display is done with a «clear intention to be harmful, hurtful or to incite and propagate hateful feelings» both to those who suffered under apartheid and those who suffer because of its legacy. There is also a clear intent to attack South Africa's budding democracy.
Neither Afriforum nor FAK could provide a legally worthy purpose for displaying the old flag beyond those purposes already protected under the Equality Act. It is, according to the court, inconceivable to say that someone could gratuitously wave the old flag with noble intent knowing its association with apartheid. To say so is condescending towards black people. The submission that black people use catching sight of the old flag as «an opportunity to reflect on how far we have come as a nation» is insensitive in the extreme, destructive of human dignity and equality and constitutionally untenable. It is completely inappropriate to tell the victim how to experience their own pain. South Africa's Constitution demands that every citizen receives equal protection under the law. It is therefore constitutionally impermissible to tolerate harmful or hurtful messages aimed at a segment of the country's population. The hurt inflicted on black people by such gratuitous display is on par with the types of expression already classified as hate speech under the Constitution.

3.8 Displaying the old flag in private areas

The court then considered the question of displaying the old flag in private areas. The court's view was that even though apartheid sought to separate South Africans physically there were barely any private spaces accessible to only one race. This meant gratuitous displays of the old flag in private areas like schools and homes also constitutes hate speech under the Equality Act. These are spaces where black people invariably work or are otherwise exposed to. Displaying the old flag in this manner signal to young people that racism and the public manifestation thereof is acceptable. Any gratuitous display of the old flag whatsoever showed a clear intention to be hurtful and harmful and to incite harm and promote and propagate hatred towards black people contrary to the Act. Displaying the old flag in this way is destructive of South Africa's non-racial democracy, the constitutional values of human dignity and equality and the spirit of ubuntu (oneness) that has come to mark civilised engagement in a

democratic South Africa.

3.9 Constitutionally protected speech

Afriforum argued that the gratuitous display of the old flag is constitutionally protected speech. The court reasoned that Section 16(2)(c) of the Constitution explicitly excluded hate speech from the right to freedom of expression and Section 10 merely duplicates this exclusion. Since the court had found that the gratuitous display of the old flag equates to hate speech Afriforum's attempt to rely on the Constitution was «illogical and misplaced». The court ordered that any gratuitous display of the old flag constitutes hate speech. The court also found that such display amounts to unfair discrimination and harassment against black people under the Equality Act. The court can be faulted for merely equating the hate speech prohibition as it relates to race in Section 10 of the Equality Act with constitutionally unprotected speech in Section 16(2)(c) of the Constitution. As has been recently found by the South African Supreme Court of Appeal (the country's second highest court), Section 10 of the Equality Act is far broader than Section 16(2)(c) of the Constitution.[11] This means that gratuitous displays of the old flag may well be constitutionally protected.

4. Recent Supreme Court of Appeal decision on hate speech and its impact

About three months after the decision in *Nelson Mandela Foundation Trust v Afriforum* that gratuitously displaying the old flag amounts to hate speech under Section 10 of the Equality Act, the Supreme Court of Appeal handed down judgment in *Qwelane v SAHRC & others*. The court in *Qwelane* found Section 10 of the Equality Act to be unconstitutional on the basis that the Section is overly broad and extends far beyond the hate speech limitation in Section 16(2) of the Constitution. Section 10, the court explains, sets a different legal standard for what constitutes hate speech. The constitutional test is objective and asks whether advocacy of hatred has occurred on a prohibited ground and, secondly, whether the speech amounts to "incitement to cause *harm*". This is in line with the international approach to control speech for purposes of ensuring public order and overall societal well-being. Under Section 10 actual or potential harm is not even required for the section to apply. It is sufficient if a reasonable person could potentially view speech to bring about, amongst others, hurt. Section 10 hinges on a reasonable person's subjective opinion. The section is also excessively vague. What is "hurtful" the court explains is difficult to establish given the term's subjective nature. The court noted that daily human interactions are replete with words and jokes which are hurtful to those targeted and provided the example of atheists accusing religious people of believing in fairy tales. The Supreme Court of Appeal accepted unequivocally that the "harm" required under the hate speech

[11] *Qwelane v SAHRC & others* (686/2018) [2019] ZASCA 167 (29 November 2019).

provision in Section 16 of the Constitution need not be limited to physical harm and can include how the recipient is psychologically impacted. However what is harmful goes beyond what is hurtful. Hate speech beyond Section 16(2)(c) of the Constitution can be constitutionally permissible provided it is justifiable under Section 36 of the Constitution. This section allows for constitutional rights to be justifiably limited essentially through a proportionality analysis.
In *Qwelane* the Supreme Appeal Court, incidentally, read Section 10(1) of the Equality Act to be narrower than the constitutional prohibition on hate speech to the extent that the Act limits prohibited conduct to words only. This interpretation is in stark contradiction to the lower court's decision in *Nelson Mandela Foundation Trust v Afriforum* that advocacy of hatred based on "words" ought to be interpreted as also encompassing symbols. The *Qwelane* decision has been referred to the Constitutional Court for confirmation as this is constitutionally required. South Africa's legislature has in the meantime been afforded 18 months to pass legislation to remedy the constitutional defect in Section 10.

5. Conclusion

It remains unclear whether gratuitously displaying the old flag is indeed prohibited under the hate speech provision of South Africa's Constitution. It seems more likely that such display is constitutionally protected speech. A legal ban against the gratuitous display of the old flag may, however, be constitutionally justified under the limitation's clause of the Constitution. This is particularly so given the importance behind such a ban both in relation to protecting and upholding the rights of those who are adversely impacted by such displays and in preserving South Africa's budding democracy. A partial legal ban on the display of the old flag can be said to serve the constitutional vision of a diverse yet unified South Africa. Allowing for free and open displays, on the other hand, may be said to undermine this vision. The Prevention and Combating of Hate Crimes and Hate Speech Bill is currently before South Africa's parliament. It remains to be seen how South Africa's parliament intends to protect and combat hate speech in a constitutionally compliant manner. Any future hate speech provisions must be carefully legislated to ensure that is not unnecessarily broad and thus unconstitutional.

Commenti

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

Sommario

1. Il c.d. caso *Schrems* II tra passato e presente (ovvero del complesso intreccio tra storiche pronunce e rinvii pregiudiziali pendenti dinnanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea) – 2. Le conclusioni dell'Avvocato generale: dalle *Standard Contractual Clauses al Privacy Shield* – 3. Brevi considerazioni conclusive sui possibili sviluppi futuri: luci e ombre della disciplina europea in materia di trasferimento dei dati personali verso Stati terzi.

Keywords

trasferimento di dati personali - Schrems - *Standard Contractual Clauses* - decisione di adeguatezza - protezione dei dati personali

1. Il cd. caso *Schrems* II tra passato e presente (ovvero del complesso intreccio tra storiche pronunce e rinvii pregiudiziali pendenti dinnanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea)

In un mondo sempre più globalizzato e digitalizzato, il quotidiano e ormai indispensabile trasferimento, dall'Unione europea a Stati terzi, di dati e metadati digitali, da parte di soggetti privati, ha fatto sorgere questioni e problematiche giuridiche di grande rilievo, non ancora del tutto risolte e ancora oggi oggetto di forte dibattito. L' "esportazione" di dati al di fuori dei confini europei, infatti, si traduce quasi sempre in un passaggio dagli elevati standard di protezione della riservatezza garantiti dall'apparato normativo europeo e degli Stati membri, a livelli di tutela inferiori predisposti dagli

ordinamenti degli Stati riceventi[1]. L'esigenza dunque di conciliare il flusso di dati personali con la garanzia dei diritti fondamentali protetti agli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza, ha portato l'UE a predisporre, prima nella direttiva 95/46/CE e, successivamente, nel GDPR[2], un insieme di disposizioni volte ad autorizzare il trasferimento solo nel caso in cui nello Stato terzo venga garantito un "adeguato" livello di protezione dei dati. A tale scopo, la Commissione può emanare una decisione attestante l'adeguatezza delle tutele predisposte dalla legislazione o dagli impegni internazionali del Paese ricevente ed avente valenza generale per tutti i trasferimenti verso di esso, mentre, in mancanza di tale decisione, il flusso di dati può essere consentito mediante il ricorso a strumenti alternativi quali l'inserimento di c.d. *Standard Contractual Clauses* (SCCs) all'interno dei contratti tra esportatori ed importatori di dati. Proprio relativamente a quest'ultimo meccanismo ed, in particolare, alla validità della decisione 2010/87/UE della Commissione[3] che fissa un elenco di clausole contrattuali tipo utilizzabili, la Corte di giustizia dell'UE è stata chiamata a pronunciarsi nel caso *Data Protection Commissioner v. Facebook Ireland e Maximillian Schrems* (C-311/18). Mentre la decisione di questa controversia è attesa con trepidazione dagli attivisti per la privacy e tiene col fiato sospeso i giganti del mondo digitale, grande interesse e contrastanti reazioni hanno suscitato le Conclusioni dell'Avvocato generale Saugmandsgaard Øe, depositate il 19 dicembre 2019 e che si vogliono in questa sede annotare. Prima di analizzarne il contenuto ed elaborare alcune riflessioni conclusive, pare però necessario ricostruire, pur brevemente, le vicende giudiziarie che hanno condotto sino alla Corte di giustizia, prendendo abbrivio dalla prima storica pronuncia *Schrems*[4]: se infatti il primo capitolo della "saga" che vede contrapposto il giovane cittadino austriaco Maximillian Schrems al gigante blu dei social network ben può essere definito come un terremoto con epicentro nell'Oceano Atlantico, tra continente europeo e Stati Uniti, il caso oggetto di questo contributo ne è il conseguente tsunami, che rischia di abbattersi con forza sulle coste americane[5].
In estrema sintesi e rinviando alla ampia letteratura in materia[6], nel 2013 Schrems si

[1] Sul punto si legga Commissione Europea, *Scambio e protezione dei dati personali in un mondo globalizzato*, COM (2017) 7 final, 10 gennaio 2017.

