

Problematica costituzionale della diffusione dei sondaggi elettorali*

di Leonardo Bianchi**
(12 luglio 2013)

SOMMARIO: 1. Il diritto dell'elettore ad un'informazione equilibrata e genuina quale base della disciplina della diffusione dei sondaggi elettorali. – 2. Eterogenesi dei fini della diffusione dei sondaggi elettorali: l'effetto "trascinamento" ed il divieto nella fase conclusiva della campagna elettorale. – 3. Sull'effettiva idoneità e ragionevolezza del divieto di diffusione dei sondaggi come istituto di garanzia. – 4. Le caratteristiche giuridiche del sondaggio politico ed elettorale. Il televoto. – 5. La diffusione dei sondaggi elettorali in rete: sulla rilevanza della diffusione quantitativa del mezzo (a margine della decisione AGCOM sulla nuova applicazione SWG per smartphone e tablet). – 6. Elusione del divieto legislativo e "parasondaggi". I casi Notapolitica e Youtrend. – 7. Potenzialità e limiti della restrizione alla diffusione dei sondaggi politici alla luce della necessità costituzionale di garantire il diritto ad un'informazione equilibrata, genuina e consapevole dell'elettore.

1. Il diritto dell'elettore ad un'informazione equilibrata e genuina quale base della disciplina della diffusione dei sondaggi elettorali.

Con riferimento alla disciplina dei sondaggi elettorali, come, peraltro, più in generale dell'uso dei mezzi di comunicazione di massa per finalità politiche, va preliminarmente sottolineato che i contenuti identificati dalla Corte costituzionale come propri del diritto all'informazione in forza di un vero e proprio "imperativo costituzionale" – cioè il pluralismo delle fonti di informazione, l'obiettività ed imparzialità dei dati forniti, la completezza, correttezza e continuità dell'attività di informazione erogata (sentenze nn. 112 del 1993, 420 del 1994, 466 del 2002) sono integrati con il principio costituzionale della genuinità del voto, ribadito a più riprese

* Relazione presentata all'XI Convegno internazionale SISE *Sondaggi ed elezioni. Le regole del gioco e della comunicazione* (Pordenone, 13 – 14 marzo 2013), i cui Atti sono di prossima pubblicazione

dalla stessa Corte costituzionale (sentenze nn. 344 del 1993 e n. 155 del 2002, fra le altre)¹.

Che il tema della disciplina dell'utilizzazione dei mezzi di comunicazione di massa attraverso contenuti politici nel corso, ma anche al di fuori, delle campagne elettorali faccia sistema con il più generale assetto in particolare del settore radiotelevisivo (ma, oggi, dovremmo aggiungere anche della rete) è valutazione ampiamente condivisa e ribadita, con particolare riferimento all'assetto del mercato dei *media*: laddove il tasso di pluralismo radiotelevisivo abbia raggiunto un grado elevato di sviluppo, tale da delineare un quadro soddisfacente sul piano della legittimità costituzionale, infatti, per le campagne elettorali potrebbe essere previsto un quadro di limiti e vincoli anche più attenuato, dato che il libero confronto potrebbe, in questo caso, sostanzarsi intanto di una pluralità di voci diverse ed equivalenti².

Tuttavia, va precisato che la Corte costituzionale è intervenuta, a più riprese, sulla specificità delle tutele da garantire agli elettori con riferimento all'uso dei *media* per finalità elettorali. Così, già nella sentenza n. 344 del 1993, auspicava "che una legislazione ... ricca di incongruenze logiche e divenuta ormai anacronistica di fronte ai profondi mutamenti che lo sviluppo tecnologico e sociale ha prodotto nella comunicazione politica, sia presto riformata dal legislatore al fine di realizzare nel modo più pieno e significativo il valore costituzionale della libertà e della genuinità della competizione elettorale e del diritto inviolabile di ciascun cittadino di concorrere all'elezione dei propri

¹ Sul principio di genuinità del voto in termini fondativi della necessità di evitare suggestioni, v. già E. Bettinelli, *Le nuove regole del gioco. Introduzione* a E. Pozzi – S. Rattazzi, *Farsi eleggere*, in *Il Sole 24 Ore*, Milano, 1994, LV s.

