

# Le categorie del costituzionalismo e le fonti alla prova della propaganda politica online: utente-consumatore o utente-cittadino?

di Matteo Monti

**Abstract: The categories of constitutionalism and the sources of law under the test of online political propaganda: user-consumer or user-citizen?** – The paper aims to analyse what are the main problems, in terms of legal categories, arising from the new forms of political speech on platforms and how these (definitional, interpretative, and regulatory) problems have been addressed by legislators. The first part will analyse online political speech on the basis of three perspectives - subjective, content-based, modalities. The second part of the analysis will explore how the legislative sources have "reacted" to the challenge posed by technologies. The research question will be addressed by examining two different legal systems, the Italian (and EU) one and the US one.

**Keywords:** Free speech; Internet regulation; Digital platforms; social media.

## 1. Introduzione

La “piattaformizzazione della sfera pubblica”<sup>1</sup> di *habermasiana* memoria<sup>2</sup> ha profondamente messo in crisi le categorie giuridico-costituzionali pensate per il mondo analogico<sup>3</sup> e ha dimostrato, soprattutto, i limiti delle fonti del diritto, quelle legislative *in primis*. Se i legislatori sono rimasti “spiazzati” dalle nuove trasformazioni della Rete e da molti suoi fenomeni, occorre rilevare che anche il formante giurisprudenziale ha spesso trovato ostacoli, sia nell’applicare le categorie espresse dalle fonti legislative, sia nel farsi esso stesso fonte, persino nei sistemi di *common law*<sup>4</sup>. Esplicativa di quest’ultima tendenza è la recente *concurring opinion* del Justice Thomas nel caso *Joseph R. Biden et al. v. Knight First Amendment Institute at Columbia University, et al.* 593

---

<sup>1</sup> M. Sorice, *La «piattaformizzazione» della sfera pubblica*, in *Comunicazione politica*, 3, 2020.

<sup>2</sup> J. Habermas, *Storia e critica dell’opinione pubblica*, Bari, 1974.

<sup>3</sup> Lo denunciava con chiarezza Pitruzzella in relazione alla disinformazione a chiosa di un suo scritto: “Sono ancora attuali le nostre categorie concettuali?”. G. Pitruzzella, *La libertà di informazione nell’era di Internet*, in *MediaLaws*, 1, 2018, 46.

<sup>4</sup> Sulla migliore posizione delle corti nell’affrontare i fenomeni della Rete, ma anche talvolta sulle loro difficoltà nell’applicare le fonti tradizionali si rimanda a: O. Pollicino, *Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet*, Oxford, 2021.

U. S. \_\_\_\_ (2021), nella quale il giudice originalista evidenzia la difficoltà d'applicare le vecchie *doctrines* della Corte Suprema alle odierne piattaforme: «applying old doctrines to new digital platforms is rarely straightforward»<sup>5</sup>. In aggiunta a questa dinamica, nel mondo delle piattaforme si sono affiancate alle fonti statali nuove “fonti” private, ossia i termini di servizio delle piattaforme digitali stesse, che hanno creato regole proprie ed *extra* statali in riferimento alla sfera pubblica online. Anche quest'ultimo fenomeno appare il risultato di un vuoto legislativo e di una crisi delle fonti statali di natura legislativa i quali hanno permesso, nel «rapporto della potenza giuridica con altre potenze»<sup>6</sup>, il prevalere della tecnica sul diritto. Nell'ambito del *political speech*, inteso sia come propaganda elettorale che come discorso politico dei cittadini, la piattaformaizzazione della sfera pubblica ha comportato l'emergere di nuove problematiche: il potere censorio delle piattaforme; l'uso di *bots* e account anonimi sui social networks; la confusione tra informazione e propaganda politica; la crisi delle regole tradizionali delle campagne elettorali. L'insieme di tutti questi fenomeni rappresenta una sfida “epocale” al mondo del diritto e alle liberal democrazie occidentali: una sfida che ha colto i legislatori impreparati, lasciando spazio all'attivismo giudiziale, alle iniziative delle autorità indipendenti o all'autoregolazione dei privati.

Il presente contributo intende focalizzarsi sulla “sfida” alle fonti portata dalla piattaformaizzazione della sfera pubblica online, concentrandosi in particolar modo sul tema delle distorsioni delle categorie del costituzionalismo in materia di libertà d'espressione politica sui social networks<sup>7</sup>. L'obiettivo dello scritto è quello d'analizzare quali siano le principali problematiche, in termini di categorie giuridiche, correlate alle forme di *political speech* sulle piattaforme e come tali problematiche (definitorie, interpretative e regolative) siano state affrontate dai legislatori. La domanda di ricerca sarà svolta analizzando due diversi ordinamenti, quello italiano (e unionale) e quello statunitense. Con *political speech* s'intende descrivere il novero di espressioni politiche (individuali o partitiche)<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> Joseph R. Biden, Jr., *President of the United States, et al. v. Knight First Amendment Institute at Columbia University, et al.* 593 U. S. \_\_\_\_ (2021), p. 2.

<sup>6</sup> N. Irti, *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, 2007, 13.

<sup>7</sup> Nella vastissima dottrina in materia si possono segnalare due approcci, uno più ottimista (P. Costanzo, *Quale partecipazione politica attraverso le nuove tecnologie comunicative in Italia*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1, 2011 e T.E. Frosini, *Liberté Egalité Internet*, Napoli, 2015) e uno più “critico” (G. Ziccardi, *Tecnologie per il potere*, Milano, 2019 e M.R. Allegri, *Oltre la par condicio*, Milano, 2020). In questo senso la dottrina italiana si è inizialmente concentrata sull'accesso a Internet come tema centrale (*ex multis*: G. De Minico, “*Net neutrality*” come diritto fondamentale di chi verrà, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2016 e M.R. Allegri, G. d'Ippolito (Eds), *Accesso a Internet e neutralità della rete fra principi costituzionali e regole europee*, Roma, 2017), mentre oggi l'attenzione appare più focalizzata sul dato delle piattaforme (vd. *infra*).

<sup>8</sup> Si consideri che, nell'ordinamento italiano, le opinioni espresse sulla Rete, in base a una più che decennale giurisprudenza di legittimità, vengono assimilate a fattispecie propagandistiche al fine dell'integrazione di reati d'opinione come quelli previsti dalle Legge Reale-Mancino

riconducibili alla libertà d'espressione politica ex art. 21 Cost. (e art. 11 Carta di Nizza) o alle *doctrines* del Primo Emendamento. Nella seguente disamina non s'intende tuttavia approfondire ogni singolo aspetto delle nuove forme espressive sui social networks, ma fornire una panoramica rispetto a tre parametri – titolarità, contenuto, modalità – che possa mettere in luce la sfida portata dalle tecnologie alle categorie tradizionali della libertà d'espressione politica. Alla prima parte dell'analisi, incentrata sulle nuove forme di *political speech* online, seguirà una ricognizione della legislazione in materia, volta a verificare come le fonti legislative abbiano "reagito" alla sfida posta dalle tecnologie digitali ai tempi della piattaformaizzazione della sfera pubblica.

Dal punto di vista metodologico, la scelta d'esaminare in maniera congiunta l'ordinamento nazionale italiano con quello sovranazionale europeo è legata sia al tasso d'interdipendenza delle normative nazionali e *unionali* nella regolazione del digitale, sia al riparto competenziale multilivello, che affida una parte importante della regolamentazione del *political speech* agli Stati Membri dell'UE. In questo contesto risulta inoltre opportuno effettuare dei richiami alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, data l'interconnessione fra ordinamento unionale e convenzionale; in aggiunta talvolta si riporteranno, solo a titolo esemplificativo, le esperienze giuridiche di altri Stati Membri dell'Unione. Per quanto concerne la *case selection*, l'esame di questi due ordinamenti – Unione Europea-Italia e Stati Uniti – risponde a una precisa logica della comparazione, quella dei casi prototipi<sup>9</sup>: il sistema italo-europeo e quello statunitense incorporano in effetti due paradigmi diversi di libertà d'espressione, non riconducibili solo al binomio democrazia protetta o aperta e alla dicotomia concezione funzionalista o individualista del *free speech*. Un'importante e fondamentale divergenza fra i due modelli è, infatti, anche quella dei limiti all'attività regolatoria del discorso pubblico. Questi due ordinamenti sono, dunque, espressione di due paradigmi molto differenti di libertà d'espressione e d'informazione che consentono d'individuare spazi diversi d'intervento del legislatore. Da quest'angolo visuale, tale comparazione permetterà anzi d'evidenziare come la piattaformaizzazione della sfera pubblica ponga sfide cruciali in tema di regolazione anche a un sistema, quale quello statunitense, restio alla regolazione modale e contenutistica del *free speech*. Da ultimo occorre segnalare che, nella tradizione giuridica occidentale, Stati Uniti e Unione Europea si pongono come i due soggetti maggiormente attivi nel panorama della costruzione del

---

(Cass. Pen. sent. n. 37581/2008). Il carattere dirimente è quello della pubblicità delle espressioni come inserimento d'informazioni liberamente accessibili a tutti (un post di Facebook pubblico, un sito Internet etc.). Per interessanti considerazioni al riguardo si veda: Cass. Pen. sent. n. 24103/2017.