[2] Il GDPR ha ampliato le scarne disposizioni dedicate al trasferimento dei dati verso Stati terzi indicate nel Capo IV della direttiva 95/46/CE, riservandovi ben 8 articoli del Capo V e 19 Considerando. Per ulteriori approfondimenti su questa articolata disciplina, si rinvia, tra i tanti a M. Leffi, *I trasferimenti di dati verso Stati terzi nel nuovo Regolamento UE*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 2, 2017, 187 ss.

[3] Modificata poi con decisione della Commissione 2016/2297 del 16 dicembre 2016.

[4] CGUE, C-362/14, *Maximillian Schrems v. Data Protection Commissioner* (2015).

[5] Merita solo accennare come, tra la prima pronuncia del 2015 e il caso ad oggi pendente, lo stesso Schrems abbia azionato una ulteriore causa dinnanzi ai giudici austriaci, giunta anch'essa alla Corte di giustizia ed avente quale controparte sempre il Golia dei Social Network, Facebook (C-498/16, *Maximilian Schrems v. Facebook Ireland Limited*). Questa pronuncia tuttavia ha lasciato sullo sfondo le questioni direttamente attinenti alla tutela dei dati e della riservatezza, per concentrarsi su problematiche riguardanti l'attribuzione dello status di consumatore ad un utente di social network e l'applicabilità dell'art. 16, Reg. 44/2001.

[6] *Ex multis*, S. Carrera-G. Elspeth, *The end of Safe Harbour: what future for EU-US data transfers?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 3, 2015, 1 ss.; M. Nino, *Le prospettive internazionali ed europee della tutela della privacy e dei dati personali dopo la decisione Schrems della CGUE*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 4, 2015, 577 ss.; X. Tracol, *'Invalidator' strikes back: the harbour has never been safe*, in *Computer Law and Security Review*, 3, 2016, 345 ss.; G. Resta-V. Zeno Zencovich (a cura di), *La protezione transnazionale*

rivolgeva, senza successo, al *Irish Data Protection Commissioner* (DPC) per ottenere una pronuncia di sospensione del trasferimento dei propri dati personali dalla controllata Facebook Ireland a Facebook Inc. con sede negli USA. Tale richiesta era motivata dalla convinzione che, contrariamente da quanto accertato dalla Commissione nella sua decisione 2000/520/CE sulla base del regime di cd. "approdo sicuro" e alla luce delle rivelazioni di Edward Snowden circa l'esistenza di programmi di *mass surveillance* – in particolare Upstream e Prism – posti in essere dalla National Security Agency americana (NSA), il livello di protezione dei dati negli USA non potesse essere considerato sufficiente a garantire una adeguata tutela della vita privata da intromissioni generalizzate e indiscriminate. Dinnanzi al respingimento del proprio ricorso, Schrems impugnava il provvedimento del DPC dinnanzi alla High Court irlandese la quale riteneva necessario l'intervento della Corte di giustizia: quest'ultima, con una pronuncia dalla storica portata, dichiarava l'invalidità della decisione di adeguatezza sopra richiamata. I principi volti a garantire la protezione dei dati e della riservatezza, indicati nell'accordo "approdo sicuro", risultavano infatti applicabili solo a soggetti privati e non anche alle autorità pubbliche: queste ultime potevano dunque conservare, accedere e trattare i dati provenienti dall'UE senza dover sottostare a tali limiti, ingerendo così nei diritti fondamentali tutelati dagli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza in maniera sproporzionata e non limitata a quanto strettamente necessario, senza peraltro assicurare un adeguato accesso a rimedi giurisdizionali[7].

All'indomani della sentenza *Schrems*, le imprese stanziate nell'UE si trovavano in una situazione di forte incertezza operativa, dovendo adottare ed implementare, in maniera rapida ed efficace, meccanismi alternativi necessari al legittimo trasferimento Oltreoceano dei dati personali di utenti europei, in assenza di una decisione di adeguatezza. La necessità di individuare una chiara via d'uscita da tale *empasse* risultava prioritaria sia per le autorità statunitensi quanto per l'UE, nella consapevolezza, sopra evidenziata, che un blocco o una maggiore rigidità e difficoltà di circolazione dei dati, nell' "economia dell'informazione" attuale, si sarebbe tradotta in ingenti perdite e in un dannoso isolamento dell'Unione dal mercato globale. Questa situazione critica ed instabile spiega come in – relativamente – poco tempo e mediante colloqui intensificati, si sia addivenuti ad un nuovo regime di trasferimento dati, il *Privacy Shield*, che è stato poi posto alla base della successiva e attualmente vigente decisione di adeguatezza della Commissione per il flusso di dati UE-USA (2016/1250)[8].

In tale articolato contesto, la controversia che aveva dato origine al rinvio pregiudiziale del caso *Schrems* tornava nelle mani del giudice del rinvio: la High Court irlandese, an-

dei dati personali. Dai 'Safe Harbour Principles' al 'Privacy Shield', Roma, 2016; S. Crespi, *Il trasferimento dei dati personali UE in Stati terzi: dall'approdo sicuro allo Scudo UE/USA per la privacy*, in *DPCE*, 3, 2016, 687 ss.

[7] Oltre a fornire una prima specificazione del termine, estremamente vago, di "adeguatezza", definendolo come "sostanziale equivalenza" del livello di protezione garantito dello Stato terzo rispetto a quello tutelato nell'UE, la Corte di giustizia stabiliva come non possa essere considerata limitata allo stretto necessario una normativa che autorizza la conservazione generalizzata dei tutti i dati personali di tutte le persone i cui sono trasferiti negli USA e come sia lesiva del contenuto essenziale del diritto al rispetto della vita privata una normativa che consenta un accesso generalizzato alle autorità pubbliche del contenuto di telecomunicazioni.

[8] COM (2016) 1250, 12 luglio 2016, sull'adeguatezza della protezione offerta in ragione dello Scudo UE-USA per la privacy.

nullando la previa decisione del DPC avverso il ricorso di Schrems, rinviava a tale autorità il caso per una nuova decisione che tenesse conto dei rilievi della Corte di giustizia. L'originaria doglianza dell'attivista austriaco però necessitava di essere riformulata, indicando una nuova base giuridica del trasferimento dati Oltreoceano: non potendo più fondarsi sull'ormai invalidata decisione 2000/520/CE, Schrems individuava la fonte del flusso di dati tra la sede irlandese e quella americana di Facebook nell'accordo c.d. *Data transfer processing Agreement*, concluso tra le due aziende nel 2015 ed integrante le SSCs indicate dalla Commissione nella richiamata decisione 2010/87; il ricorrente sosteneva che tali clausole non fossero idonee a garantire alcun diritto di accesso alla giustizia negli USA e che, ancora una volta, il livello di protezione dei dati e della riservatezza offerto, anche dalle clausole contrattuali tipo, non potesse considerarsi sostanzialmente equivalente a quello europeo. La rinnovata richiesta di sospensione del trasferimento dati dunque portava il DPC ad aprire una articolata inchiesta, conclusasi con l'avvio di un procedimento dinnanzi alla High Court affinché questa provvedesse a predisporre un ulteriore rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, ritenendo necessaria, ai fini della risoluzione del caso, una pronuncia circa la validità della decisione della Commissione in materia di SCCs. L'analisi dei giudici irlandesi è estremamente articolata, come dimostrato non solo dagli 11 quesiti posti ai giudici di Lussemburgo ma anche dalle ben 152 pagine della pronuncia, comprensiva di un Annex contenente studi circa la normativa americana, le tutele da essa predisposte e il funzionamento dei sistemi di sorveglianza[9]. Le ampie questioni del rinvio riguardano dunque, riassuntivamente, l'applicabilità del diritto europeo e delle tutele da esso sancite anche nel caso in cui i dati trasferiti vengano trattati nello Stato terzo per scopi di sicurezza nazionale; la conformità alla Carta di Nizza e al diritto europeo delle garanzie offerte dalle SCCs e dunque la validità stessa della decisione della Commissione 2010/87; il rapporto tra tale decisione e quella di adeguatezza, basata sul regime *Privacy Shield* nonché, indirettamente, la validità di quest'ultima.

Come risulta chiaro da questa, pur succinta, ricostruzione delle vicende giudiziarie nonché dei numerosi quesiti posti all'attenzione della Corte di giustizia nel rinvio pregiudiziale in esame, sono ancora molti gli interrogativi aperti e gli aspetti incerti relativi alla disciplina del trasferimento di dati personali verso Stati terzi ed, in particolare, verso gli USA. La delicatezza della attesissima pronuncia dei giudici di Lussemburgo risiede non solo nell'importanza e complessità delle questioni poste, nel loro potenziale impatto economico nonché nel campo delle relazioni internazionali e nella determinazione, come si dirà meglio anche nelle conclusioni, della posizione dell'UE nel dibattito globale circa la tutela della riservatezza e della protezione dei dati ma anche, nella dimensione interna all'Unione stessa: si fa riferimento cioè agli effetti che tale decisione potrà avere sui numerosi rinvii pregiudiziali pendenti in materia di trasferimento di

[9] *The Data Protection Commissioner v. Facebbok Ireland Limited e Maximillian Schrems,* 4 maggio 2018, n. 4809, 2016. Per una analisi del contenuto della pronuncia della High Court irlandese, si rinvia a R. Cabazzi, *Irish High Court e Corte di giustizia europea: un nuovo dialogo sul trasferimento di dati da Facebook Ireland a Facebook Inc.*, in *questa Rivista,* 1, 2018, 473 ss. Si noti che Facebook Ireland Limited ha impugnato la decisione della High Court dinnanzi alla Corte Suprema irlandese, che ha respinto tali istanze con sentenza del 31 maggio 2019, *The Data Protection Commissioner v. Facebook Ireland Limited and Maximillian Schrems*, Appeal no. 2018/68.