² Sulla problematica del rapporto tra sistema radiotelevisivo, campagne elettorali e controllo dei media da parte di chi svolge attività politica, v. già F. Lanchester, *Riforme elettorali e forma di governo: riflessioni sulle innovazioni istituzionali e i pericoli delle "democrazie a basso rendimento"*, in *Riforme elettorali*, a cura di M. Luciani – M. Volpi, Bari, Laterza, 48 ss. Sul collegamento con la normativa *antitrust*, v. P. Barile, *Relazione di sintesi*, in *La televisione fra autonomia e controlli*, a cura di V. Roppo, Padova, Cedam, 1995, 262.

rappresentanti politici e di partecipare in condizioni di eguaglianza all'accesso a cariche pubbliche elettive".

Tale indirizzo, successivamente consolidato, a partire dalla sentenza n. 84 del 1994, riconosce un diritto inviolabile del cittadino ad una competizione elettorale genuina ed in condizioni di parità, che, per essere reso effettivo, impone al legislatore di tener conto che l'impiego dei mezzi di comunicazione di massa e, specificamente, della radiotelevisione, ma anche della rete, condizioni in misura determinante la conoscibilità e la stessa capacità di comunicazione politica anche in termini elettorali di soggetti e formazioni che aspirino ad accedere a cariche pubbliche elettive³.

Va, ancora, ricordato che, fin dalla sentenza n. 48 del 1964, la Corte costituzionale rilevava che le norme che disciplinano la partecipazione di partiti e di cittadini alla propaganda politica garantiscono la stessa effettività del diritto attribuito dall'art. 21 della Costituzione, nella misura in cui "tendono a porre tutti in condizione di parità: ad assicurare, cioè, che in uno dei momenti essenziali per lo svolgimento della vita democratica, questa non sia di fatto ostacolata da situazioni economiche di svantaggio o politiche di minoranza".

E se ciò vale per l'affissione e diffusione di stampati, a maggior ragione assumono rilevanza le caratteristiche del mezzo radiotelevisivo, che risultano tali da far rilevare, secondo la Corte costituzionale fin dalla sentenza n. 148 del 1981, che questo "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 dell'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 (v. anche

³ Su questo punto, cfr. F. Lanchester, *cit.*, 32, che parla "di un plusvalore eccezionale per chi possiede o influenzi reti radiotelevisive".

sentenze nn. 826 del 1988, 420 del 1994, 155 del 2002 e 466 del 2002)⁴.

E' in relazione a tali principi elaborati dalla giurisprudenza costituzionale che si ritiene possibile sostenere che il diritto all'informazione del cittadino – elettore si caratterizza di necessità per un maggiore ispessimento e qualificazione in relazione alla garanzia di un voto “genuino”, traducendosi in un diritto a non subire alterazioni della sua essenziale capacità di giudizio; e che, in conseguenza di ciò, è pertanto doverosa, particolarmente a carico di chi esercita attività di diffusione radiotelevisiva, la previsione di un quadro di doveri, obblighi ed oneri, quali misure finalizzate a realizzare una condizione di parità tra i competitori⁵.

Quanto alla potenziale antinomia di tali limiti con la libertà di iniziativa economica nel settore dei *media*, va considerato che la giurisprudenza consolidata della Corte (v. sentenze nn. 35 del 1986, 420 del 1994 e 155 del 2002), che considera già i principi garantiti dall'art. 21 della Costituzione tendenzialmente prevalenti su di essa in sede di bilanciamento, fonda la necessità di assicurare la genuina espressione del voto in condizioni di parità sul combinato disposto degli articoli 3, 21, 48, 49 e 51 della Costituzione con la sentenza n. 161 del 1995 (confermata dalla sentenza n. 155 del 2002). Sicché la questione di garantire al cittadino – elettore un diritto all'informazione (ed alla comunicazione: sull'unitarietà del concetto di informazione radiotelevisiva, relativamente a questo ambito, v. sentenza n. 826 del 1988) diventa necessità costituzionale.