<sup>9</sup> R. Hirschl, *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2014, 256 e ss. Si tratta di una metodologia spesso scelta dagli studiosi del *free speech* e della Rete: Pollicino, cit.; ma anche M. Manetti, *Regolare Internet*, in *MediaLaws*, 2, 2020, 35 ss.

mercato digitale e della regolazione delle piattaforme. Essi si presentano, infatti, come i principali casi prototipi nel costituzionalismo occidentale per quanto concerne la regolazione del mondo digitale.

Dal punto di vista strutturale, il saggio si comporrà di una prima parte dedicata alla disamina della crisi delle categorie pensate per il mondo analogico in relazione a quello digitale e di una seconda parte rivolta all'analisi delle attuali fonti legislative disciplinanti il mondo digitale stesso. In primo luogo si cercherà, dunque, d'analizzare le nuove forme di *political speech* sulle piattaforme digitali, partendo da tre angoli visuali: uno soggettivo (*Libertà di chi?*), uno contenutistico (*Libertà di cosa?*) e uno modale (*Libertà come?*). In secondo luogo si darà conto di come la normativa unionale (e italiana) e quella statunitense abbiano impostato la regolazione delle piattaforme esclusivamente da un punto di vista economico tralasciandone il ruolo giocato nella sfera pubblica e finendo così per ignorare la crisi delle categorie tradizionali e delle regole del *political speech*. Infine, nelle conclusioni, si tenterà d'individuare dei *trend* comuni alle due esperienze prescelte relativamente al ruolo delle fonti legislative nel mondo digitale e si evidenzierà la necessità di un intervento del legislatore nella regolazione del *political speech* online.

## 2. Le categorie del costituzionalismo alla prova del *political speech* online

Come si è avuto modo d'anticipare, l'evoluzione della Rete in senso orizzontale, con la creazione di nuove infrastrutture private<sup>10</sup> che ospitano il discorso pubblico online e che ne influenzano le modalità espressive tramite le proprie regole e condizioni d'uso, ha trovato "impreparate" le fonti legislative. In questa prospettiva il presente paragrafo tenterà d'analizzare e di scomporre il fenomeno della libertà d'espressione politica online, cercando di comprenderne l'articolazione rispetto ai paradigmi italo-europeo e statunitense. I successivi sotto paragrafi cercheranno, infatti, d'esplorare le principali questioni inerenti il *political speech* nel mondo digitale: partendo da studi non giuridici, in una prospettiva *inevitabilmente* interdisciplinare, si studieranno questi nuovi fenomeni dal punto di vista del diritto costituzionale comparato. In questo senso, si cercherà di comprendere come le tradizionali categorie costituzionali siano poste sotto stress dalle nuove dimensioni del *political speech* online: anche se talvolta «cyber space does not fit neatly into existing constitutional categories»<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> J.M. Balkin, *Old-School/New-School Speech Regulation*, in 127 *Harv. L. Rev.* 2296 (2014).

<sup>11</sup> G.F. du Pont, *Criminalization of True Anonymity in Cyberspace*, in 7 *The Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev.* 191 (2001), 205.

## 2.1. Libertà di chi?

La prima macro questione che appare importante analizzare riguarda il dato della titolarità della libertà d'espressione politica online che si connette, inevitabilmente, agli "spazi di regolazione" di cui dispongono i legislatori. In quest'ambito almeno tre aspetti possono essere analizzati attraverso la lente del diritto comparato e delle categorie tradizionali: la titolarità di una libertà d'espressione in capo alle c.d. piattaforme digitali; la protezione delle intelligenze non umane, ossia dei c.d. *bots*, operanti sulle piattaforme; la protezione degli account falsi, o meglio i limiti del discorso anonimo. Questi tre profili appaiono correlati ad alcuni peculiari fenomeni distorsivi del dibattito pubblico, fra cui la disinformazione e la polarizzazione (*filter bubbles*, *echo chambers*), e pongono importanti problematiche d'inquadramento rispetto alle categorie che regolano il discorso pubblico offline: si potrebbe definire sfida infrastrutturale quella della libertà *delle* piattaforme; invece, si potrebbero denominare sfide *infra*-infrastrutturali, ossia caratterizzanti la piattafomizzazione della sfera pubblica in questo determinato momento storico, quella del discorso dei *bots* e quella delle comunicazioni degli account falsi/anonimi.

Per quanto concerne il primo profilo, ossia la questione della libertà *delle* piattaforme, esso appare decisivo per comprendere gli spazi di regolazione delle fonti ordinarie ma soprattutto pone un'importante sfida alle categorie costituzionali del *free speech*. L'attribuzione di un'autonoma libertà d'espressione in capo alle piattaforme digitali potrebbe, infatti, essere il principale fondamento legittimante la loro opera di *content-moderation* politica nonché uno dei maggiori ostacoli ad un'applicazione orizzontale dei diritti fondamentali online. La cruciale importanza delle piattaforme digitali nell'attuale sfera pubblica ha in effetti spinto molti a interrogarsi sulla legittimità della privatizzazione della censura e dei rischi democratici impliciti nel far gestire, in un regime oligopolista<sup>12</sup>, lo spazio del dibattito pubblico a poteri privati<sup>13</sup>. Le scelte contenutistiche dei social, sebbene oggi risultino più vicine al paradigma europeo, non coincidono però esattamente con le regole dell'art. 21 Cost. e dell'art. 11 Carta di Nizza e tanto meno con il Primo Emendamento, conducendo così alla censura di espressioni politiche protette in entrambi i sistemi. Tale tematica può essere affrontata sia attraverso il *cleavage commercial speech/political speech*, sia attraverso l'ottica della libertà d'espressione dei soggetti collettivi contrapposta alla sua

---

<sup>12</sup> Appare oggi un dato acquisito che non sussista quella concorrenza di piattaforme che determini un pluralismo di *policies* contenutistiche, come era stato immaginato da D.R. Johnson, *D. Post, Law and Borders*, in 48 *Stan. L. Rev.* 1367 (1996).

<sup>13</sup> Negli Stati Uniti *ex pluribus*: K. Klonick, *The New Governors*, in 131 *Harv. L. Rev.* 1599 (2018); T. Gillespie, *Custodians of the Internet*, New Haven, 2018. In Italia: M. Bassini, *Fundamental Rights and Private Enforcement in the Digital Age*, in *European Law Journal*, 25(2), 2019; M. Monti, *Privatizzazione della censura e Internet platforms*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 1, 2019.

versione di natura individualistica<sup>14</sup>. Partendo da quest'ultima dicotomia è possibile svolgere alcune considerazioni circa il diverso approccio dell'ordinamento statunitense rispetto a quello europeo e italiano in merito alla libertà d'espressione dei soggetti collettivi. Nell'ordinamento italiano<sup>15</sup> una libertà d'espressione autonoma e collettiva appare essere riconosciuta solo in capo ai media e alle formazioni sociali<sup>16</sup>. Al contrario nell'ordinamento statunitense una libertà d'espressione politica collettiva sembra più ampiamente individuabile, come chiaramente espresso dalla Corte Suprema statunitense nella sentenza *Citizens United*<sup>17</sup> e come poi ribadito attraverso un'attribuzione di "coscienza" alle *corporations* con la sentenza *Lobby Hobby*<sup>18</sup>. Il punto nodale di questo primo profilo appare dunque l'attribuzione, o meno, di un'autonoma libertà di espressione alle piattaforme digitali. Nell'ordinamento europeo, stante il silenzio della Corte costituzionale italiana e quello del legislatore nazionale e unionale, si può evidenziare una chiara presa di posizione della Corte di Giustizia<sup>19</sup> e del *Bundesverfassungsgericht*<sup>20</sup> che, rispetto alla libertà di Google di diffondere notizie, hanno negato (o ignorato) che un motore di ricerca possa essere titolare di una propria autonoma libertà d'espressione *ex art. 11 Carta di Nizza*. Una posizione antitetica sembra essere stata, invece, assunta nell'ordinamento statunitense: ad aprire questa strada è stato un *whitepaper* scritto da Volokh<sup>21</sup> cui è seguito il noto caso *Baidu*, con cui si è avuta la prima conferma giudiziale di quest'impostazione. In questo caso giudiziario la corte distrettuale statunitense aveva infatti espressamente parlato, in relazione alla scelta del motore di ricerca di "nascondere" alcuni siti di movimenti di protesta anti-cinese dalle *search engine results pages*, di «editorial judgments» protetti dal Primo Emendamento<sup>22</sup>. Questo riconoscimento di un'autonoma libertà d'espressione appare aver trovato una sua legittimità, nell'ordinamento statunitense, anche rispetto alle scelte di *content moderation* attuate dai social networks come conseguenza dell'interpretazione

---

<sup>14</sup> Per tutti: E. Stradella, *L'inserzione tra discorso commerciale e discorso politico*, in *dirittifondamentali.it*, 1, 2016.

<sup>15</sup> La sentenza della Corte costituzionale che sembrava aprire a un possibile riconoscimento di una libertà di espressione di tipo collettivo (Corte Cost. sent. n. 126/1985) non ha tuttavia aperto a un vero dibattito in materia di titolarità della libertà di espressione.