dati e di *data retention* per scopi securitari. Come ben mette in luce l'Avvocato generale nelle sue Conclusioni e come si vuole preliminarmente sottolineare, il caso in analisi si intreccia inscindibilmente sia con il ricorso di annullamento, promosso da *La Quadrature du Net* insieme ad altre associazioni francesi, avverso la decisione di adeguatezza in materia di trasferimento dati UE-USA più volte richiamata[10], sia con i casi *Privacy International*, *La Quadrature du Net* e *Ordre des Barreaux Francophones*[11], anch'essi fortemente attesi e osservati con grande attenzione soprattutto dai governi nazionali ed aventi ad oggetto la disciplina della conservazione e accesso ai metadati per scopi securitari. Tali rinvii pongono infatti questioni rilevanti sul piano della determinazione dell'ambito di applicazione del diritto dell'UE e dei principi emersi dalla sua giurisprudenza anche con riferimento ad attività che attengono alla sfera della sicurezza nazionale – area di esclusiva pertinenza degli Stati membri[12]. A questo scenario fatto di rimandi e di riflessi continui con casi pendenti, è da aggiungersi un ulteriore profilo di complessità, derivante dalla connessione delle questioni in esame con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: come si dirà nel prossimo paragrafo, le pronunce ed i principi in materia di tutela della privacy dinnanzi a pratiche di raccolta, conservazione e accesso massivi (c.d. *bulk interception*), delineati dai giudici di Strasburgo, sono stati infatti individuati dall'Avvocato generale come criterio di raffronto per determinare la "sostanziale equivalenza" del livello di protezione garantito dallo Stato terzo laddove non risulti applicabile il diritto dell'UE. Il riferimento a tale copiosa ed articolata giurisprudenza è reso ancor più difficile dai quesiti ad oggi ancora aperti dinnanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo stessa, come dimostrato dai fondamentali e rilevanti casi *Big Brother Watch* e *Centrum for Rattvisa* in materia di *mass surveillance* al momento oggetto di ricorso innanzi alla Grande Camera[13].

La complessità delle questioni da affrontare, unitamente alle molteplici connessioni con altri casi pendenti di cruciale importanza sia sul fronte esterno del trasferimento dei dati che su quello interno della *data retention*, rendono dunque il panorama europeo estremamente intricato: le lunghe e tutt'altro che semplici Conclusioni dell'Avvocato generale nel caso in esame ne sono il riflesso

[10] T-738/16, *La Quadrature du Net e altri v. Commissione,* promossa il 25 ottobre 2016. Non a caso l'udienza di questo caso, fissata agli inizi di luglio del 2019, è stata poi sospesa dalla Corte di giustizia per concentrarsi prima sulla risoluzione del rinvio qui in esame e ad esso connesso.

[11] C-623/17, *Privacy International v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs e altri*; cause riunite C-511/18 e C-512/18, *La Quadrature du Net e altri v. Premier Ministre e altri*; C-520/18, *Ordre des Barreaux Francophones e altri v. Conseil des Ministres*. Si segnala che il 15 gennaio 2020 sono state consegnate le Conclusioni dell'Avvocato generale in tutti questi tre interessanti quanto fondamentali casi, dagli attesi effetti dirompenti per quanto attiene gli strumenti a disposizione di autorità di *law enforcement* e servizi di intelligence e la proporzionalità e stretta necessità degli stessi.

[12] Per una ricostruzione dei citati rinvii pregiudiziali e del loro potenziale impatto, si veda: D. Fennelly, *Data retention: the life, death and afterlife of a Directive*, ERA Forum, pubblicato online il 25 giugno 2018; E. Celeste, *The Court of Justice and the ban on bulk data retention: expansive potential and future scenarios*, in *European Constitutional Law Review*, 1, 2019, 134 ss.; sia concesso anche il richiamo a G. Formici, *Tutela della riservatezza delle comunicazioni elettroniche: riflessioni (ri)partendo dalla pronuncia Ministerio Fiscal*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 3, 2018, 453 ss.

[13] CEDU, *Centrum For Rattvisa v. Svezia*, ric. 35252/08 (2018) e *Big Brother Watch e altri v. Regno Unito*, ricc. 58170/13, 62322/14 e 24960/15 (2018), attualmente entrambi al vaglio della Grande Camera, dal febbraio 2019.

2. Le conclusioni dell'Avvocato generale: dalle *Standard Contractual Clauses* al *Privacy Shield*

Come anticipato, i quesiti posti dal giudice irlandese nel rinvio pregiudiziale hanno ad oggetto svariati aspetti e sfaccettature della disciplina del trasferimento dei dati. Volendosi concentrare, in questa sede, sulle questioni di maggior rilievo e sulle più importanti posizioni espresse dall'Avvocato generale, pare utile suddividere le Conclusioni in tre "sezioni": la prima riguardante l'ambito di applicazione del diritto dell'UE nei casi di successivo trattamento per finalità di sicurezza nazionale dei dati trasferiti; la seconda attinente alle SCCs e alla validità della relativa decisione ed infine, la terza, nella quale vengono affrontati gli interrogativi circa la validità della decisione di adeguatezza riguardante il trasferimento dati UE-USA e dal regime di Scudo per la privacy ad essa connesso.

Partendo dunque dalla prima questione, Saugmandsgaard Øe chiarisce sin dall'inizio un punto di estrema importanza: al fine di determinare l'applicabilità del diritto europeo alle operazioni di *data transfer* a scopo commerciale, l'unico elemento da considerare è l'attività all'interno della quale il flusso di dati ha luogo, mentre lo scopo alla base di qualsiasi ulteriore trattamento dei dati trasferiti, anche da parte di pubbliche autorità del Paese di destinazione, risulta del tutto irrilevante (§ 105). Del resto è lo stesso art. 45, c. 2 del GDPR a precisare che, nell'ambito della valutazione di adeguatezza del livello di protezione offerto nello Stato ricevente, la Commissione debba valutare anche le normative straniere inerenti alla tutela della sicurezza nazionale, portando a ritenere dunque che tali previsioni e l'eventuale trattamento dei dati a tale scopo non porti per sé stessa ad una esclusione dell'applicabilità del diritto europeo e non faccia rientrare l'utilizzo dei dati in quelle eccezioni espresse dagli artt. 3, c. 2, della superata direttiva 95/46/CE e 2, c. 2, del vigente GDPR[14]. L'Avvocato generale dunque conclude sul punto ritenendo che il trasferimento dei dati oggetto di esame nel caso sottoposto alla Corte di giustizia faccia indubbiamente parte dello svolgimento di una attività commerciale, essendo così ad esso applicabile il diritto dell'UE e le normative in materia di privacy e *data transfer*, indipendentemente da ogni successivo utilizzo o trattamento, per qualsivoglia finalità.

Spostandoci poi al secondo ordine di quesiti affrontati nelle Conclusioni e dunque addentrandoci nello specifico ambito delle SCCs, viene innanzitutto chiarito il livello di protezione che questi strumenti debbono garantire. Ecco che l'Avvocato generale esprime preliminarmente una valutazione di non poco conto e dalle importanti conseguenze: anche le clausole contrattuali tipo, così come le decisioni di adeguatezza, debbono garantire un livello di protezione dei dati e della riservatezza "sostanzialmente equivalente" a quello europeo; usando le parole di Saugmandsgaard Øe «*the requirements of protection of fundamental rights guaranteed by the Charter do not differ according to the legal basis for a specific transfer*» (§ 117). Quello che invece differisce è la modalità con la quale

[14] Tali disposizioni escludono dal proprio ambito di applicazione il trattamento di dati "effettuato per attività che non rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione" (art. 2, par. 2, GDPR), quali appunto la protezione della sicurezza nazionale, riservata agli Stati membri dall'art. 4, par. 2, del TUE.

la continuità del livello di tutela viene mantenuta: mentre la decisione di adeguatezza accerta lo standard di protezione garantito in un preciso Stato terzo e, come si è già avuto modo di sottolineare, con valenza generale per tutti i trasferimenti dati verso di esso, nel caso delle SCCs è invece l'"esportatore" di dati che, mediante la predisposizione e il rispetto delle clausole contrattuali, assicura standard di protezione adeguati; la ratio sottostante alla previsione delle clausole tipo come meccanismo alternativo di trasferimento dati è quindi proprio quella di sopperire e compensare alla assenza di una decisione di adeguatezza generale: la decisione 2010/87 della Commissione fissa pertanto le clausole tipo inseribili nei *data transfer agreements* al fine di garantire la sostanziale equivalenza della tutela dei diritti alla riservatezza e protezione dei dati, indipendentemente dal Paese di destinazione e dunque dal livello di protezione da esso garantito. Quest'ultima valutazione dello specifico Stato e delle garanzie offerte dal suo ordinamento diviene però fondamentale in un momento successivo alla previsione delle SCCs nei contratti tra esportatore e importatore di dati: gli obblighi derivanti dall'ordinamento del Paese terzo ricevente, infatti, potrebbero entrare in conflitto con le condizioni stabilite nelle clausole tipo ed impedirne quindi il rispetto da parte del *data importer*. Chiamato a valutare la conformità della decisione 2010/87 ai diritti sanciti nella Carta di Nizza, l'Avvocato generale ritiene, sulla base di tale premessa, che la validità di tale disposizione dipenda dalla sussistenza di meccanismi che permettano una sospensione o un divieto del trasferimento laddove venga accertato che le SCCs non possono essere rispettate nell'ordinamento straniero di destinazione. Il fatto dunque che tali clausole siano vincolanti unicamente per i soggetti sottoscriventi il contratto di trasferimento non ne comporta l'invalidità: l'adeguato livello di protezione dei diritti fondamentali infatti è garantita, secondo l'Avvocato generale, dal fatto che le SCCs previste nella decisione della Commissione, unitamente ai poteri attribuiti alle autorità di controllo nazionali degli Stati membri, individuino in capo a queste ultime e ai *data exporter* (e ai loro responsabili del trattamento) un obbligo di controllo circa la concreta possibilità di attuazione e rispetto delle clausole nel contesto dell'ordinamento dello Stato ricevente e, in caso contrario, il vincolo di provvedere a che il trasferimento non abbia luogo. Viene pertanto attribuito un dovere in capo in primis all'esportatore e, in caso di inerzia di quest'ultimo, alle autorità nazionali di controllo, con un intervento quindi suppletivo, di svolgere verifiche, di grande delicatezza e complessità, per ogni specifico trasferimento dati e dunque caso per caso: una forte responsabilizzazione – anche dei soggetti privati – che, come si vedrà nelle considerazioni conclusive, ha destato perplessità sul fronte della sua concreta realizzabilità. Pur ammettendo di non poter ignorare tali dubbi e preoccupazioni[15], espresse anche dal DPC irlandese, l'Avvocato generale considera la decisione 2010/87 valida sulla base della valutazione dei poteri assegnati dal GDPR (art. 58, par. 2) alle autorità di controllo e dei singoli responsabili del trattamento: insomma l'impossibilità di applicare le garanzie stabilite nel contratto di trasferimento, a causa degli obblighi imposti dall'ordinamento dello Stato ricevente, non implica l'incompatibilità del meccanismo alternativo delle SCCs rispetto