4 C. Pinelli, *Suggestione dei messaggi televisivi, persuasione e manifestazione del pensiero*, in Dir. inf. 1995, 1 ss., offre un'analisi articolata dei profili della forza suggestiva della televisione in generale, che vanno oltre gli effetti emotivi della sola persuasione, per sottolineare che oggetto della tutela del telespettatore deve essere il processo di formazione del pensiero del destinatario.

5 C. Chiola, *Disciplina della propaganda elettorale delle emittenti televisive private*, in Dir. Radiodiff. 1984, 5 ss., sostiene che è il diritto – dovere di voto che rende legittimamente sacrificabile, relativamente ai limiti in materia di propaganda elettorale, la libertà delle emittenti private.

Naturalmente, la positivizzazione di tali diritti e limiti ad opera del legislatore ordinario deve rispettare il fondamentale criterio di ragionevolezza, in relazione al quale non dovrebbe risultare legittima, peraltro, neppure l'apposizione all'operatore dei media di limiti che non siano in grado di assicurare in misura sufficientemente apprezzabile i caratteri essenziali indefettibili di un diritto all'informazione elettorale nei termini ricostruiti.

E' con riferimento a questo quadro di base che si pone la problematica della disciplina della diffusione dei sondaggi elettorali, chiamata a fare applicazione nel settore specifico dell'assetto di principi costituzionali operanti in materia di comunicazione politica ed elettorale⁶.

2. Eterogenesi dei fini della diffusione dei sondaggi elettorali tra effetto "trascinamento" e divieto nella fase conclusiva della campagna elettorale.

Quanto alla diffusione di sondaggi demoscopici sull'esito delle elezioni e sull'orientamento politico degli elettori, è noto che questi risultano influenzare, in maggiore o minor misura secondo anche il momento storico – politico, le scelte di voto quanto meno della parte più indecisa del corpo elettorale: il rischio, cioè, che la diffusione in momenti magari oculatamente selezionati di sondaggi in questa materia costituisca una forma di pressione sull'orientamento di fasce di elettorato, non di rado anche larghe, è reale⁷.

⁶ Ci si permette di richiamare sul tema, in generale, delle campagne elettorali, L. Bianchi, *La disciplina delle campagne elettorali*, in R. Zaccaria (a cura di), *I servizi dell'informazione*, Tomo II: Radiotelevisione, Vol. XV, 2, Trattato di diritto amministrativo diretto da G. Santaniello, Padova, Cedam, 1996, 624 ss.

⁷ Sui pericoli di una "sondocrazia" si sofferma perspicuamente S. Rodotà, *La sovranità nel tempo della techno politica. Democrazia elettronica e democrazia rappresentativa*, in *Pol. Dir.* 1993, 578 ss., che evidenzia il rischio di una sostituzione qualitativa di un soggetto diverso al posto del corpo elettorale.

Tuttavia, questo impiego del sondaggio demoscopico finisce per stravolgere la stessa natura e funzione del sondaggio in sé, che viene trasformato da semplice elemento di conoscenza in tecnica propagandistica sottilmente persuasiva, il cui elemento di forza consiste nell'effetto trascinamento, quasi una sorta di "pietra filosofale", capace di trasformare in reale una supposta vittoria virtuale. Sicché la sostanziale prevalenza che potrebbe finire con l'essere accordata ad un momento non formalizzato, il sondaggio, rispetto ad uno formalizzato, l'elezione, potrebbe incidere financo sulle modalità di funzionamento dell'intero sistema istituzionale. In questo senso, l'uso, invalso in particolare presso certe aree politiche, della diffusione di sondaggi (talvolta al di là della disciplina legislativa) in costanza di legislatura si traduce in forme di pressione, dirette ad indurre, in alleati ed avversari politici, certi l'assunzione di certi orientamenti anziché di altri. Si è in presenza, cioè, quando, come troppo sovente accade, si realizzano le condizioni di cui sopra, di una vera e propria eterogenesi dei fini dello strumento, disciplinato, commissionato e realizzato con finalità informative ed, invece, ridotto ad un uso di fatto propagandistico.

In questo senso, l'obiettivo di garantire il diritto costituzionale dell'elettore alla libera e genuina formazione della propria opinione elettorale si ripropone in materia di diffusione dei sondaggi elettorali e richiede l'allestimento di un'adeguata tutela dei destinatari dei sondaggi come prodotto di un processo di conoscenza non partigiana⁸.