<sup>16</sup> A. Pace, *I limiti soggettivi*, in A. Pace, M. Manetti, *Commentario della Costituzione: Art. 21*, Bologna, 2006; E. Rossi, S. Panizza, *Libertà di manifestazione del pensiero e organizzazioni di tendenza*, in A. Pizzorusso, R. Romboli, A. Ruggeri, A. Saitta, G. Silvestri (Eds), *Libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2005.

<sup>17</sup> *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010).

<sup>18</sup> *Burwell v. Hobby Lobby*, 573 U.S. 682 (2014).

<sup>19</sup> CGUE, Causa C-131/12, 13 maggio 2014.

<sup>20</sup> Corte costituzionale tedesca, decisione del 06 novembre 2019, 1 BvR 276/17, par. 105.

<sup>21</sup> E. Volokh, D. Falk, *First Amendment Protection for Search Engine Search Results*, in *UCLA School of Law Research Paper no 12-22* (2012).

<sup>22</sup> *Zhang v. Baidu.Com Inc.*, 10 F.Supp.3d 433 (S.D.N.Y. 2014).

dominante della sezione 230 *Communications Decency Act* (CDA)<sup>23</sup>. Per alcuni la sezione 230 CDA avrebbe peraltro finito per garantire (alle piattaforme *in primis*) una protezione della libertà d'espressione più favorevole di quella del Primo Emendamento<sup>24</sup>. In questa prospettiva, risulta quindi possibile affermare che la dicotomia *political speech-commercial speech* sia stata risolta in favore della prima parte della diade negli Stati Uniti e della seconda in Europa. A conferma di questo assunto, infatti, la questione della natura non politica delle scelte contenutistiche dei social networks, oltre a essere certificata dalla Corte di giustizia, appare alla base dei ragionamenti delle due sentenze antitetiche del Tribunale di Roma sull'esclusione di Casa Pound e Forza Nuova dai social. In entrambe le decisioni non viene mai presa in considerazione un'autonoma libertà d'espressione del social, ma al più i suoi termini contrattuali<sup>25</sup>; si tratta tuttavia di orientamenti qualificatori che appaiono tutt'altro che pacifici o consolidati.

Rispetto a questo primo profilo del *political speech* online, ossia la libertà politica delle piattaforme di decidere cosa far esistere nella sfera pubblica digitale, si deve quindi registrare un problema di categorie giuridiche e un dilemma d'inquadramento delle attività censorie delle piattaforme, da ascrivere alla libertà dei soggetti collettivi o meno. Quella della privatizzazione della censura resta una questione aperta che non ha visto interventi legislativi né in Europa né negli Stati Uniti, salvo la recente emanazione di un *bill* dello stato della Florida – già peraltro impugnato davanti alle corti – volto a impedire la rimozione dai social degli account dei candidati a cariche politiche<sup>26</sup>.

Per quanto concerne il secondo profilo di questa disamina, occorre soffermarsi sul dilemma della protezione del pensiero non umano. Il campo d'analisi potrebbe essere molto ampio, infatti si potrebbe analizzare l'operato dell'AI sia in merito alla *content moderation* sia rispetto all'algoritmo nell'offerta di contenuti sui social networks e al suo impatto sul discorso pubblico<sup>27</sup>. In questa sede, stante la possibile riconduzione di questi fenomeni nel novero della libertà d'espressione dei soggetti collettivi, di cui sopra, s'intende dare conto di un fenomeno diverso, ossia quello dell'influenza dei *bots* sul dibattito pubblico. L'utilizzo di *bots* produce, in effetti, una serie di ripercussioni sul discorso pubblico sui social networks e, in particolare, su quelli che consentono azioni standardizzate come Twitter. Com'è stato

<sup>23</sup> E. Goldman, *The Ten Most Important Section 230 Rulings*, in 20 *Tul. J. Tech. & Intell. Prop.* 1, 2 (2017).

<sup>24</sup> E. Goldman, *Why Section 230 Is Better Than the First Amendment*, in 95 *Notre Dame L. Rev. Reflection* 34 (2019).

<sup>25</sup> C. Caruso, *I custodi di silicio*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo* (www.giurcost.org), 2020, 3. Al contrario parte della dottrina ha proposto una qualificazione dei social networks come formazioni sociali: M.R. Allegri, *Ubi social ibi ius*, Milano, 2018, 29 ss.

<sup>26</sup> Si tratta dello "Stop Social Media Censorship Act" (Senate Bill 7072) del maggio 2021. Anche altri stati negli USA stanno discutendo atti simili.

<sup>27</sup> Si permetta un richiamo a M. Monti, *Regolazione, Internet e tecnica*, in *federalismi.it*, 24, 2017.

confermato da un recente studio è difatti presente un'ampia partecipazione di *bots* al dibattito pubblico, soprattutto nella diffusione dei messaggi politici di determinati attori<sup>28</sup>: si tratta di un'evoluzione della comunicazione politica registrata a partire dalle presidenziali statunitensi del 2016<sup>29</sup>. L'ampio utilizzo di *bots* avviene anche nel campo della disinformazione<sup>30</sup> che spesso, nell'*information disorder* e nell'*infodemia* che caratterizzano le piattaforme, si fonde con la propaganda politica (vedi *infra par. 2.2*). Come in tutti quei settori che riguardano l'imputazione di una soggettività ad attori "robotici" o "algoritmici"<sup>31</sup>, l'attribuzione di libertà in capo ai *bots* appare "sfidare" la tenuta delle categorie tradizionali e rappresenta un altro punto nodale in chiave di regolazione del discorso pubblico online. In questa prospettiva, concentrandosi sulle singole sensibilità costituzionali e sull'approccio adottato nei due ordinamenti in esame, si può rilevare come la prospettiva italiana appaia abbastanza uniforme nel ritenere che i *bots* non siano titolari di libertà (nemmeno mediate)<sup>32</sup>, come pare emerso soprattutto dagli studi inerenti gli strumenti per contrastare la disinformazione, sebbene la dottrina non si sia concentrata specificamente sul grado di protezione di tali espressioni. A livello europeo, stante l'assenza di un dibattito articolato sul tema, si può rilevare come il *Code of practice on disinformation* dell'UE abbia incentivato policy per il contrasto ai *bots* che diffondano disinformazione sui social networks, sembrando non riconoscere implicitamente una forma di *free speech* nell'attività di questi soggetti non umani<sup>33</sup>. Il dibattito italo-europeo appare sicuramente più acerbo di quello statunitense, in cui la dottrina si è infatti ampiamente interrogata<sup>34</sup> sullo spazio di protezione del discorso delle intelligenze artificiali, degli algoritmi e dei *bots*, rispetto a quello del loro

---

<sup>28</sup> G. Caldarelli, R. De Nicola, F. Del Vigna et al., *The role of bot squads in the political propaganda on Twitter*, in *CommunPhys* 3, 81 (2020).

<sup>29</sup> B. Kollyani et al., *Bots and Automation over Twitter During U.S. Election*, available at [blogs.oii.ox.ac.uk](https://blogs.oii.ox.ac.uk) (Nov. 17, 2016).

<sup>30</sup> C. Shao, G.L. Ciampaglia, O. Varol et al. *The spread of low-credibility content by social bots*, in *Nat Commun* 9, 4787 (2018).

<sup>31</sup> Ma si veda anche per considerazioni d'interesse su uno degli ambiti più delicati della responsabilità - quello penale -: G. Hallevey, *Liability for Crimes Involving Artificial Intelligence Systems*, Londra, 2015; Cfr. F. Pasquale, *Toward a Fourth Law of Robotics*, in 78 *Ohio St. L.J.* 1239 (2017).

<sup>32</sup> In questo senso sembra porsi F. Pizzetti, *Fake news e allarme sociale*, in *MediaLaws*, 1, 2017, 58 che nel campo della disinformazione sembra richiederne la rimozione da parte delle piattaforme; vd. M. Cuniberti, *Potere e libertà nella rete*, in *MediaLaws*, 3, 2018, 22.

<sup>33</sup> Conformemente si veda in ambito convenzionale la lettura della sentenza *Cengiz and Others v. Turkey* di A. Sardo, *Categories, Balancing, and Fake News*, in *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 33, 2 (2020), 455. Cfr. S. Pedrazzi, F. Oehmer, *Communication Rights for Social Bots?*, in *Journal of Information Policy*, 10, 2020.