[15] Il DPC irlandese mette anche in luce il rischio che, attribuendo una tale responsabilità alle singole autorità nazionali, si possa venire a creare un panorama frammentario di soluzioni differenti da Stato a Stato. Sul punto l'Avvocato generale ritiene che «*the risk that the approaches taken by the different supervisory authorities will be fragmented is inherent in the decentralised surveillance structure intended by the legislature*» (§ 155).

alla Carta di Nizza poiché ad una potenziale situazione di inadeguatezza delle tutele sopperisce l'obbligo di sospensione o divieto del flusso dei dati (§ 158).
Giunto ad una tale conclusione, Saugmandsgaard Øe non ritiene necessario provvedere all'analisi e soluzione degli ulteriori quesiti promossi dal giudice del rinvio: la pronuncia sulla validità della decisione della Commissione in materia di SCCs, infatti, consente alla High Court irlandese e al DPC di risolvere il ricorso promosso da Schrems, senza il bisogno di valutare anche la decisione di adeguatezza sul trasferimento dati UE-USA e dei connessi principi sanciti nel *Privacy Shield*. Tale questione, sollevata indirettamente dalla Corte irlandese, comunque fosse affrontata, non andrebbe ad incidere sulle considerazioni sino ad ora svolte in materia di clausole contrattuali tipo; sulla base delle osservazioni previamente svolte, una analisi *in concreto* dell'incompatibilità degli obblighi stabiliti dall'ordinamento statunitense con le tutele inserite nelle SCCs è compito precipuo di ogni singolo *data controller* e, in caso di inerzia di questo, delle autorità nazionali di controllo: la Corte di giustizia, ad opinione dell'Avvocato generale, non dovrebbe quindi sostituirsi al DPC irlandese ed imbarcarsi in una valutazione definita "precipitosa" e "prematura". Sebbene non venga negato che la valutazione dei sistemi di sorveglianza posti in essere dalle autorità di intelligence statunitensi sia elemento rilevante per la soluzione del ricorso dell'attivista austriaco che il DPC irlandese sarà chiamato a risolvere, viene tuttavia consigliato alla Corte di giustizia «*not to give a ruling on those questions with the sole aim of helping the DPC to deal with that complaint, when there is no need to answer them in order to allow the referring court to resolve the dispute in the main proceedings (..); in ruling on the problem described above [la validità della decisione di adeguatezza], the Court would to my mind disrupt the normal course of the procedure that will have to take place after it has delivered its judgement in present case*» (§§ 178-180), senza considerare il fatto che una tale valutazione è già oggetto di una azione di annullamento già pendente dinnanzi alla medesima Corte nel caso *La Quadrature du Net*, sopra richiamato[16].
Nonostante questa premessa, Saugmandsgaard Øe reputa comunque necessario sviluppare alcune riflessioni sulla decisione 2016/1250, nel caso in cui i giudici di Lussemburgo decidano di distanziarsi dall'approccio suggerito. Pur precisando sin da subito il carattere non esaustivo delle proprie considerazioni (§ 196), nonché stabilendo che l'esistenza di una decisione di adeguatezza non impedisce alle autorità di controllo nazionali di sospendere o vietare il trasferimento di dati effettuato sulla base delle SCCs, differenziando e distaccando così le due valutazioni (§ 194), l'Avvocato generale svolge una lunga e dettagliata analisi del sistema statunitense e, in particolare, dei programmi di sorveglianza Prism e Upstream, del loro funzionamento e delle fonti normative che li regolano, utilizzando le informazioni fornite, tra gli altri, dal governo statunitense e dalla articolata ricostruzione della High Court irlandese. Anche in questa sezione però sorge preliminarmente una questione connessa all'ambito di applicazione del diritto dell'UE, che condiziona poi tutta la successiva analisi: se infatti l'adeguatezza del livello di protezione assicurata in uno Stato terzo deve essere

[16] L'Avvocato generale suggerisce poi che, nel caso in cui il DPC, anche in sede di riesame del ricorso avanzato da Schrems, reputasse essenziale per la risoluzione della controversia una pronuncia della Corte di giustizia in materia di validità della decisione di adeguatezza riguardante il trasferimento dati UE-USA, allora essa dovrebbe trasferire il caso alla High Court affinché questa, come avvenuto nel caso in esame, predisponga un rinvio ai giudici di Lussemburgo (§. 180).

determinata sulla base di un raffronto e comparazione tra regole e pratiche attuative proprie dello Stato terzo e livello di protezione garantito nell'UE, bisogna chiedersi quale sia innanzitutto il criterio per determinare le attività di trattamento dei dati alle quali è applicabile il diritto europeo, al fine poi di stabilire quale sia il parametro di confronto e dunque i principi da valutare per attestare l'adeguatezza della protezione fornita da un ordinamento straniero. Riprendendo l'interpretazione già fornita nelle proprie conclusioni del caso *Ministerio Fiscal*[17], l'Avvocato generale stabilisce un punto determinante e passibile di avere riflessi anche per gli altri casi pendenti dinnanzi alla Corte di giustizia aventi ad oggetto la dimensione interna della disciplina della *data retention*: il diritto dell'Unione ed i suoi principi non si applica alle attività di trattamento (conservazione, raccolta, accesso) per scopi securitari unicamente poste in essere dallo Stato e da autorità pubbliche, senza il coinvolgimento di soggetti privati; si rientra invece nel campo d'azione del diritto europeo e, dunque, dei principi e requisiti da esso stabiliti anche per mezzo degli interventi giurisprudenziali, nei casi in cui, sempre per scopi di sicurezza nazionale, venga richiesto dalle autorità pubbliche l'intervento e la collaborazione dei providers di servizi di telecomunicazioni: questo alla luce del coinvolgimento di attività di trattamento dei dati da parte di operatori commerciali ed indipendentemente dalla sussistenza o meno di un obbligo in capo agli stessi di conservazione dei dati[18]. Seguendo questo ragionamento, siccome la mera "messa a disposizione" di dati e metadati su richiesta di autorità pubbliche rientra nella definizione di trattamento dei dati e rappresenta dunque una attività svolta dai service providers, una tale attività e le disposizioni che la regolano rientrano conseguentemente nell'ambito di applicazione del diritto europeo e delle normative in materia di tutela della riservatezza e protezione dei dati[19]. Chiarito questo generale principio, con riferimento al sistema statunitense di raccolta, conservazione e trattamento, per scopi securitari, dei dati personali, anche – ma non solo – provenienti dall'UE, l'Avvocato generale opera una distinzione: fanno parte della seconda categoria di attività sopra descritte, implicanti un trattamento svolto anche da soggetti privati, la Section 702 del *Foreign Intelligence Surveillance Act* (FISA). Questa normativa consente, in estrema sintesi, alla NSA di emanare ordini diretti agli operatori dei servizi di telecomunicazione stanziati negli USA di effettuare ricerche tra i dati in loro possesso – mediante appositi *selectors* o *search criteria* – e di mettere le informazioni ottenute a disposizione della autorità statunitensi. Questi ordini vengono preventivamente vagliati e approvati da una apposita corte, la US *Foreign Intelligence Surveillance Court* (FISC), che non è chiamata però a svolgere valutazioni circa l'esistenza di una "*probable cause*" e di sospetti a motivazione della sorveglianza e della raccolta di dati richiesta. Tale tipologia di attività, implicando

[17] CGUE, *Ministerio Fiscal*, C-207/16 (2018).

[18] Questo approccio, accolto dall'Avvocato generale, è ciò che emerge dai casi *Tele2* e *Ministerio Fiscal*, mentre differisce da una previa interpretazione della stessa Corte nella pronuncia *European Parliament v. European Council and Commission* (cause riunite C-317/04 e C-318/04) (2006). Per questo interessante confronto, rilevante anche in materia di *data retention*, sul fronte interno, si rimanda ai §§ 214-225.