L'art. 8 della legge n. 28 del 2000, che ribadisce i principi già sanciti dalla legge n. 515 del 1993, prevede il divieto della pubblicazione o comunque della diffusione dei risultati di sondaggi demoscopici sull'esito delle elezioni e sugli orientamenti politici e di voto degli elettori nei quindici giorni precedenti la data delle elezioni e fino alla chiusura delle operazioni di voto. Tale divieto fu esteso dal dl n. 83 del 1995, più volte reiterato ed infine decaduto nell'estate del 1996, al

⁸ Sulla natura anfibia dei sondaggi e sulla loro disciplina, v. E. Bettinelli, *Par condicio*, Torino, Einaudi, 1995, 106 ss.

ventesimo giorno precedente la data delle elezioni. Lo stesso decreto legge provvede, poi, a chiarire, se ve ne fosse stato bisogno, che tale divieto si estende anche ai sondaggi effettuati in un periodo precedente a quello del divieto, come recita anche l'art. 8 vigente.

La disposizione in esame sembra senz'altro rivolgersi ad ogni mezzo di informazione e di comunicazione di massa, poiché non fa riferimento a mezzi specifici.

E' chiara la *ratio* della previsione normativa, diretta ad evitare forme di comunicazione che possano chiaramente influenzare gli elettori ed incidere visibilmente, soprattutto negli ultimi giorni, sul comportamento degli indecisi: in questo senso, è coerente il divieto di diffusione anche di sondaggi realizzati in precedenza, che potrebbero ingenerare ancor più confusione nell'elettore, sottoponendogli dati magari non più attuali. Non solo: ma va anche considerata la sempre maggior difficoltà di assicurare una tutela di tipo ripristinatorio, ormai correttamente privilegiata nel modello della legge n. 28 del 2000,, nel caso di violazioni della disciplina della diffusione dei sondaggi, man mano che ci si avvicina alla data della consultazione elettorale: l'assenza di un divieto, cioè, potrebbe tradursi in un incentivo alla violazione della normativa che assicura la scientificità dei sondaggi, particolarmente negli ultimi giorni, quando il pericolo di chiudere la stalla quando i buoi sono già scappati diventerebbe più concreto. E' possibile, dunque, identificare nei sondaggi una dimensione funzionale a soddisfare l'interesse all'informazione degli utenti e ricondurre, per questa via, il limite del divieto di pubblicazione dei sondaggi alla libertà di voto dell'elettore, garantita dall'art. 48 della Costituzione.

Nella fase precedente, invece, la pubblicazione dei sondaggi è consentita, ma sottoposta ad una disciplina diretta ad assicurarne la scientificità: tale pubblicazione deve essere accompagnata da alcune indicazioni della cui veridicità è responsabile il soggetto che realizza il sondaggio, e riguardanti il soggetto stesso che ha realizzato il sondaggio (da segnalare che fino al 2000 le indicazioni si estendevano agli eventuali collaboratori), il committente e l'acquirente, i criteri seguiti per

la formazione del campione, il numero delle persone interpellate ed universo di riferimento, il metodo di raccolta delle informazioni e di elaborazione dei dati, le domande rivolte, la percentuale delle persone che hanno risposto a ciascuna domanda e la data in cui è stato realizzato il sondaggio. D'altra parte, i criteri da seguire obbligatoriamente per la realizzazione di tali sondaggi vanno determinati, secondo quanto previsto dall'art. 8, comma 2, della legge 28 (ma non quanto in precedenza previsto dalla legge n. 515 del 1993) dall'Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni, la quale di fatto provvede sentite le associazioni scientifiche e professionali operanti nel campo delle ricerche demoscopiche ed elettorali. L'AGCOM ha approvato un nuovo Regolamento in materia (delibera n. 256/10/CSP), come si avrà modo di vedere più avanti.

3. Sull'effettiva idoneità e ragionevolezza del divieto di diffusione dei sondaggi come istituto di garanzia.

Rispetto alla scelta legislativa, tuttavia, si è rilevato, non senza qualche ragione, che il vero problema consiste nell'uso che dei sondaggi viene fatto al momento della loro pubblicazione o diffusione⁹.