<sup>34</sup> T. Wu, *Machine speech*, in 161 *U. Pa. L. Rev.* 1495 (2013); S.M. Benjamin, *Algorithms and speech*, in 161 *U. Pa. L. Rev.* 1445 (2013). Più recentemente: T.M. Massaro, H. Norton, M. E. Kaminski, *Siri-ously 2.0*, in 101 *Minn. L.Rev.* 2481 (2017) e R. K. L. Collins, D. M. Skover, *Robotica*, Cambridge, 2018.



creatore, propendendo infine per una sua protezione<sup>35</sup>. In particolare, il pensiero giuridico statunitense si è anche soffermato sui diversi tipi di *speech* producibili dai *bots*<sup>36</sup> fra cui i c.d. *political bots*, oggetto d'interesse in questa sede. La qualificazione (o meno) di un *bot* come soggetto titolare di libertà altera ovviamente il regime regolatorio cui è sottoponibile il *political speech* da esso generato. La sfida al costituzionalismo lanciata dalla tecnologia è dunque presente e ingombrante anche in relazione a questo secondo aspetto c.d. soggettivo del *political speech* online, ponendo un importante dilemma in tema di categorie giuridiche. Dal punto di vista legislativo serve rilevare anche in quest'ambito una certa inattività dei legislatori. Se nell'ordinamento statunitense si è arrivati all'emanazione di una legge statale (della California<sup>37</sup>) sulla *disclosure* dell'identità non umana dei *bots*, occorre tuttavia registrare che nessuna iniziativa federale è stata intrapresa in quest'ambito. Nell'ordinamento euro-italiano, al contrario, solo gli strumenti di soft law dell'UE (*Code of practice on disinformation, in primis*) hanno assunto una posizione sulla regolamentazione dei *bots* nel *public discourse*, rimanendo invece silenti sia il legislatore unionale (in attesa del regolamento sull'AI) che quello nazionale.

Infine, l'ultimo profilo "soggettivo" del *political speech* online che si può analizzare è quello della libertà d'espressione degli account falsi, ossia di quei soggetti (umani) che usano un nome di fantasia per interagire con altri utenti sui social o che dichiarano, in fase di iscrizione al social networks, generalità false. Nell'attuale scenario tecnologico risulta ormai chiaro che, nella spirale di disinformazione, polarizzazione e inquinamento del *public discourse*, un ruolo fondamentale è giocato da quegli agenti anonimi che, per ragioni politiche o semplice attività ludica di *trolling*, orientano le interazioni degli utenti e/o diffondono contenuti polarizzanti e/o falsi. L'operato degli account falsi, spesso gestiti da attori *extra* statali, è stato infatti individuato da più parti come uno dei fenomeni maggiormente d'impatto nell'attuale dibattito pubblico online<sup>38</sup> e come una delle cause della sua polarizzazione<sup>39</sup>. Da molti studiosi è stato, inoltre, sottolineato come l'anonimato permetta di non assumersi le responsabilità sociali delle proprie esternazioni nella sfera pubblica<sup>40</sup>. Affrontare il tema di come inquadrare il discorso anonimo sui

---

<sup>35</sup> Almeno nelle *functional communications* nella prospettiva di Wu, *Machine*, cit.

<sup>36</sup> M. Lamo, R. Calo, *Regulating Bot Speech*, in 66 *UCLA L. Rev.* 988 (2019), 997.

<sup>37</sup> *California's 2019 Bolstering Online Transparency Act* (the "CA Bot Act").

<sup>38</sup> Bradshaw, S., Howard, P. N. (2018), *Challenging Truth and Trust*, in *COMRPOP Working Paper series 2018* (1).

<sup>39</sup> Quest'aspetto appare ulteriormente acclarato durante la pandemia: D. Walter, Y. Ophir, K. Hall Jamieson, *Russian Twitter Accounts and the Partisan Polarization of Vaccine Discourse, 2015–2017*, in *American Journal of Public Health* 110, no. 5 (May 1, 2020). Già precedentemente questo fenomeno non era residuale: D.A. Broniatowski et al., *Weaponized Health Communication*, in *American Journal of Public Health* 108, no. 10 (October 1, 2018).

<sup>40</sup> Oltretutto l'anonimato è stato spesso lo strumento per svolgere discorsi di odio e bypassare le regole sociali anche negli USA: D.K. Citron, *Hate Crimes in Cyberspace*, Cambridge, 2014, 57

social è dunque imprescindibile. In questa prospettiva si può partire dal rilevare il cambiamento che la questione dell'anonimato ha avuto nel discorso pubblico: da fenomeno che si potrebbe definire residuale esso è passato a essere un elemento centrale nel mondo digitale<sup>41</sup>. Dal punto di vista del diritto costituzionale, il dibattito intorno all'anonimato è forse uno dei più antichi dell'Internet<sup>42</sup> e ha visto, perlomeno inizialmente, la dottrina fare dell'anonimato un diritto connesso inscindibilmente al mondo digitale<sup>43</sup>, tanto da venire inserito nella *Dichiarazione dei diritti di internet* (italiana) del luglio 2015. Rispetto a questo tema occorre nuovamente distinguere il sistema statunitense da quello euro-italiano. Nella giurisprudenza costituzionale statunitense<sup>44</sup> sembra esistere, infatti, un vero e proprio diritto all'anonimato, soprattutto in materia politica, come sancito dalla sentenza *McIntyre v. Ohio Elections Commission*<sup>45</sup>, temperato solo in determinate fattispecie come, per esempio, il finanziamento delle campagne elettorali<sup>46</sup>. Negli Stati Uniti, il contrasto all'anonimato si è dunque posto soprattutto in termini di possibilità di *disclosure*<sup>47</sup> e rispetto al valore informativo dell'identità dello speaker<sup>48</sup>. Quest'ultimo aspetto potrebbe peraltro essere rilevante in relazione ai messaggi politici su internet: distinguere un cittadino statunitense da un cittadino russo che si spacci per cittadino americano può apparire determinante ai fini della tutela del discorso pubblico<sup>49</sup>. Al contrario di quanto sta avvenendo per i *bots* (vedi *ante*), tuttavia, non sembrano esservi né iniziative legislative né un dibattito aperto su questo problema di categorie. Nell'ordinamento euro-italiano, si può osservare, invece, come questo diritto a un *free speech* anonimo non appaia formalizzato sotto l'ombrello della Costituzione italiana<sup>50</sup>, né risulti elevato

---

e ss.

<sup>41</sup> du Pont, *Criminalization*, cit., 215.

<sup>42</sup> Su quanto sia anonimo effettivamente l'agire su Internet e sulle diverse forme di anonimato: G. Horsman (2016), *The challenges surrounding the regulation of anonymous communication provision in the United Kingdom*, in *Computers&Security*, 56: 153.

<sup>43</sup> S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 392. G. Resta, *L'anonimato in Internet*, in T.E. Frosini, O. Pollicino, E. Apa, M. Bassini (Eds), *Diritti e libertà in Internet*, Milano – Firenze, 2017, 66; M. Cuniberti, *Democrazie, dissenso politico e tutela dell'anonimato*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2, 2014.

<sup>44</sup> L. Barnett Lidsky, T.F. Cotter, *Authorship, Audiences, and Anonymous Speech*, in 82 *Notre Dame L. Rev.* 1537 (2007).

<sup>45</sup> *McIntyre v. Ohio Elections Commission*, 514 U.S. 334 (1995). Cfr. E. Barendt, *Anonymous Speech*, Oxford–Portland, 2016, 57 e ss. Sulla natura del discorso pseudo anonimo o anonimo: du Pont, *Criminalization*, cit., 205.

<sup>46</sup> *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976).

<sup>47</sup> J.M. Shepard, G. Belmas, *Anonymity, Disclosure and First Amendment Balancing in the Internet Era*, in 15 *Yale J.L. & Tech.* 92 (2012), 130 e ss.

<sup>48</sup> Barnett Lidsky, Cotter, cit., 1545 e ss.

<sup>49</sup> J. Thai, *The Right to Receive Foreign Speech*, in 71 *Okla. L. Rev.* 269 (2018).

<sup>50</sup> G.E. Vigevani, *Anonimato, responsabilità e trasparenza nel quadro costituzionale italiano*, in *Osservatorio Costituzionale*, 1, 2014, 7 e ss.; Sui vari profili di rilevanza del tema si rimanda a G. Finocchiaro (Ed), *Diritto all'anonimato*, Padova, 2008.

a un diritto assoluto nell'ordinamento eurounitario<sup>51</sup>, sembrando semmai protetto solo in determinati contesti e nelle forme dello pseudo anonimato (che possa subire una *disclosure*). Rispetto all'anonimato come fondamento ontologico dell'Internet si sono poi recentemente sollevati nuovi dubbi in dottrina, espressi soprattutto in relazione al c.d. ddl Pagano<sup>52</sup>, una proposta di legge volta al contrasto dell'*hate speech* e di vari altri illeciti, oltre che all'uso di account falsi (e non di profili pseudo anonimi). Per alcuni autori, inoltre, sarebbero addirittura sviluppabili alcuni obblighi di trasparenza per evitare d'inquinare il discorso pubblico con comunicazioni anonime più attinenti al *commercial speech* che al *political speech*<sup>53</sup>. Anche in quest'ambito, tuttavia, il legislatore unionale e quello nazionale non appaiono aver affrontato il problema di categorie insite nel *political speech* anonimo sui social. Nell'odierno scenario tecnologico, occorre, infine, rilevare come le policy dei social networks volte alla cancellazione degli account falsi (la c.d. *authenticity regulation*) siano state un evento in parziale contraddizione con i valori costituzionali statunitensi<sup>54</sup>; risulterebbero infatti sicuramente in contrasto con la Costituzione statunitense se poste in essere da un governo statale o da quello federale<sup>55</sup>. Al contrario invece tali policy appaiono coerenti con le tendenze che si stanno sviluppando in Europa, essendo addirittura sostenute dall'azione del *Code of practice on disinformation*<sup>56</sup>.