[19] «*I conclude that (..) the GDPR and therefore the Charter apply to national rules that require a provider of electronic communications services to lend its assistance to the authorities responsible for national security by making data available to them, where appropriate after having filtered them, even independently of any legal obligation to retain the data*» (§ 223).

l'intervento e il trattamento di dati da parte di service providers, rientrano nell'ambito di applicazione del diritto UE: il livello di adeguatezza delle tutele predisposte rispetto a tali misure deve essere quindi valutato alla luce della Carta di Nizza, del GDPR e dei criteri stabiliti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia ed è pertanto nello standard di garanzia previsto dall'Unione che deve essere individuato il parametro di raffronto nella valutazione di adeguatezza. Ebbene, sotto tale profilo l'Avvocato generale rileva come anche la mera messa a disposizione dei dati, nonché le operazioni di filtraggio e la conservazione effettuate dai *data importer* su richiesta delle autorità statunitensi rappresentano intrusioni ed interferenze nel diritto alla privacy e alla protezione dei dati; esse non rappresentano però, diversamente da quanto stabilito nella prima sentenza *Schrems*, una lesione dell'essenza del diritto alla privacy. L'accesso ai dati effettuato dalle agenzie di intelligence, infatti, in tale sistema, non può essere considerato "generalizzato", essendo anzi targettizzato grazie alle previe operazioni di "filtraggio" dei dati sulla base di appositi *search criteria*. Non mancano però di essere rilevate talune criticità nel sistema di sorveglianza statunitense, individuate innanzitutto nella carenza di chiarezza e precisione nel delimitare i confini del ricorso a tali mezzi di invasioni della sfera privata, nonché sotto il profilo della proporzionalità e necessità e della insufficienza delle garanzie esistenti, incapaci di prevenire il rischio di abusi da parte delle autorità pubbliche. Sotto tali profili quindi Saugmandsgaard Øe esprime dubbi quanto alla idoneità delle normative che regolano tali programmi di *surveillance* di assicurare un adeguato livello di tutela ai dati trasferiti.

Nella prima categoria di attività di sorveglianza, quella cioè che comprende operazioni di trattamento dei dati che non implicano un intervento o azione di soggetti privati, bensì unicamente delle autorità pubbliche, rientrano invece gli *Executive Order 12333*. Questi ultimi autorizzano l'NSA ad accedere direttamente ai cavi posti sotto l'Oceano Atlantico e attraverso i quali i dati vengono trasferiti dall'UE agli USA. Tali *orders* non sono sottoposti ad un previo controllo giudiziario e non sono previsti neppure rimedi giurisdizionali successivi attivabili dai soggetti sorvegliati e i cui diritti si ritengono lesi dal trattamento operato. L'unico limite posto a tali misure è quello stabilito dalla *Presidential Policy Directive 28* (PPD 28) introdotta da Obama a seguito delle rivelazioni di Snowden e che è volta a limitare l'uso di tali mezzi di sorveglianza in maniera più limitata possibile e a prevedere in capo ai membri della Intelligence Community l'onere di implementare nuove misure e policies volte a rafforzare la tutela della privacy. Non essendo riconducibili all'ambito di applicazione del diritto europeo, quest'ultimo non può fungere da parametro nella valutazione dell'adeguatezza delle tutele predisposte: l'Avvocato generale quindi individua nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nella giurisprudenza della Corte sita in Strasburgo il criterio da considerare rispetto a tali operazioni. Sotto questo profilo, l'analisi dell'Avvocato generale si basa su due premesse interessanti: innanzitutto sul il fatto che «*the standards resulting from Articles 7, 8 and 47 of the Charter as interpreted by the Court [CGUE] are in certain respects stricter than those arising under Articole 8 of the ECHR according to the interpretation of those provisions by the ECtHR*» (§ 251) e, secondariamente, che dinnanzi a quest'ultima Corte sono pendenti alcuni rilevanti casi, già evidenziati sopra – *Big Brother Watch* e *Centrum for Rattvisa* - nei quali i giudici di Strasburgo dovranno riconfermare o riconsiderare alcuni

dei principi sanciti nella sua giurisprudenza più recente. Tenendo conto di tali aspetti quindi Saugmandsgaard Øe ritiene che l'*Order* 12333 non sia supportato da idonee tutele – considerate alla luce di quel criterio che la Corte europea dei diritti dell'uomo definisce "*necessity in a democratic society*" – in grado di assicurare un adeguato livello di garanzia dei diritti fondamentali alla riservatezza e protezione dei dati e che non sia regolato da una legge realmente prevedibile e conoscibile (criterio di "*foreseeability*").
L'ordinamento statunitense, unitamente alle tutele introdotte dal regime *Privacy Shield* (quali ad esempio l'istituzione della figura dell'Ombudsperson) non risultano, a seguito dell'analisi dettagliata dell'AG, predisporre strumenti di accesso alla giustizia e rimedi capaci di garantire il diritto sancito all'art. 47 della Carta di Nizza in maniera sostanzialmente equivalente a quanto stabilito nell'UE[20].
Pur tenendo conto della necessità di una certa «*flexibility in order to take various legal and cultural traditions into account*» (§ 249) nell'accertamento del livello di protezione garantito da uno Stato terzo e dunque della sua adeguatezza, l'Avvocato generale, al termine di una complessa disamina, esprime dubbi quanto alla conformità della decisione di adeguatezza 2016/1250 agli attt. 7, 8 e 47 della Carta di Nizza e all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

3. Brevi considerazioni conclusive sui possibili sviluppi futuri: luci e ombre della disciplina europea in materia di trasferimento dati verso Stati terzi

Dai molteplici aspetti trattati dall'Avvocato generale e dalla complessità delle questioni giuridiche analizzate, è semplice comprendere come la Corte di giustizia si trovi dinnanzi ad un compito arduo, dalle delicate implicazioni sia sul piano economico che delle relazioni internazionali. L'esito finale di questa pronuncia ed i suoi effetti sono naturalmente ancora del tutto imprevedibili e del resto i giudici di Lussemburgo, in questioni attinenti alla tutela della privacy e protezione dei dati, non sono nuovi a distanziarsi dall'approccio più cauto dell'Avvocato generale[21]. Senza dubbio, se la decisione della Corte di giustizia dovesse seguire le indicazioni emerse dalle Conclusioni sopra esaminate, lo scenario potrebbe essere maggiormente favorevole per i *data exporter*, che in tal caso non vedrebbero intaccata la validità né delle SCCs indicate dalla Commissione né, con riferimento allo specifico flusso di dati con gli USA, dell'importante strumento della decisione di adeguatezza e del regime *Privacy Shield*. Il condizionale però è quanto mai d'obbligo. Anche in questa più vantaggiosa ipotesi, la

[20] Viene in tal sede criticata anche l'assenza di qualsiasi meccanismo di notifica ai soggetti sottoposti a misure di sorveglianza, anche quanto la messa a conoscenza non costituisce più un pericolo per il raggiungimento dell'obiettivo securitario: tale mancanza infatti renderebbe l'accesso ai rimedi eccessivamente difficile (§ 322). Quanto all'Ombudsperson, l'Avvocato generale dichiara di dubitare dell'abilità di tale meccanismo di compensare le carenze riscontrate nell'ordinamento statunitense.

[21] Per esempio nella nota sentenza *Digital Rights Ireland*, nonostante l'Avvocato generale avesse suggerito di modulare l'efficacia temporale della dichiarazione di invalidità della direttiva in materia di *data retention*, il giudice di Lussemburgo ha invece optato per un approccio più netto, ritenendo la normativa invalida sin dal momento della sua entrata in vigore.

situazione derivante rimarrebbe aperta ed indefinita, passibile dei più disparati epiloghi: non bisogna infatti sottovalutare il fatto che Saugmandsgaard Øe abbia rimandato a ciascun responsabile del trattamento e, in caso di sua inerzia, alle autorità di controllo nazionali il compito di effettuare valutazioni caso per caso circa la possibilità concreta di rispettare le clausole contrattuali dinnanzi agli obblighi stabiliti dall'ordinamento dello Stato ricevente. Non è quindi scontato e neppure certo che i singoli soggetti e autorità preposte a tale vaglio, con riferimento allo specifico regime di trasferimento posto alla loro attenzione, giungano a ritenere attuabili le SCCs, ben potendo propendere invece per una sospensione o divieto del flusso di dati stesso. Nel caso dal quale il rinvio pregiudiziale ha preso origine, ad esempio, la posizione espressa dal DPC irlandese al termine della propria indagine iniziale non sembra poter far tirare un sospiro di sollievo a Facebook, viste le numerose perplessità e preoccupazioni mostrate avverso le imposizioni derivanti dal sistema di sorveglianza statunitense e la loro compatibilità con il rispetto delle clausole contrattuale tipo inserite nell'accordo di trasferimento tra l'azienda irlandese e quella americana. Questa posizione dell'Avvocato generale apre dunque a molteplici scenari e alla possibilità che si addivenga a soluzioni differenti a seconda dei diversi approcci delle autorità di controllo degli Stati membri dinnanzi all'ordinamento degli Stati terzi "riceventi", che potrebbe peraltro variare nel corso del tempo.