Il problema, cioè, per come lo si vede qui, sta nella soddisfazione di due esigenze: quella di assicurare la serietà scientifica del sondaggio demoscopico e quella di eliminare la "spettacolarizzazione" del sondaggio, la sua interpretazione in termini semplificativi e non professionali. L'obiettivo deve essere, cioè, la sterilizzazione della manipolabilità del sondaggio da parte di chi vi possa avere interesse. A questo proposito, si contesta, cioè, l'adeguatezza, si potrebbe qui dire la ragionevolezza della soluzione meramente impeditiva

⁹ Critico nei confronti del legislatore, che avrebbe attribuito ai sondaggi una "potenzialità di condizionamento e di distorsione assolutamente sproporzionata" è C. Fusaro, *Media, sondaggi e spese elettorali: la nuova disciplina*, in *Maggioritario ma non troppo*, a cura di S. Bartolini – R. D'alimonte, Bologna, Il Mulino, 1995, 132

adottata dal legislatore per gli ultimi quindici giorni di campagna elettorale.

Quanto all'assicurazione della serietà scientifica del sondaggio, è pensabile un coinvolgimento dell'ISTAT in qualità di ente certificatore della scientificità del sondaggio realizzato, in una fase immediatamente precedente la sua pubblicazione.

Quanto alla sterilizzazione della manipolabilità del sondaggio, occorre pensare a soluzioni che costringano a rimanere latente la potenziale pervasività del sondaggio in punto di genuinità dell'espressione del voto, scongiurando, per quanto possibile, l'effetto trascinamento.

Va ricordato che alcune previsioni sono già contenute, non senza suscitare seri dubbi circa l'effettività, in via di autoregolamentazione, come nel caso della RAI che, proprio sulla base della particolare natura dei sondaggi, ha previsto in sede di autolimitazione, nella sua Carta dell'informazione e della programmazione a garanzia degli utenti adottata nel 1995, che le trasmissioni di informazione riferiscano soltanto l'esito di sondaggi effettuati "secondo metodologie e pratiche professionali corrette" e che la RAI "eviterà di commissionare sondaggi su intenzioni di voto".

Di rilievo, anche per la generalità della sua portata e per la chiamata in causa della professionalità giornalistica, è il Protocollo d'intesa "Carta sull'informazione e sondaggi", adottato da Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Giornalisti ed ASSIRM (Associazione tra Istituti di Ricerche di Mercato, Sondaggi di opinione, Ricerca Sociale) il 7 aprile 1995. Al di là di mere ripetizioni delle previsioni legislative, il rispetto sul cui controllo è rimesso all'AGCOM, è significativo che si preveda che "presentare come "sondaggio" una serie di informazioni che non corrispondono alle regole per poter essere definite tali costituisce un concreto attentato alla buona fede del fruitore, in quanto esso fruitore può essere influenzato dall'autorevolezza connessa con il termine "sondaggi" ed attribuire alle informazioni diffuse una credibilità totalmente diversa che se tali informazioni fossero presentate come libere opinioni di questo o quel gruppo di cittadini o soggetti politici". Il controllo sul rispetto di tale Carta è rimesso alla magistratura ordinistica

su iniziativa di un Comitato permanente, composto da rappresentanti di CNOG e di ASSIRM. Ma anche qui si pongono problemi di effettività, anche in relazione alla più complessiva efficienza del funzionamento della macchina ordinistica. C'è da chiedersi se non si debba, proprio in relazione ad una deontologia specifica, formare e sviluppare un adeguato grado di professionalità giornalistica specializzata, adattando modelli di programmazione, fatte salve le dovute differenze e con obblighi di maggior trasparenza di realizzazione in ordine ai valori costituzionali coinvolti, come quelli delle "previsioni meteorologiche". In questa logica, si può arrivare anche a prospettare il diritto - dovere per l'autore - istituto demoscopico di tutelarsi in sede civile contro il committente nel caso di uso pregiudizievole del sondaggio da parte di quest'ultimo, a garanzia dell'interesse sociale degli stessi sondaggi elettorali.