In definitiva, rispetto alla sfida alle categorie giuridiche tradizionali (e alle norme correlate) posta dalle nuove dimensioni soggettive del *political speech* online, occorre rilevare una latitanza del legislatore e un impellente problema di qualificazione di tali fenomeni ancor prima che di regolazione.

## 2.2. Libertà di cosa?

Una volta delineati i principali problemi legati all'emergere di nuove potenziali soggettività nella sfera pubblica piattaforma (libertà dei social, *bots* e account anonimi) è possibile, con l'avvertenza che i fenomeni sono correlati, guardare ad altri profili del *political speech online* capaci di mettere in crisi le categorie giuridiche "tradizionali". Dall'angolo visuale contenutistico, due profili appaiono rilevanti: la difficoltà d'individuare le varie *species* di libertà d'espressione online e la dimensione transfrontaliera del *political speech* sulle piattaforme. In particolare, dal primo punto di vista, la caduta delle barriere fra produttori e consumatori di cultura<sup>57</sup>, *in primis*

<sup>51</sup> Cedu, *Delfi AS v Estonia*, 16 giugno 2015, § 147-148.

<sup>52</sup> M. Bassini, *Contro la retorica dell'anonimato sul web*, in *MediaLaws.eu*, 3 dicembre 2018.

<sup>53</sup> Cuniberti, *Potere*, cit., 22.

<sup>54</sup> S.C. Haan, *Bad Actors: Authenticity, Inauthenticity, Speech, and Capitalism*, in 22 *U. Pa. J. Const. L.* 619 (2020).

<sup>55</sup> *ACLU v Zell Miller*, 977 F Supp 1228 (ND Ga, 1997). Così J.M Balkin, *Free Speech in the Algorithmic Society*, in 51 *Uc Davis L. Rev.* 1149 (2018), 1195.

<sup>56</sup> O. Pollicino, E. Bietti, *Truth and deception across the Atlantic*, in *Italian Journal of Public Law*, 1, 2019, 84.

<sup>57</sup> P.L. SACCO, *Culture 3.0: A new perspective for the EU 2014-2020 structural funds programming*,

d'informazione, ha scosso la tradizionale distinzione del sistema europeo fra *political speech* e libertà d'informazione. Dal secondo punto di vista, invece, la sempre maggiore interazione online dei cittadini di vari paesi conduce a un *revival* delle problematiche legate alla questione della giurisdizione online, acquisendo, perlomeno in una parte del mondo occidentale, la dimensione di un problema d'interconnessione fra *political speeches*.

In merito al primo profilo, dagli studiosi dell'evoluzione dell'ecosistema digitale e della piattafomizzazione della Rete è giunta una definizione che descrive la commistione di fenomeni espressivi online: quella di *information disorder*<sup>58</sup>. In questo concetto è insito il problema della qualificazione di molte espressioni che prendono forma sulla Rete: in tal senso, occorre domandarsi come siano individuabili le comunicazioni ascrivibili a quella *species* della libertà d'espressione che sia nell'ordinamento italiano<sup>59</sup> che in quello europeo<sup>60</sup> è definibile come libertà d'informazione. Rispetto a questo profilo è evidente che un problema di categorie si pone soprattutto in relazione al sistema euro-italiano: «[u]nlike in the US practice, European constitutions and the individual legal systems actively try to separate the freedom of speech from the freedom of the press»<sup>61</sup>. Nel mondo analogico, basandosi sul controllo da parte dei giornalisti dei mezzi d'informazione, risultava agevole applicare il particolare regime legale della libertà d'informazione alle espressioni qualificabili come diritto di cronaca e altrettanto semplice era distinguere il diritto di cronaca da quello di critica, ascrivibile alla categoria del *political speech*, e soprattutto dalla propaganda politica. L'avvento del c.d. *citizens journalism*<sup>62</sup> e soprattutto la fine del monopolio del giornalismo sui canali medial, come risultato della rivoluzione digitale<sup>63</sup>, hanno generato un enorme problema d'inquadramento delle espressioni online che conduce a interrogarsi sulla valenza online della categoria della libertà d'informazione. Il risultato di questa crisi di categorie

---

in *EENC Paper*, 2011.

<sup>58</sup> C. Wardle, *Understanding Information Disorder*, First Draft, 2019, spec. 6-7. Si veda anche J. Bayer (Ed), *Disinformation and propaganda*, (Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs Directorate General for Internal Policies of the Union PE 608.864), 2019.

<sup>59</sup> *Ex multis* sentenza Corte cost. n. 348/1990.

<sup>60</sup> La distinzione fra giudizi di valore e di fatto è per esempio ben esplicitata nella sentenza della Cedu *GRA Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus v Switzerland*, 9 Gennaio 2018, § 68. Se nella descrizione di fatti concreti le esagerazioni sono possibili (Cedu, *Prager e Oberschlick c. Austria*, 26 Aprile 1995, § 38), si deve considerare che il ruolo della stampa è rilevato anche quando sulle fonti giornalistiche (errate) si basa il *political speech*: Cedu, *Salov v. Ukraine*, 6 Dicembre 2005, § 113.

<sup>61</sup> A. Koltay, *New Media and Freedom of Expression*, Oxford, 2019, 45.

<sup>62</sup> I. Cram, *Citizens Journalists*, Cheltenham, 2015.

<sup>63</sup> «I mezzi di comunicazione, la “libera stampa” di cui parlava Croce, che giocava un ruolo di educazione, di filtro, di guida ha perduto il “ruolo di cerniera tra élite e massa” (...), a favore del web, che permette di arrivare alle notizie senza filtro». S. Cassese, *La manifattura del consenso*, in *Il Foglio*, 6 Agosto 2019.

comporta una difficoltà nella regolazione delle espressioni sui social: «[c]on riferimento ai servizi del web 2.0, la tesi per cui l'attività di esprimere il proprio pensiero e l'attività di informare possano essere concettualmente distinte può apparire ancora meno convincente»<sup>64</sup>. Come evidenziava Frosini, infatti, «Internet ha consentito il recupero della nozione di manifestazione del pensiero come libertà individuale, cioè senza “filtri”, ovvero senza mediazioni di sorta, un open network»<sup>65</sup>. Dalla dottrina europea<sup>66</sup> sono giunte alcune suggestioni per ricostruire una differenza fra la libertà d'informazione e il *political speech* online, basate sull'identità dello speaker e volte a relegare tutte le espressioni non provenienti da fonti giornalistiche nella categoria del *political speech*. Tuttavia questo sforzo ermeneutico di recuperare le categorie tradizionali non è stato accompagnato da alcuna legislazione, né nazionale né europea, volta ad affrontare questo nodo sistemico e a regolare le espressioni disintermediate sulle piattaforme<sup>67</sup>. In contrasto con questa crisi di categorie vissuta dal sistema italo-europeo, si può invece sottolineare come nel paradigma statunitense non siano rilevabili discrasie nella *fusione* del *political speech* e della libertà di stampa. Il sistema statunitense non distingue, infatti, la libertà d'espressione dalla libertà d'informazione, mancando nel Primo Emendamento una ricostruzione di una *Press Clause* che possa essere connotata da elementi diversi dalla *Speech Clause*<sup>68</sup>. L'assenza di questa distinzione negli Stati Uniti non fa sorgere i problemi di categorie che si hanno in Europa. Anzi, nella prospettiva della disintermediazione, il paradigma costituzionale del Primo Emendamento può trovare una sua sublimazione nella *Town Hall*<sup>69</sup> digitale<sup>70</sup>, salvo non consentire ai portieri della *Town Hall* – le piattaforme – di decidere discrezionalmente l'ingresso solo di qualcuno e/o di riservare posti speciali

<sup>64</sup> M. Orofino, *Art. 21 Cost: le ragioni per un intervento di manutenzione ordinaria*, in *MediaLexus*, 2, 2019, 84.

<sup>65</sup> T.E. Frosini, *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, in *Rivista AIC*, 1, 2011, 7.

<sup>66</sup> I. Katsirea, “Fake news”: *reconsidering the value of untruthful expression in the face of regulatory uncertainty*, in *Journal of Media Law*, 2, 2018, spec. 173.

<sup>67</sup> La tendenza in Europa sembra quella di trasformare – attraverso il *Code of practice on disinformation* – le piattaforme stesse in soggetti quasi-giornalistici o perlomeno che si avvalgano di giornalisti, seconda uno schema d'ibridazione del ruolo originariamente privo di responsabilità (editoriali) delle piattaforme con responsabilità tipicamente giornalistiche. Questa tendenza tuttavia contiene notevoli problematiche in termini di privatizzazione della censura.

<sup>68</sup> S.R. West, *Press Exceptionalism*, in 127 *Harv. L. Rev.* 2434 (2014), 2439.

<sup>69</sup> A. Meiklejohn, *Free Speech and Its Relation to Self-government*, Clark, 2004.