Gli interrogativi che sorgono alla luce di queste considerazioni sono quindi numerosi: è da chiedersi innanzitutto se e come i responsabili del trattamento abbiano le forze, le capacità e l'interesse ad effettuare controlli così rilevanti quanto delicati, che implicano anche la conoscenza dell'ordinamento e dei vincoli normativi vigenti in ogni Stato ricevente. Queste valutazioni rimandano inevitabilmente alle critiche e perplessità emerse con riferimento alla posizione della Corte di giustizia nella nota sentenza *Google Spain* in materia di diritto all'oblio nonché nella più recente sentenza *Glawischnig-Piesczek*, sul controllo dei contenuti online[22]: attribuire un ruolo "para-costituzionale" a soggetti privati è veramente una strada percorribile, soprattutto quando interessi economici così rilevanti sono in gioco? Certamente, nel caso in esame, l'immobilismo dei *data exporter* può essere compensato dall'intervento delle autorità di controllo. Anche con riferimento a queste ultime però ci si domanda se esse siano dotate dei mezzi necessari per effettuare complesse e costanti valutazioni case-by-case, potenzialmente onerose sotto il profilo del tempo, sforzi e personale richiesti nonché particolarmente delicate per i risvolti economici che una sospensione comporterebbe; ciò anche considerando lo squilibrio e le disomogeneità che potrebbero venirsi a creare tra Stati membri a seconda dell'attivismo e delle decisioni delle diverse autorità nazionali, che potrebbero in ultima istanza portare anche ad uno spostamento dei server delle aziende negli Stati nei quali le autorità sono meno efficienti o effettuano un vaglio meno rigido. L'attribuzione di così ampi margini d'azione a soggetti privati o autorità di controllo e di una loro forte responsabilizzazione sembra scontare pertanto, ad una prima analisi, alcuni limiti e difficoltà pratiche sul piano della possibile concreta attuazione, tanto che non è mancato chi ha rinvenuto nella posizione espressa dall'Avvocato generale un «*a head in*

[22] CGUE, *Google Spain SL e Google Inc. v. Agencia Espanola de Proteccion de Datos e Mario Costeja Gonzalez,* C-131/12 (2014)*; Eva Glawischnig-Piesczek v. Facebook Ireland Limited*, C-18/18 (2019).

the sand approach»[23]. Infine, merita rilevare come in un tale contesto assumano un ruolo di centrale importanza, per quanto non menzionato nelle Conclusioni, l'attenzione e la vigilanza continue dimostrate dai comuni users di servizi digitali, al fine di segnalare ed attivare meccanismi di controllo in caso di inerzia dei *data controller* e delle autorità nazionali preposte. È innegabile infatti che dinnanzi alle difficoltà attuative sopra evidenziate potrebbe sopperire – in parte – un pubblico di utenti attivo ed informato. Anche sotto questo profilo, se una maggiore sensibilizzazione e, per certi versi anche responsabilizzazione, dell'utente i cui dati vengono trasferiti fuori dai confini europei è di grande rilievo, è altrettanto vero però che si rendono alla base necessarie adeguate conoscenze e competenze in materia: solo una approfondita consapevolezza innanzitutto dei meccanismi di raccolta, conservazione, trattamento e trasferimento dei propri dati da parte del soggetto cui li cediamo, nonché del sistema giuridico dello Stato ricevente e dell'esistenza di possibili obblighi in capo ai *data exporter* tali da intaccare la corretta attuazione e rispetto delle SSCs previste, potrebbe consentire al singolo utente di promuovere ricorsi per la tutela dei propri diritti. Come risulta evidente ciò risulta tutt'altro che semplice da realizzare.

Le difficoltà pratiche e la situazione confusa che ne potrebbe derivare, inducono dunque ad una lettura delle Conclusioni esaminati che vada al di là della mera affermazione di validità della decisione 2010/87/UE da parte dell'Avvocato generale: come sottolineato da alcuni primi commenti[24], l'approccio emerso non può essere considerato una vittoria a tutto tondo di Facebook o delle posizioni del governo statunitense, ben potendosi al contrario rivelare una vittoria di Pirro, nella quale i benefici si mostrano in conclusione assai limitati rispetto ai rischi corsi. Non è un caso se lo stesso Schrems si è dichiarato nel complesso soddisfatto delle considerazioni di Saugmandsgaard Øe che, è bene ricordarlo, ha finito col mostrare conclusivamente forti perplessità rispetto alla validità della decisione di adeguatezza e del relativo regime di Scudo per la privacy UE-USA, pur affrettandosi a precisare che le proprie considerazioni non hanno carattere di completezza. Con riferimento a tale aspetto, se la Corte dovesse decidere di non seguire il ragionamento ed i suggerimenti dell'Avvocato generale ed addentrarsi nella valutazione di questa decisione, potrebbe riproporsi nuovamente quella situazione di confusione ed incertezza già descritta per la fase post-*Schrems*: laddove l'invalidità fosse nuovamente dichiarata, la storia si ripeterebbe e si renderebbe necessaria una nuova complessa fase di rinegoziazione di principi e regole che disciplinino il trasferimento dati verso gli USA, accompagnati da una nuova decisione di adeguatezza. D'altra parte le considerazioni dell'Avvocato generale sulla inadeguatezza del livello di protezione dei dati e della riservatezza garantito dall'ordinamento statunitense e dall'accordo *Privacy Shield* paiono in linea con le criticità e problematiche sin da subito rilevate da parte della dottrina e da talune autorità europee[25], che già all'indomani della

[23] L. Woods, *The AG Opinion in Schrems II: Facebook, national security and data protection law*, in *EU Law Analysis*, 21 dicembre 2019.

[24] C. Kuner, *International data transfers, standard contractual clauses and the Privacy Shield: the AG Opinion in Schrems II*, in *European Law Blog*, 7 gennaio 2020.

[25] Si pensi alla posizione critica espressa dal Gruppo di lavoro Articolo 29, sia prima che dopo l'approvazione della decisione di adeguatezza (*Opinion 01/2016 on the draft EU-US Privacy Shield adequacy decision*, WP 238, 13 aprile 2016; *Press Release* del 1 luglio 2016, oltre alle *Annual Joint Review*

decisione della Commissione avevano evidenziato la mancata congruità e rispetto dei criteri indicati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia nel caso *Schrems*, nonostante le positive modifiche apportate dagli Stati Uniti all'apparato regolatorio dei sistemi di sorveglianza massiva (si pensi al richiamato PPD 28) e le ulteriori tutele garantite dal regime di Scudo per la privacy (ad esempio i già evidenziati Ombudsman e l'estensione della vincolatività delle tutele previste nell'accordo anche alle autorità pubbliche americane).

Oltre a questi aspetti è importante poi rilevare come, nell'affrontare la questione relativa ai confini applicativi del diritto UE in materie connesse alla sicurezza nazionale, Saugmandsgaard Øe abbia fornito una chiave di lettura di grande importanza, pur non discostandosi dal passato e soprattutto da quanto affermato nelle sue Conclusioni nel caso *Ministerio Fiscal*. La posizione della Corte di giustizia sul punto sarà quindi determinante anche per i casi pendenti, sopra individuati, riguardanti la fondamentale quanto problematica disciplina della *data retention* per scopi securitari; la decisione finale inoltre potrà chiarire il rapporto tra il diritto europeo e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in questa materia: nel caso in cui venisse confermata la funzione "suppletiva" di quest'ultima rispetto alle attività di trattamento dei dati che fuoriescono dall'ambito di applicazione del diritto dell'UE, sarà poi interessante vedere se, alla luce delle altrettanto attese decisioni dei giudici di Strasburgo – in particolare nei casi *Big Brother Watch* e *Centrum for Rattvisa* – sarà confermata una interpretazione dei principi di necessità e proporzionalità meno stringente da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo rispetto alla Corte di giustizia – come sottolineato peraltro dall'Avvocato generale[26] – o se si potrà individuare un maggiore allineamento tra la giurisprudenza delle due Corti europee.

In attesa di poter riflettere su questi determinanti sviluppi, ciò che senza dubbio affiora con chiarezza da tutte queste considerazioni sono le problematiche ed i limiti della normativa eurounitaria in materia di trasferimento dei dati: il criterio di adeguatezza muove dalla pregevole volontà di creare una continuità nel livello di protezione dei diritti fondamentali garantito entro i confini europei ed è stato portatore di positivi

del 28 novembre 2017 e del 22 gennaio 2019) o ai dubbi evidenziati dal Parlamento europeo nel 2018 (*European Parliament resolution of 5 July 2018 on the adequacy of the protection afforded by the EU-US Privacy Shield* (2018/2645(RSP)) e, prima ancora, dal European Data Protection Supervisor (*Opinion 4/2016,* 30 maggio 2016). Quanto alla dottrina, si rimanda a: G. Vermeulen, *The Privacy Shield's blunt denial of continued bulk, mass or indiscriminate collection or processing and unnecessary or disproportionate access and use by US intelligence and law enforcement authorities,* in G. Vermeulen-E. Lievens (eds.), *Data protection and privacy under pressure. Transatlantic tensions, EU serveillance and Big Data*, Antwerp, 2017, 49 ss.; S. Sica-V. D'Antonio, *Verso il Privacy Shield: il tramonto dei Safe Harbour Privacy Principles*, in G. Resta-V. Zeno Zencovich (a cura di), *La protezione transnazionale dei dati personali. Dai 'Safe Harbour Principles' al 'Privacy Shield',* cit., 137 ss. e, nella stessa opera, A. Mantelero, *I flussi di dati transfrontalieri e le scelte delle imprese tra Safe harbour e Privacy Shield*, 239 ss.; S. Crespi, *op. cit.*; F. Terpan, *EU-US data transfer from Safe Harbour to Privacy Shield: back to square one?*, in *European Papers*, 3, 2018, 1045 ss.; M. Brkan, *The essence of the fundamental rights to privacy and data protection: finding the way through the maze of the CJEU's constitutional reasoning,* in *German Law Journal,* 20, 2019, 864 ss.

[26] Si rimanda sul punto anche a E. Celeste, *op. cit.*; V. Rusinova, *A European perspective on privacy and mass surveillance at the crossroads*, Working Papers HSE, 2019, 1 ss. Su *questa Rivista*, per un approfondimento sulla giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'uomo in materia di sorveglianza: L. Seminara, *Sorveglianza segreta e nuove tecnologie nel diritto europeo dei diritti umani*, 2, 2018, 132 ss.

riflessi[27] sia inducendo modifiche o adozione di normative più garantiste negli Stati terzi interessati a ricevere i dati proveniente dall'UE, sia spingendo i service providers ad adottare policies interne in materia di privacy e protezione dei dati più attente ed efficaci per incontrare gli elevati standard europei[28]. Il tentativo però di sfruttare l'ormai imprescindibile flusso di dati come moderna forma di "*gunboat diplomacy*"[29] attraverso cui imporre unilateralmente agli Stati terzi il proprio grado di tutela reca in sé il rischio di tramutarsi in una mera «esaltante illusione»[30], smentita nella sua pratica attuazione: i principi delineati nella giurisprudenza della Corte di giustizia mostrano tutta la loro cedevolezza ed imperfezione negli accordi e nelle decisioni sin ad ora analizzati, incapaci di realizzare una reale "adeguatezza" e "sostanziale equivalenza" e di resistere dunque al successivo vaglio dei giudici europei. Ecco dunque che la ideale e condivisibile tensione dell'UE ad una garanzia della protezione che accompagni il dato anche oltre il suo trasferimento, si scontra con la difficoltà di negoziare principi e condizioni di tutela con Stati terzi portatori di tradizioni giuridiche e concezioni del livello di tutela della riservatezza anche molto differenti da quelle che caratterizzano le nostre latitudini[31].