4. Le caratteristiche giuridiche del sondaggio politico ed elettorale. Il televoto.

Le caratteristiche dirette ad assicurare la scientificità del sondaggio politico ed elettorale sono anche quelle che ne delimitano il profilo giuridico relativamente alla pubblicazione. La circostanza che la disciplina legislativa sia diretta a consentire la pubblicazione dei sondaggi nel periodo non vietato non elimina del tutto i rischi di elusione della disciplina. Un primo fenomeno riguarda il caso del cd televoto, privo di alcuna regolamentazione e non esente, invece, da pericoli proprio per l'arbitrio con cui certi televoti vengono realizzati e pubblicati, senza seguire criteri scientifici come quelli messi a punto per i sondaggi, anche perché proprio in questo sta la differenza tra un televoto ed un sondaggio demoscopico pubblicabile come tale. In questo modo, ad esempio, un unico soggetto è in grado di moltiplicare le proprie preferenze di voto nell'ambito di un televoto, alterando di molto la reale distribuzione del voto pubblicato. Il fenomeno, cioè, presenta profili collegati all'imparzialità dell'informazione ed all'uso

spesso disinvolto del mezzo diretto a provocare un'apparente bidirezionalità della comunicazione radiotelevisiva. Analoga considerazione potrebbe essere espressa riguardo a certa applicazione dei social network, che consentono possibilità simili.

Il citato dl n. 83 del 1995 vietava l'invito rivolto al pubblico o a singoli ad esprimere le proprie preferenze politiche ed elettorali attraverso contatti telefonici, postali o in altra forma, direttamente con la concessionaria pubblica e le emittenti private, nonché la pubblicazione e trasmissione di risultati acquisiti secondo tali modalità. Considerata la perdurante carenza di una metodologia in grado di controllare in termini tecnico – scientifici la genuinità del televoto, la soluzione pareva giustificata. Tale divieto non è presente nella legislazione attuale, sicché gli unici rimedi sono quelli visti al paragrafo precedente. La loro presentazione dovrebbe, tuttavia, avvenire almeno con l'obbligatoria evidenziazione dei loro limiti.

Va, infine, ricordato che il citato dl 83 estendeva la disciplina di sondaggi in senso proprio e televoto ai casi di pubblicazione e trasmissione di risultati indicativi della sola posizione reciproca dei competitori. Tale normativa era diretta a consentire l'eliminazione di alcune possibilità di elusione della normativa sopra citata, che si erano venute determinando nella prassi dopo l'entrata in vigore della legge n. 515 del 1993, attraverso la diffusione di informazioni prive di precisione, ma altrettanto suscettibili di alterare, soprattutto in casi di minor avvertimento della manipolabilità, per notori motivi di ordine socio – politico, la genuina espressione del voto.

4. La diffusione dei sondaggi elettorali in rete: sulla rilevanza della diffusione quantitativa del mezzo (a margine della decisione AGCOM sulla nuova applicazione SWG per smartphone e tablet).

Altra tipologia di elusione del divieto dei sondaggi ha portato, nel corso della campagna elettorale per le elezioni politiche 2013, ad un contenzioso tra AGCOM e SWG. SWG ha, infatti, messo a punto un'applicazione per smartphone e tablet, denominata *PoliticApp*, che consente la diffusione delle indagini demoscopiche, rispetto a cui l'AGCOM ha, in un primo momento il 14 gennaio, ritenuto che "la disciplina dei sondaggi relativi ad indicazione di voto si riferisce unicamente a quelli diffusi su mezzi di comunicazione di massa e si ritiene che non possa definirsi tale un'applicazione per smartphone: essa altro non è che un software per cellulari accessibile esclusivamente da quanti, in base ad una scelta volontaria, abbiano deciso di scaricarla sul proprio telefonino", proseguendo con il precisare che "inoltre, trattandosi un'applicazione a pagamento, essa potrà essere fruita soltanto da un target definito di clienti paganti, da coloro, cioè che abbiano deciso di acquistarla". Mentre successivamente, in data 6 febbraio, ha deliberato che il divieto andasse esteso anche all'applicazione di SWG, in quanto, sottolineando gli "effetti di diffusione incontrollata dell'informazione" ha rinvenuto "un'oggettiva violazione" del divieto di diffusione di sondaggi. L'AGCOM ha rivendicato correttamente la sua competenza, in quanto la legge "non fa alcun riferimento alla piattaforma trasmissiva attraverso la quale avviene la diffusione", ma, a seguito della pubblicità diffusa da SWG; ha ritenuto che "l'applicazione realizzata dalla SWG, nei termini in cui viene pubblicizzata, rende accessibile – previo il pagamento di un prezzo contenuto – il risultato dei sondaggi ad un pubblico potenzialmente molto vasto, con inevitabili effetti di diffusione incontrollata dell'informazione. Pertanto, la comunicazione risulta accessibile da parte della generalità indistinta degli utenti in internet, assumendo le forme proprie dell'offerta al pubblico. Questa circostanza configura, quindi, un'oggettiva violazione del divieto imposto dalla legge sulla par condicio".