<sup>70</sup> La “Deinstitutionalization of the Press” (v. L. Levi, *Real “Fake News” and Fake “Fake News”*, in 16 *First Amend. L. Rev.* 232 (2018)) e la crescita di disinformazione ha, tuttavia, condotto a riflessioni sulla crisi del giornalismo oggettivo e sul ritorno al giornalismo-politico, ossia al giornalismo come branca dell'attivismo (M.C. Dorf, S. Tarrow, *Stings and Scams: “Fake News”, the First Amendment, and the New Activist Journalism*, in 20 *U. Pa. J. Const. L.* 1 (2017)), e ha generato considerazioni sulla tenuta del Primo Emendamento online (*ex multis* C.R. Sunstein, *On Rumors*, Princeton, 2014, 108; P.M. Napoli, *What If More Speech Is No Longer the Solution?*, in 70 *Fed. Comm. L.J.* 55, (2018))

per qualcun'altro in maniera pre-ordinata. Difatti, invece che dall'impossibilità di distinguere diritto di cronaca e *political speech*, il paradigma libertario del Primo Emendamento e le categorie giuridiche statunitensi risultano fortemente menomati dalla c.d. censura privata (vedi *infra par. 2.1.*). In questo senso, la sfera pubblica statunitense non aveva mai dovuto fare i conti – salvo nel caso delle *company towns* e in pochi altri ambiti – con un controllo così diffuso del discorso pubblico da parte di attori privati. Anche il legislatore statunitense tuttavia non ha assunto una posizione volta a risolvere il problema delle categorie giuridiche tradizionali<sup>71</sup>.

Il secondo profilo da indagare in relazione all'aspetto contenutistico della libertà d'espressione politica online riguarda l'interconnessione fra *political speeches*: l'esempio più concreto dei problemi che si possono generare da questa interconnessione è sicuramente legato alla differente sensibilità costituzionale in materia di *hate speech*. Si tratta certamente di uno dei temi più antichi di Internet, essendo alla base anche delle prime controversie fra giurisdizioni (si pensi alla saga *Yahoo v. Licra*). Rispetto al passato, tuttavia, la piattaformaizzazione della sfera pubblica, insieme a un sempre maggiore poliglottismo e una progressiva migliore resa degli strumenti di traduzione automatica, sembra condurre a nuove sfide per le categorie giuridiche pensate per il mondo analogico. Da alcuni rapporti è stata, in particolare, osservata una mobilitazione dell'estremismo bianco sui social networks che si connota per operazioni "transfrontaliere" di supporto a gruppi ideologicamente vicini, soprattutto fra Stati Uniti ed Europa: «[t]hese included the organised use of trolling armies, fake accounts and social media bots to spread memes, disinformation, and engage in a range of psychological operations»<sup>72</sup>. Come rilevato, dunque, anche attraverso *bots* e account falsi multipli (vedi *ante par. 2.1.*), si sono sviluppate strategie di collaborazione trans-nazionale fra organizzazioni estremiste, che hanno avuto un primo campo di sperimentazione nelle elezioni tedesche del 2017<sup>73</sup>. Il dibattito trans-frontaliero è peraltro in qualche modo incrementato anche dall'aumento delle discussioni inerenti dispute o questioni internazionali sui social networks<sup>74</sup>: si tratta di uno spazio in cui si crea quindi sempre più un luogo di confronto transnazionale. Se infatti, anche per ragioni linguistiche – la natura di lingua franca dell'inglese –, in passato tale disputa appariva

---

<sup>71</sup> Per approfondimenti sul tema: M. Bassini, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi "spazi pubblici" e "poteri privati"* (in corso di pubblicazione).

<sup>72</sup> J. Davey, J. Ebner, *The Fringe Insurgency Connectivity, Convergence and Mainstreaming of the Extreme Right*, ISD, 2017, 19. Il fenomeno dunque si è evoluto rispetto al passato, assumendo nuovi caratteri: cfr. F. Marcelli, *Internet fra canale di partecipazione politica e strumenti di controllo*, in F. Marcelli, P. Marsocci, M. Pietrangelo (Eds), *La rete internet come spazio di partecipazione politica*, Napoli, 2015.

<sup>73</sup> Davey, Ebner, cit., 22.

<sup>74</sup> G.A. Barnett, W.W. Xu, J. Chu et al, *Measuring international relations in social media conversations*, in *Government Information Quarterly*, 34, 1, 2017.

prerogativa del mondo statunitense (e anglosassone in generale)<sup>75</sup>, oggi la questione sembra poter riguardare anche l'Europa continentale e i Paesi con una lingua la cui conoscenza è meno diffusa: questo fenomeno “mette in crisi” le categorie tradizionali, pensate per regolare il *political speech* su base nazionale. In questo contesto non s'intendono evidenziare le problematiche delle cosiddette influenze estere sul *public discourse*, ma risulta d'interesse determinare come l'intervento trans-nazionale, sia di gruppi organizzati che di singoli attivisti, possa sfociare in espressioni verbali (digitali) non protette in un determinato ordinamento. La questione riguarda principalmente l'ordinamento italo-europeo, contrassegnato da una protezione dell'*hate speech* più limitata rispetto al paradigma statunitense<sup>76</sup>. In queste dinamiche un commento alla pagina Facebook o al tweet di un giornale italiano da parte di cittadini americani potrebbe infatti integrare un *hate speech* nell'ordinamento euro-italiano, esulando dal *political speech* garantito in Europa<sup>77</sup>. In tal senso, rispetto a determinati contenuti, per esempio di natura diffamatoria (pur coerenti coi “termini di servizio” di Facebook), la soluzione pretoria “elaborata” dalla Corte di Giustizia<sup>78</sup>, nel determinare i limiti territoriali della direttiva *e-commerce*, pare essere quella di una rimozione su scala europea del contenuto illegale: il foro di competenza e il relativo diritto applicabile diverrebbero così quello della parte lesa da esternazioni diffamatorie o *hate speech*<sup>79</sup>. In questa direzione sembra andare anche il *Code of conduct on countering illegal hate speech online*. Le categorie giuridiche tradizionali non appaiono, tuttavia, del tutto idonee a racchiudere i fenomeni transfrontalieri e, nuovamente, occorre rilevare come il legislatore nazionale e quello unionale non abbiano contribuito a sciogliere i problemi interpretativi-regolatori del *political speech* online o a sviluppare soluzioni organiche e sistemiche. Al contrario, per quanto riguarda l'ordinamento statunitense, il problema, già ampiamente rilevato, è che l'adesione dei social (Facebook *in primis*) a un modello di libertà d'espressione più vicino a quello europeo – secondo una chiara logica di minimum standard in base alla quale si permette quello che è consentito nell'ordinamento con le regole più restrittive – ha finito paradossalmente per restringere il *free marketplace of ideas* statunitense online (vedi anche *par 2.1*): dove non sono arrivate le corti sono arrivate infatti le pressioni dei codici di soft law<sup>80</sup>. In tal senso il problema dell'ordinamento statunitense appare riconnettersi, di nuovo, alla

---

<sup>75</sup> Si veda T. Zick, *The Cosmopolitan First Amendment*, New York, 2014.

<sup>76</sup> E. Stradella, *La libertà di espressione politico-simbolica e i suoi limiti*, Torino, 2008; C. Caruso, *L'hate speech a Strasburgo*, in *Quad. Cost.*, 4, 2017.

<sup>77</sup> Per quanto riguarda l'azione dei social si veda: F. Abbondante, *Il ruolo dei social network nella lotta all'hate speech*, in *Informatica e diritto*, 1-2, 2017.

<sup>78</sup> CGUE, Causa C-18/18, 3 ottobre 2019.

<sup>79</sup> Cfr. A. Mills, *The law applicable to cross-border defamation on social media*, in *Journal of Media Law*, 7:1, 2015.

<sup>80</sup> D. K. Citron, *Extremist Speech, Compelled Conformity, and Censorship Creep*, in 93 *Notre Dame L. Rev.* 1035 (2018).

questione della privatizzazione della censura, invece che alla *vexata quaestio* dello scontro fra sovranità digitali in tema di *political speech* transfrontaliero.

In conclusione, anche rispetto alla dimensione “contenutistica” del *political speech* si può rilevare come le categorie giuridiche tradizionali in entrambi i sistemi appaiano sottoposte a uno stress test da parte delle evoluzioni tecnologiche del dibattito pubblico: ancora una volta occorre tuttavia registrare il silenzio dei legislatori sia in Europa che negli Stati Uniti rispetto alla “crisi” delle categorie giuridiche connesse al *political speech*.