Lo scenario di luci e ombre sino ad ora tratteggiato, al di là dei pregi e delle criticità evidenziate, permette in ultima analisi di riflettere da un lato sulla necessità di un'azione maggiormente coerente e condivisa tra le istituzioni europee, in modo che la posizione della Commissione nelle complesse fasi di trattativa con Paesi terzi non venga poi sconfessata dalla Corte di giustizia nelle sue pronunce, creando situazioni incerte e complesse per gli operatori economici ed incidendo anche sull'affidabilità dell'UE stessa nelle sue negoziazioni[32]; dall'altro emerge l'importanza di un serio dibattito internazionale, nel quale certamente l'Unione può risultare promotrice ed esempio trainante, per la creazione di uno standard globale di privacy e il raggiungimento di una convergenza regolatoria ottenuta mediante una cooperazione tra Stati tesa a garantire un sempre più elevato livello di tutela dei dati anche e soprattutto dinnanzi ad esigenze securitarie che tendono sempre più a limitare e sacrificare la sfera privata dei cittadini in nome della garanzia della sicurezza nazionale e pubblica[33].

---

[27] A. Bradford parla di *Brussels effect*, anche con riferimento all'effetto "espansivo" della disciplina in materia di riservatezza e protezione dei dati: *The Brussels effect*, in *Northwestern University Law Review*, 1, 2012, 22 ss.

[28] Basti pensare allo Stato della California che, in assenza di una normativa federale in materia di protezione dei dati, ha adottato nel 2018 il California Consumer Privacy Act (CCPA), chiaramente ispirato alla disciplina del GDPR; ma anche, sul fronte dei soggetti privati, aziende operanti nel settore digitale – ad esempio Microsoft – si sono attivate per adottare *policies* interne maggiormente conformi allo standard europeo.

[29] Espressione utilizzata da: M. Tzanou, *European Union regulation of transatlantic data transfers and online surveillance*, in *Human Rights Law Review*, 17, 2015, 545 ss.

[30] Questo efficace termine di L. Zagato (*Il trasferimento di dati personali verso Stati terzi: esiti (in parte sorprendenti) dell'unilateralismo giuridico CE*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2, 2008, 297 ss.) mette in luce i limiti di una imposizione unilaterale dei principi e livelli di tutela promossi dall'UE.

[31] Così C. Kuner, *Reality and illusion in EU data transfer regulation post-Schrems*, in *German Law Journal*, 18, 2017, 881 ss.

[32] J. Reidenberg, *The transparent citizen*, in *Loyola University Chicago Law Journal*, 47, 2015, 437 ss.

[33] *Ex multis*, sul dibattito circa la necessità di uno standard globale di protezione dei dati e della privacy,

Inserendosi in questo più ampio contesto, le Conclusione dell'Avvocato generale oggetto di esame nonché l'attesissima decisione della Corte di giustizia rappresentano certamente una occasione per interrogarci ancora una volta sulla efficacia della disciplina europea in materia di trasferimento dei dati e sulle problematiche profonde derivanti da una diversa attuazione ed interpretazione del criterio di adeguatezza ad opera delle istituzioni europee protagoniste in questo delicato ambito. I futuri sviluppi dovranno in ultima analisi indurre a profonde riflessioni circa il bilanciamento effettuato dai giudici di Lussemburgo tra utilizzo dei dati per esigenze securitarie e tutela della privacy, valutandone con attenzione le pratiche implicazioni sia nella dimensione esterna, e dunque con riferimento alla disciplina del flusso di dati, sia nella dimensione interna ovvero nelle complesse questioni in materia di *data retention*.

si legga: D. Cole-F. Fabbrini, *Bridging the transatlantic divide? The United States, The European Union and the protection of privacy across borders*, in *ICON*, 1, 2016, 220 ss.; S.J. Schulhofer, *An international right to privacy? Be careful what you wish for*, ivi, 238 ss.; C. Kuner, *The Internet and the global reach of EU law*, in M. Cremona-J. Scott (eds.), *EU law beyond EU borders. The extraterritorial reach of EU law*, Oxford, 2019, 112 ss.

Recensioni

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

«La pubblicità che deve assistere la giustizia penale per consentire un controllo democratico rischia, per una sorta di eterogenesi dei fini, di ostacolarne spesso una genuina "visibilità", quando non addirittura di adulterarne lo svolgimento», sicché «la ineludibile sfida di uno Stato di diritto è dunque oggi quella di riuscire a mettere in campo ogni provvidenza affinché la giustizia penale sia assistita sì dalla pubblicità, ma anche protetta dai suoi effetti perversi e distorsivi».

Così si conclude il primo capitolo del bel volumetto di Glauco Giostra, uscito per Laterza qualche settimana fa, *Prima lezione sulla giustizia penale*. Fin dalle prime pagine, si può capire come lo studioso, nel racconto della disciplina complessiva del processo penale, riservi un posto particolare ai meccanismi che regolano l'informazione giudiziaria. La circostanza non stupisce, tenuto conto che dagli anni '80 Glauco Giostra è forse il più sagace osservatore appunto del rapporto fra informazione e giustizia, che ha commentato con la sua penna di raro acume e brillantezza.

Per il giurista che si occupa di diritto dei media è ancora imprescindibile la lettura di *Informazione e giustizia penale*, libro del 1988, riedito un anno dopo per dare conto del nuovo codice di procedura penale. Volume uscito per Giuffrè, ormai introvabile e che sarebbe davvero un regalo per le nuove generazioni se l'editore volesse ristampare. No, non parlo per me, che sono peraltro (quasi) anziano: io la mia copia ce l'ho, dedicata prima al mio maestro, Corso Bovio, e poi a me (fine del momento narcisistico).

Questo primo corposo lavoro, tuttavia, non è stato che il punto di partenza di una riflessione che l'autore ha condotto nel corso di tutta la produzione scientifica e divulgativa, poiché non sono infrequenti i suoi interventi sulla carta stampata, su diverse testate a diffusione nazionale. E anche MediaLaws ha avuto il privilegio di ospitare alcuni lavori che costituiscono – fidatevi di chi li ha con voracità letti e riletti tutti – i capitoli di una unica storia: il progredire della riflessione su un tema centrale, che riguarda non solo il processo penale, o il diritto dell'informazione, ma la stessa qualità democratica del nostro Paese.

La *Prima lezione* di cui parliamo contiene, tra l'altro, l'ultimo episodio della serie. In queste 180 pagine Giostra disegna l'architettura del processo penale in un testo che mi sento di suggerire, a studiosi e a pratici, per più di una ragione.

Anzitutto per il piacere se ne trae, che è quello di avere a che fare con una lingua ricca e sorprendentemente semplice: anche la letteratura scientifica ha autori capaci di sce-

gliere la parola perfetta. In secondo luogo per un dovere, per così dire, deontologico: sarò schiavo del principio di autorevolezza, ma penso che chi si occupa di processo penale – e ancora più precisamente di processo penale e informazione – *debba* leggere il "nostro".

Ma sono convinto che questo libro possa interessare e, anzi, essere utile a chiunque. I nostri 22 lettori (uno meno di Guareschi, che se ne attribuiva due in meno di Manzoni), dunque, potranno farne dono a parenti e affini, amici e conoscenti. Questa *Prima lezione* compie un'opera fondamentale nel porre le basi per la comprensione del fenomeno processuale per non professionisti del diritto, mettendo alla portata di chiunque concetti e nozioni che aiutano ad orientarsi. Un aiuto, ad esempio per i giornalisti, che per professione traducono quanto accade nei tribunali per "il lattaio dell'Ohio". Un aiuto anche per il "lattaio" volenteroso, in verità.

In un'epoca di crisi dei corpi intermedi, in cui le istituzioni hanno perso la fiducia dei cittadini, l'opera di alfabetizzazione, ovvero divulgazione non banalizzante del sapere specialistico, è ancora più preziosa.

Giostra, espertissimo anatomopatologo, squaderna l'oggetto degli studi di una vita, ne spiega il funzionamento separando il grano della fisiologia dal loglio della patologia. Il processo è paragonato a «un ponte tibetano che consente di passare dalla *res iudicanda* (cioè il fatto da giudicare) alla *res iudicata* (cioè la decisione sull'esistenza del fatto e sul suo rilievo penale) che è destinata a valere *pro veritate* per l'intera collettività». Le disposizioni sono denudate, ne è scoperta la ragion d'essere, per ricondurre le regole di dettaglio a una cornice che ne svela il senso profondo. Improvvisamente tutto diventa così chiaro da riuscire a percepire il peso e la responsabilità delle scelte che stanno alla base di disposizioni: frutto di una «metabolizzazione socio-culturale spesso secolare» esse esprimono il nostro modo di intendere il rapporto tra Autorità e Individuo. In questo senso, a ragione, la giustizia penale può essere considerata «la più fedele carta d'identità di un popolo».