La decisione finale dell'Autorità sottolinea la rilevanza, più che dello specifico mezzo di diffusione dei sondaggi, dell'accessibilità all'applicazione che veicola i risultati demoscopici. In questo senso, esattamente nella logica della

convergenza multimediale, la diffusione dei sondaggi in rete non pone problemi qualitativamente differenti rispetto alla diffusione con il mezzo radiotelevisivo, in quanto ciò che rileva è la possibilità di qualificare o meno come diffusione l'applicazione cui, di volta in volta, ci si riferisce, in relazione alla diffusione del mezzo ed alla sua accessibilità sotto il profilo dei costi.

In ragione di ciò, il criterio di cui fa applicazione l'Autorità è quello per cui, se l'applicazione presenta caratteri di diffusione, ricade sotto la copertura dell'art. 21 della Costituzione ed, in ragione della previsione legislativa inerente al divieto di diffusione dei sondaggi, vi è assoggettata negli ultimi quindici giorni precedenti le elezioni. Diversamente, ricadrebbe, piuttosto, tra le attività di comunicazione assimilabili alla corrispondenza tutelate dall'art. 15 della Costituzione, ma la loro trasmissione non configurerebbe una diffusione in senso tecnico, e, quindi, sfuggirebbero al divieto in esame. D'altra parte, che i servizi di media a richiesta rientrino a tutti gli effetti nella definizione di mezzo di comunicazione di massa data dalla Direttiva UE sui servizi di media audiovisivi è dato pure di immediata constatazione.

6. Elusione del divieto legislativo e “parasondaggi”. I casi Notapolitica e Youtrend.

In occasione delle elezioni politiche 2013, si è avuto modo di assistere all'utilizzazione di alcune tecniche di aggiramento del divieto di pubblicazione dei sondaggi messi in opera dai siti Notapolitica e Youtrend che pubblicano in forma ludica, ma abbastanza trasparente quanto al significato, indicazioni e sondaggi realizzati nel periodo in cui vige il divieto di pubblicazione.

Nel caso di Notapolitica, è stato allestito un insieme di similitudini, implicite, ma univoche, tra la competizione elettorale e le corse ippiche, con la corrispondenza tra ordine di arrivo pronosticato e vittoria elettorale, allibratori e sondaggisti, scuderie e coalizioni dai nomi rispettivamente

assonanti, margine di vantaggio e percentuale di consensi rilevati, e così via.

Nel caso di Youtrend, la suggestione è partita dall'imminente svolgimento del conclave per l'elezione del nuovo Papa, dopo la rinuncia di Benedetto XVI; scatenando la diffusione di presunte indiscrezioni provenienti da ambienti di un fantasmagorico "conclave". In questo caso, la corrispondenza è stabilita, innanzitutto, tra *leader* politici ed alti prelati dal nome di fantasia, ma inequivocabile (il bonario cardinale di Piacenza, l'indomito prelado di Monza, l'anticonformista arcivescovo di Bari, l'arcivescovo di Varese dallo zucchetto verde, lo spassoso camerlengo di Genova, il sobrio e rigoroso cardinale milanese già Nunzio apostolico a Bruxelles, il brizzolato e devotissimo arcivescovo di Bologna, ecc.), come anche tra numero dei voti in "conclave" e percentuale di consenso registrata dai sondaggi.