### 2.3. Libertà come?

Per concludere la disamina in ambito di *political speech* delle evoluzioni legate alla piattaformaizzazione della sfera pubblica, si possono prendere in considerazione due ultimi profili *modali*: quello delle peculiari regole che assistono le campagne elettorali e quello della profilazione dei cittadini. Dal primo punto di vista, come da più parti evidenziato, la mancata estensione delle regole delle campagne elettorali ai social networks ha creato una “terra di nessuno”, esente dall’applicazione delle normative nazionali anche ove fosse possibile pensare a estensioni della legislazione “analogica” e ve ne fosse un tentativo da parte delle autorità indipendenti. In tal senso, è tuttavia opportuno sottolineare che molte delle categorie (e regole) sviluppate per i mass-media radiotelevisivi del passato difficilmente possono trovare applicazione ai social networks. Dal secondo punto di vista, invece, la commistione fra dati e *speech* caratterizzante la propaganda elettorale basata sulla profilazione degli utenti-cittadini ha sfidato pesantemente le categorie tradizionali, sviluppate nell’ottica di una segmentazione della regolazione della privacy (e della *data protection*) e del *political speech*. Nuovamente si può, dunque, osservare come le categorie giuridiche tradizionali possano dirsi soggette a un forte stress e come i loro principi cardine appaiano alterati nel mondo delle piattaforme digitali.

In relazione al primo profilo, occorre sottolineare come, sia nell’ordinamento italiano<sup>81</sup> che in quello statunitense, sono in vigore per i media della radiotelevisione norme specifiche per garantire determinate “regole d’ingaggio” nelle campagne elettorali. Per quanto riguarda il sistema italiano ci si può riferire, in particolare, alla *par condicio* e al silenzio elettorale, garanti rispettivamente della copertura mediatica dei differenti *political speeches*, *rectius* dei diversi discorsi partitici, e del mantenimento dell’assenza di propaganda partitica nelle ore immediatamente precedenti al voto. Entrambe queste regole appaiono essere state violate e distorte sulle piattaforme<sup>82</sup>, come in egual modo le categorie giuridiche ad esse correlate sono state messe in crisi dalla piattaformaizzazione della sfera pubblica.

---

<sup>81</sup> In questo ambito competenziale la legislazione nazionale appare la principale.

<sup>82</sup> O. Grandinetti, *La par condicio al tempo dei social, tra problemi “vecchi” e “nuovi” ma, per ora, tutti attuali*, in *MediaLaws*, 3, 2019. Si permetta un rimando a M. Monti, *Le internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2019.



Nonostante la crisi delle categorie giuridiche tradizionali online, l'Agcom, con tavoli tecnici non sempre incisivi, ha tentato d'imporre una serie di regole tendenti al rispetto della *par condicio* sui social networks<sup>83</sup>, come ha anche rivolto la sua attenzione alla costante violazione del silenzio elettorale sugli stessi, senza tuttavia addivenire a una soluzione risolutiva a causa delle lacune legislative<sup>84</sup> e delle problematiche d'inquadramento delle piattaforme. Malgrado ciò, nessuna soluzione legislativa è stata proposta e implementata. In questo contesto, occorre quindi nuovamente registrare un'inattività del legislatore rispetto alla crisi delle categorie giuridiche tradizionali nel mondo delle piattaforme. Per quanto concerne l'ordinamento statunitense, a seguito dell'abbandono della *FCC fairness doctrine*, la principale norma in vigore a livello elettorale è la *federal equal time rule*. La c.d. *FCC fairness doctrine* prevedeva la necessità di garantire una forma di pluralismo interno in seno a un regime semi-monopolistico dei media radiotelevisivi<sup>85</sup> (e non trovava dunque applicazione per i giornali<sup>86</sup>). La *federal equal time rule* impone invece ai media radiotelevisivi l'obbligo di fornire un eguale trattamento contrattuale e una medesima visibilità ai diversi candidati politici, qualora ne facciano richiesta. In questo senso la dottrina pre-piattaformizzazione della sfera pubblica aveva registrato l'inutilità di ripensare una tale regola in relazione al mondo online in ragione dell'ampio pluralismo presente sulla Rete<sup>87</sup>; nello scenario mediatico post-piattaformizzazione il dibattito appare al contrario ancora relegato al mondo giornalistico<sup>88</sup>. La difficile applicazione delle categorie tradizionali e dell'*equal time* ai social networks ha fondamentalmente congelato la questione relativa alla necessità di una tutela dell'uguale visibilità dei candidati e della loro non discriminazione sulle piattaforme<sup>89</sup>, rilanciando però molte suggestioni in relazione a una

---

<sup>83</sup> Agcom, *Impegni assunti dalle società esercenti le piattaforme on line per garantire la parità di accesso dei soggetti politici alle piattaforme digitali durante la campagna elettorale per le elezioni dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia* – 2019. La prima applicazione della disciplina dei discorsi partitici in campagna elettorale al mondo online era stata approvata dall'Agcom con le *Linee guida per la parità di accesso alle piattaforme online durante la campagna elettorale per le elezioni politiche 2018*, 2018. Cfr. M. Bellezza, F. Frigerio, *Italy: First Attempt to (Self)Regulate the Online Political Propaganda*, in *MediaLaws.eu*, 2018 e Allegri, *Oltre*, cit., 111 e ss.

<sup>84</sup> A. Nicita, *Il rispetto del silenzio elettorale nel rumore del web*, in *quasi-blog di Antonio Nicita*, 24 feb. 2019.

<sup>85</sup> *Red Lion Broadcasting Co. v. Federal Communications Commission*, 395 U.S. 367 (1969). In molte analisi della dottrina anche recenti manca tuttavia il collegamento fra *scarcity principle* e piattaforma: I. Klein, *Enemy of the People*, in 42 *Hastings Comm. & Ent. L.J.* 45 (2020).

<sup>86</sup> R.L. Barrow, *The Fairness Doctrine*, in 26 *Hastings L.J.* 659 (1975).

<sup>87</sup> G.P. Magarian, *Substantive Media Regulation in Three Dimensions*, in 76 *Geo. Wash. L. Rev.* (2008).

<sup>88</sup> Fuori dalle scienze sociali non sono mancati studi volti a tentare di trovare soluzioni agli sbilanciamenti sui social: S. Tu, C. Aslay, A. Gionis, *Co-exposure Maximization in Online Social Networks*, in *34th Conference on Neural Information Processing Systems*, Vancouver, 2020.

<sup>89</sup> Un interessante rapporto-studio che tocca anche queste questioni è: J. Samples, P. Matzko, *Social Media Regulation in the Public Interest*, Knight First Amendment Institute, 2020.

riproposizione della *Fairness Doctrine*<sup>90</sup>. Come avvenuto nell'ordinamento euro-italiano, anche il legislatore statunitense, salvo i richiami di Donald Trump all'*Equal-time rule* online, non è intervenuto per "aggiornare" le categorie giuridiche del mondo offline e renderle applicabili ai social. La sfida alle categorie giuridiche statunitensi non è tuttavia limitata a questi aspetti distorsivi delle categorie e regole vigenti offline in tema di campagne elettorali, ma è anche connotata dalla creazione di categorie alternative a quest'ultime: sebbene, infatti, manchi nel sistema statunitense un istituto assimilabile al silenzio elettorale, si può registrare come Facebook abbia provveduto, da quanto si può apprendere da fonti giornalistiche, a uno stop delle sponsorizzazioni nella settimana prima delle elezioni presidenziali, applicando una forma di "silenzio elettorale" in ambito di contenuti sponsorizzati<sup>91</sup>. Si tratta dell'ennesimo esempio di strutturazione di regole extra statali *alternative* a quelle del sistema giuridico statunitense da parte delle piattaforme.

Infine, comune a entrambi gli ordinamenti è il tema delle spese elettorali e della loro trasfigurazione online, attraverso le c.d. sponsorizzazioni. In questo contesto occorre registrare una serie di problemi legati all'utilizzo fraudolento di dati (vedi *infra*) ma anche come, secondo certi studi, l'algoritmo di Facebook tenderebbe a presentare i *political ads* non in modo identico, ma in base alle *filter bubbles* e alle pregresse preferenze ideologiche degli utenti (anche a parità di spesa)<sup>92</sup>. In tal senso è di nuovo chiaro come, soprattutto in termini di sponsorizzazioni<sup>93</sup>, siano saltate tutte le regole nelle campagne elettorali online, compresi quei principi d'uguale accesso ascrivibili alla *equal time rule* o alle regole sulle spese elettorali o la *par condicio*. In definitiva, nonostante risulti evidente, in relazione a tutti gli aspetti appena esposti, la sfida posta alle categorie giuridiche dalla piattaforma della sfera pubblica, si deve registrare l'ennesima assenza d'interventi legislativi sia nell'ordinamento euro-italiano che in quello statunitense.

Correlato al tema delle sponsorizzazioni<sup>94</sup> vi è il secondo profilo che si può affrontare a proposito dell'aspetto modale del *political speech*, *rectius* della

---

<sup>90</sup> P.M. Napoli, *Lessons for social media from the Fairness Doctrine*, in *Columbia Journalism Review*, 13 Agosto 2020. Si veda anche W.M. Jayne, *Fairness Doctrine 2.0*, in 16 *First Amend. L. Rev.* 466 (2018).

<sup>91</sup> Redazione, *Usa 2020, Facebook impone il "silenzio elettorale" prima del voto*, in *Tgcom24*, 4 set 2020.

<sup>92</sup> M. Ali, P. Sapiezynski, A. Korolova et al, *Ad Delivery Algorithms*, in *Proceedings of the Fourteenth ACM International Conference on Web Search and Data Mining*, New York, 2021.