Nel compiere questa operazione, prima di tutto culturale, Giostra si fa maestro di metodo: in un mondo malinconicamente testardo nella direzione opposta, egli mostra che problemi complessi non consentono soluzioni condensabili in uno slogan. Ogni passo dell'*iter* verso la decisione è cadenzato da norme che costituiscono la colatura di un bilanciamento di interessi. Un bilanciamento che, per stare in equilibrio, deve essere governato da una mano delicata, insieme sapiente e razionale. Delicata per evitare crolli, sapiente per trovare la migliore distribuzione dei pesi, e razionale per rendere sopportabile quell'atto «terribile e odioso», come direbbe Luigi Ferrajoli, dell'uomo che giudica l'uomo.

Diamo un assaggio di questo metodo, proprio in materia di rapporto fra informazione e giustizia. L'autore, come abbiamo visto, rivolge la propria attenzione a tale rapporto fin dalle prime pagine. Qui, prendendo in prestito le sue parole, egli sottolinea come sia inevitabile che la collettività debba poter "vedere" come viene amministrata la giustizia in suo nome, senza però ignorare come i media mostrino spesso la giustizia attraverso uno specchio deformante, che opera condizionamenti sia sul piano della giustizia "reale", sia su quello della giustizia "percepita". Nel capitolo dedicato alla «narrazione della giustizia penale», poi, l'autore riprende e approfondisce il tema, sottolineando che «tra

l'accertamento dei fatti criminali e i media si è instaurata […] una relazione osmotica che ha assunto modalità proteiformi, talune fortemente discutibili per contenuti e conseguenze: l'ansia di conoscenza della collettività con riguardo ai fatti che più turbano la convivenza sociale è una troppo appetibile "domanda" perché i mezzi di comunicazione non siano tentati di apprestare una qualsiasi "offerta" che abbia almeno l'apparenza di volerla soddisfare». Il testo si occupa, quindi, di analizzare la «attuale normativa riguardante la cronaca giudiziaria in senso stretto», giungendo a conclusioni che non nascondono un giudizio sostanzialmente negativo: «Ogni ordinamento moderno è alla difficile ricerca di un punto di equilibrio ottimale tra le esigenze dell'informazione, della giustizia e della riservatezza individuale. A me sembra che quello espresso dal nostro sia largamente insoddisfacente: mal tutelate le prime, iperprotette le seconde, sostanzialmente ignorate le ultime».

La chiusa del libro, però, propone un impegno e suggerisce una speranza, così corroborante che, di questi tempi, merita di essere riportata per intero: «Ci lasciamo, dunque, dove ci siamo incontrati: dinanzi a un ponte tibetano [a cui l'autore ha paragonato il processo all'inizio del volume n.d.r.] malfermo, fragile, dal costrutto contorto, insopportabilmente lungo. Ricordiamoci di tenercelo caro, questo ponte. Magari commiseriamone l'inadeguatezza, ma impegniamoci a difenderlo da chi intende reciderlo, perché passa comunque molto al di sopra di quell'intollerabile realtà di soprusi, di discriminazioni, di repressione del dissenso, di emarginazione delle minoranze, di imposizione di dommi politici o religiosi, di repressione rivoluzionaria, che troppo spesso, a tutte le latitudini della storia e della geografia, prende abusivamente il nome di giustizia».

Una chiosa quasi balsamica, che vale per la disciplina del processo in generale, ma anche, più specificamente, per quella dell'informazione giudiziaria. Insomma, sarà bello studiare questa materia e applicarla nelle aule, finché ci saranno studiosi come Giostra che con laica lucidità ne apriranno le pieghe. E ciò non rinunciando a invocare con voce schietta i principi, e la necessità di declinarli nella normativa di dettaglio, ma senza avere la cecità dell'ortodossia di nessuna "chiesa".

Mi hanno insegnato che le migliori recensioni sono quelle che contengono luci e ombre. Arrivati alla fine, mi accorgo di essermi concentrato sulle prime, dimenticando le seconde. Veniamo alle ombre, allora. La mia consolidata esperienza di correttore di bozze, forse unica attività nella quale, "grazie" a una gavetta lunga e faticosa, non temo confronti, mi ha permesso di trovarne una: nel testo, a pagina 138, manca una parola. L'aggiungeranno nella seconda edizione.

Prima lezione sulla giustizia penale
Glauco Giostra

Laterza
Anno di edizione: 2020
Pagine: 193
ISBN: 9788858138892

Elenco autori

Arianna Angeli
ricercatrice di diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Milano
Edoardo Bardelli
avvocato praticante in Milano
Carla Bassu
professore associato di diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Sassari
Marco Betzu
professore associato di diritto costituzionale, Università degli Studi di Cagliari
Marina Castellaneta
professore ordinario di diritto internazionale, Università degli Studi di Bari "A. Moro"
Edoardo Celeste
lecturer in Law, School of Law and Government, Dublin City University
Riccardo de Caria
ricercatore di diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Torino
Giovanni De Gregorio
dottorando di ricerca in diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano - Bicocca
Guido d'Ippolito
dottorando di ricerca in diritto dell'economia e dei consumatori, Università di Roma Tre
Gianmario Demuro
professore ordinario di diritto costituzionale, Università degli Studi di Cagliari
Lisa Draga
associate lecturer, Department of Public Law and Jurisprudence, University of the Western Cape
Pietro Falletta
ricercatore di diritto amministrativo, LUISS Guido Carli
Giulia Formici
dottoranda di ricerca in diritto pubblico, internazionale ed europeo, Università degli Studi di Milano
Marco Galli
avvocato in Milano; dottore di ricerca in diritto della proprietà industriale e della concorrenza
Glauco Giostra
professore ordinario di procedura penale, La Sapienza – Università di Roma
Giorgio Grasso
professore associato di istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi dell'Insubria
Eva Herzog
Ph.D. Student, Humboldt Universität zu Berlin
Simone Lonati
ricercatore di procedura penale, Università Bocconi
Natascia Marchei
professore ordinario di diritto ecclesiastico, Università degli Studi di Milano - Bicocca
Gloria Marchetti
ricercatrice di diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano
Ilenia Massa Pinto
professore ordinario di diritto costituzionale, Università degli Studi di Torino

Elenco autori

Carlo Melzi d'Eril
avvocato in Milano
Donatella Morana
professore ordinario di istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Roma - Tor Vergata
Riccardo Montaldo
doctoral candidate, University of Kassel – Università degli Studi di Cagliari
Lucia Musselli
professore associato di diritto amministrativo, Università degli Studi di Milano
Alessandra Panza
assistente, Autorità per le garanzie nelle comunicazioni
Stefano Rossa
dottorando di ricerca in Autonomie, servizi e diritti, Università del Piemonte Orientale "A. Avogadro"
Michela Tresca
dottoranda di ricerca in diritto pubblico, Università degli Studi di Roma - Tor Vergata
Francesco Sciacchitano
senior legal officer, Autorità per le garanzie nelle comunicazioni
Davide Servetti
dottore di ricerca in diritto costituzionale, Università del Piemonte Orientale "A. Avogadro"
Giovanni Tuzet
professore ordinario di filosofia del diritto, Università Bocconi
Davide Zecca
dottorando di ricerca in diritto pubblico comparato e diritto costituzionale, Università degli Studi di Pavia

CODICE ETICO

La **Rivista di diritto dei media** intende garantire la qualità dei contributi scientifici ivi pubblicati. A questo scopo, la direzione, il Comitato degli esperti per la valutazione e gli autori devono agire nel rispetto degli standard internazionali editoriali di carattere etico.

Autori: in sede di invio di un contributo, gli autori sono tenuti a fornire ogni informazione richiesta in base alla policy relativa alle submissions. Fornire informazioni fraudolente o dolosamente false o inesatte costituisce un comportamento contrario a etica. Gli autori garantiscono che i contributi costituiscono interamente opere originali, dando adeguatamente conto dei casi in cui il lavoro o i lavori di terzi sia/siano stati utilizzati. Qualsiasi forma di plagio deve ritenersi inaccettabile. Costituisce parimenti una condotta contraria a etica, oltre che una violazione della policy relativa alle submission, l'invio concomitante dello stesso manoscritto ad altre riviste. Eventuali co-autori devono essere al corrente della submission e approvare la versione finale del contributo prima della sua pubblicazione. Le rassegne di dottrina e giurisprudenza devono dare esaustivamente e accuratamente conto dello stato dell'arte.

Direzione: la direzione (ivi compresi direttori e vice-direttori) si impegna a effettuare la selezione dei contributi esclusivamente in base al relativo valore scientifico. I membri della direzione (ivi compresi direttori e vice-direttori) non potranno fare uso di alcuna delle informazioni acquisite per effetto del loro ruolo in assenza di un'esplicita autorizzazione da parte dell'autore o degli autori. La direzione è tenuta ad attivarsi prontamente nel caso qualsiasi questione etica sia portata alla sua attenzione o emerga in relazione a un contributo inviato per la valutazione ovvero pubblicato.

Comitato degli esperti della valutazione: i contributi sottoposti a valutazione costituiscono documentazione a carattere confidenziale per l'intera durata del processo. Le informazioni o idee acquisite confidenzialmente dai valutatori per effetto del processo di revisione non possono pertanto essere utilizzate per conseguire un vantaggio personale. Le valutazioni devono essere effettuate con profondità di analisi, fornendo commenti e suggerimenti che consentano agli autori di migliorare la qualità delle loro ricerche e dei rispettivi contributi. I revisori dovranno astenersi dal prendere in carico la valutazione di contributi relativi ad argomenti o questioni con i quali sono privi di familiarità e dovranno rispettare la tempistica del processo di valutazione. I revisori dovranno informare la direzione ed evitare di procedere alla valutazione nel caso di conflitto di interessi, derivante per esempio dall'esistenza di perduranti rapporti professionali con l'autore o la relativa istituzione accademica di affiliazione.

mediaLAWS

ANNO 2020 - CODICE ISSN 2532-9146