L'impiego di tali tecniche realizza una sostanziale elusione del divieto legislativo di diffusione dei sondaggi, attraverso la diffusione di dati, la cui precisione è paragonabile a quelli dei sondaggi e che magari corrispondono ai risultati di sondaggi effettivamente realizzati in via privata, ma il cui esito non può essere pubblicato. Soprattutto, si tratta di una tecnica di diffusione di dati di cui non è possibile rilevare la serietà scientifica proprio perché appositamente camuffati per la diffusione in rete, quelli che si potrebbero definire "parasondaggi". Tale forma di elusione del divieto legislativo, tuttavia, comporta alcuni problemi. Dal punto di vista della serietà scientifica, si tratta di tecniche la cui attendibilità è oltremodo aleatoria ed altamente non sottoponibile a verifica: d'altra parte, se così non fosse, tali tecniche incapperebbero in pieno nel divieto legislativo; è, cioè, nella natura della tecnica impiegata la sua non verificabilità. D'altra parte, proprio per questo motivo, il rischio di inquinamento a suon di sondaggi pilotati risulta ancora più forte, ove il cittadino – elettore ritenga di attribuire una qualche credibilità a questi risultati. E' indubbiamente non agevole colpire l'impiego di tali tecniche, che potrebbero addurre dalla loro anche la *ioci causa* se non

l'esercizio del diritto di satira, e non senza qualche fondamento.

Tuttavia, qui pare che il problema vada risolto sulla base dei principi generali, bilanciando la libertà di espressione e di satira con il diritto dell'elettore ad un'informazione equilibrata e genuina che ci sembra debba prevalere, ove rischi di essere compromesso, rispetto alla prima. Rimane la difficoltà di colpire in concreto tali tecniche di aggiramento del divieto attraverso controlli e sanzioni da parte dell'AGCOM: il principio di tassatività richiederebbe di ben delineare le fattispecie vietate. E, tuttavia, si pone più in generale un problema di intervenire normativamente, in assenza di un'etica della comunicazione condivisa, su quella rincorsa tra *diritto alla fantasia* e *fantasia del diritto* che l'uso delle rete in varia misura, ma certamente, incoraggia; tuttavia, anche questa direzione può essere utilmente esplorata, se ed in quanto guidata dal principio di ragionevolezza nell'esercizio sia dell'attività normativa, sia delle funzioni di controllo.

7. Potenzialità e limiti della restrizione alla diffusione dei sondaggi politici alla luce della necessità costituzionale di garantire il diritto ad un'informazione equilibrata, genuina e consapevole dell'elettore.

Il Regolamento AGCOM, riformato nel 2010 e sul cui rispetto vigila la Commissione per i Servizi ed i Prodotti dell'Autorità, ha effettivamente migliorato la disciplina di dettaglio della scientificità dei sondaggi e della comunicazione dei criteri e delle modalità della loro predisposizione. Rimane, tuttavia, ad avviso di chi scrive, qualche nodo, tra cui quello della tutela attiva ed effettiva del diritto ad un'informazione ed alla conoscenza corretta e veritiera del cittadino - elettore. Ad esempio, è formalmente sufficiente a ricavare le informazioni relative alla modalità di somministrazione del questionario l'indicazione del metodo di raccolta delle informazioni (CATI, CAWI, ecc.): ma quanti elettori, telespettatori, ma anche fruitori

della rete, sono effettivamente al corrente di queste, pur semplici, technicalità?

Accanto all'analisi delle potenzialità e limiti della restrizione della diffusione dei sondaggi politici ed elettorali e dei problemi di effettività, anche alla luce dell'attività dell'AGCOM, compreso il tema delle sanzioni quale deterrente delle violazioni, emerge la necessità di prevedere, almeno periodicamente, specifici obblighi informativi aggiuntivi che attestino l'avvenuta verifica della serietà scientifica dei sondaggi i cui risultati vengono diffusi, a garanzia del diritto costituzionale del cittadino – elettore ad un'informazione equilibrata, genuina e consapevole.

** Ricercatore di Diritto costituzionale – Università di Firenze