<sup>93</sup> G. D'Ippolito, *Comunicazione politica online*, in *MediaLexus*, 1, 2020, 173 e ss.

<sup>94</sup> Non si affronta in questa sede il tema della trasparenza delle sponsorizzazioni che appare tema facilmente riconducibile alle regole *pre* digitali e non sembra porre in crisi le categorie, anche se certamente avalla la tesi di un'inerzia del legislatore nel disciplinare anche i fenomeni di più facile lettura.

propaganda elettorale, ossia quello della profilazione degli utenti<sup>95</sup>. In questa sede non s'intende affrontare la dimensione "espressiva" dei finanziamenti, quindi la loro ascrivibilità alla libertà d'espressione politica, né il rischio «di imporre un modello di bubble democracy»<sup>96</sup>, come nemmeno la regolazione (mancante) in materia di limiti alla spesa e alla trasparenza rispetto alle sponsorizzazioni<sup>97</sup>. In questo spazio si analizzerà la necessità d'accompagnare le analisi sulla libertà d'espressione con quelle sui dati personali nel mondo digitale. Com'è stato rilevato, infatti, «the Algorithmic Age is a struggle over the collection, transmission, use, and analysis of data. For this reason, the central constitutional questions do not concern freedom of contract. They concern freedom of expression»<sup>98</sup>. Questo assunto appare confermato sia negli Stati Uniti, dove l'uso dei dati si connette e rende possibili nel mondo digitale molte espressioni protette dal Primo Emendamento<sup>99</sup>, sia in Europa dove la dimensione dei dati e dello *speech* si fondono sempre più<sup>100</sup>. In questo contesto, l'analisi della dinamica della personalizzazione dei messaggi politici appare un campo di studio di sicuro interesse<sup>101</sup> che pone un'enorme sfida alle categorie giuridiche tradizionali. Affrontando il discorso da un punto di vista sistemico, tenendo conto dell'uso di disinformazione come arma di propaganda politica e considerando il possibile uso di *bots* (vedi *ante*), si può osservare come la personalizzazione dei messaggi sia stata un elemento nodale nelle campagne elettorali più recenti<sup>102</sup>. In questo senso la targettizzazione dell'elettorato mediante l'acquisizione di dati personali può condurre a fenomeni di moderno *gerrymandering* attraverso l'individuazione di soggetti razziali o politici a cui trasmettere determinati messaggi o addirittura campagne disinformative sulle modalità di voto: il caso *Cambridge Analytica* è forse la più plastica dimostrazione della portata distorsiva di queste nuove modalità di propaganda politica. Rispetto a questa sfida alle categorie tradizionali si può rilevare come in Europa il Garante europeo dei dati personali abbia più volte evidenziato le problematiche concernenti il trattamento dei dati online nelle campagne elettorali<sup>103</sup> e il legislatore dell'Unione europea abbia emanato, in materia, il regolamento UE n. 2019/493 del 25 marzo 2019. Anche nell'ordinamento italiano vi è stata una reazione da parte dell'authority per la protezione dei dati personali: il Garante nazionale<sup>104</sup> ha cercato, mediante

---

<sup>95</sup> Su cui diffusamente: Allegri, *Oltre*, cit., 159 e ss.

<sup>96</sup> C. Casonato, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale*, in *DPCE*, maggio 2019, 111.

<sup>97</sup> Allegri, *Oltre*, cit., pp. 92-93. E. Caterina, *La comunicazione elettorale sui social media tra autoregolazione e profili di diritto costituzionale* (in corso di pubblicazione).

<sup>98</sup> Balkin, *Free Speech*, cit., 1158.

<sup>99</sup> *Idem*, 1159 e ss.

<sup>100</sup> Pollicino, cit., 147 e ss.

<sup>101</sup> L. Califano, *Autodeterminazione vs. eterodeterminazione dell'elettore*, in *federalismi.it*, 16, 2019.

<sup>102</sup> Allegri, *Oltre*, cit., 25 e ss.

<sup>103</sup> EDPS, *Opinion on online manipulation and personal data*, 19 marzo 2018.

<sup>104</sup> Garante per la protezione dei dati personali, *Provvedimento in materia di propaganda*

provvedimento, di declinare le norme vigenti in materia di dati in relazione alla comunicazione elettorale. Al contrario, nell'ordinamento statunitense si assiste, invece, a una stagnazione del dibattito, stante anche una diversa interpretazione della tutela dei dati personali imposta dalle corti<sup>105</sup>. Dal punto di vista legislativo, occorre però nuovamente registrare un'inerzia e un'inattività dei legislatori riguardo a questo ulteriore stress-test per le categorie giuridiche del mondo offline, sebbene alcune tendenze positive si possano rilevare in ambito unionale.

La necessità di ripensare le categorie del *political speech*, oggi indissolubilmente legato ai dati dei cittadini nel mondo online, non appare infatti aver trovato una risposta organica e sistematica dai legislatori; nello stesso modo non è stata affrontata la crisi delle categorie in ambito di propaganda elettorale.

### 3. Le fonti e Internet: utente-consumatore o utente-cittadino?

Nel paragrafo precedente si è illustrato come le categorie del costituzionalismo siano state messe in crisi dalle nuove forme di propaganda politica online e come le regole pensate per il mondo analogico non siano sempre applicabili: «[n]on tutto può essere trasportato nel mondo dei social, certo. Ma oggi il tema è se si possono applicare anche ai nuovi social controlli e regole simili a quelli che valgono per la carta stampata e per la televisione»<sup>106</sup>. Partendo da questa considerazione di Caravita occorre cercare di comprendere come si siano atteggiati i legislatori in Unione Europea e negli Stati Uniti rispetto alla crisi delle categorie giuridiche tradizionali, ossia analizzare come le nuove sfide della Rete piattaformizzata abbiano impattato sulla produzione delle fonti primarie in tema di *political speech*. «In questo contesto, il grande assente è il diritto. Non tanto i giuristi, alcuni dei quali dimostrano una certa sensibilità rispetto a queste tematiche, ma proprio il diritto, inteso come produzione normativa. L'idea della regolamentazione ex lege – o almeno di un livello minimo di regolamentazione – della comunicazione politico-elettorale online evidentemente genera una certa diffidenza»<sup>107</sup>. L'assenza d'interventi legislativi nell'ambito del *political speech* si associa tuttavia a legislazioni che hanno invece regolamentato l'aspetto "commerciale" della Rete e degli Internet Services Providers (ISP). Tale vuoto legislativo in materia di *political speech* non appare infatti dovuto a un'aderenza dei legislatori al mito barlowiano<sup>108</sup> di una Rete libera da qualsiasi tipo di regolazione o alle

---

*elettorale e comunicazione politica*, n. 96 del 18 aprile 2019.

<sup>105</sup> Pollicino, cit., 101 e ss.

<sup>106</sup> B. Caravita, *Social network, formazione del consenso, istituzioni politiche*, in *federalismi.it*, 2, 2019, 4.

<sup>107</sup> Allegri, *Oltre*, cit., 11.

<sup>108</sup> J. P. Barlow, *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, in *www.eff.org*, 8 febbraio 1996.

suggerzioni di una *lex mercatoria* universale<sup>109</sup>, ma a una precisa scelta di non regolamentazione del *political speech* online. Le tesi e le teorie di una non-regolazione della Rete sono state in effetti superate (quasi) *ab origine* da un'imposizione di regole, prima per via pretoria e poi legislativa, soprattutto in ambito di responsabilità degli ISP. Quello che però si può rilevare è che in tema di regolazione delle piattaforme la sezione 230 CDA statunitense del 1996 e la *direttiva e-commerce* europea del 2000 (pensate per il mondo *pre* piattaforme), ossia le norme “generaliste” regolanti i contenuti online, hanno preso in considerazione solamente la dimensione commerciale del fenomeno Internet, senza interrogarsi sull'aspetto democratico e sulle dinamiche del *political speech* online. In questo senso, appare difatti potersi riscontrare un trend, da parte delle fonti legislative nei due sistemi, teso a dare un'importanza preponderante alla dimensione del consumatore e non a quella del cittadino dell'utente di Internet. In tal senso, sebbene per Habermas la tendenza a trasformare i cittadini in consumatori fosse implicita già nell'avvento dei mezzi di comunicazione di massa<sup>110</sup>, è opportuno rilevare che l'imporsi dei mass-media nel mondo analogico non fu seguito da una legislazione “legittimante” una prospettiva solo “consumeristica”, ma bensì da legislazioni disciplinanti la sfera pubblica in funzione democratica<sup>111</sup>. Se i mezzi radiotelevisivi furono dunque regolamentati per garantire il funzionamento della democrazia, oggi i mezzi della Rete appaiono gli unici non regolati dal legislatore<sup>112</sup>. In quest'ottica, se è stato già sottolineato come, nell'ambito della politica online, «la questione di fondo che non può essere ignorata è accettare o meno uno schema concettuale in cui l'elettore non è più semplicemente un libero cittadino, dal momento che questi viene sempre più assimilato – almeno dagli attori del circuito politico-rappresentativo – in tutto e per tutto a un consumatore»<sup>113</sup>, non si può non rilevare che anche i legislatori sembrano essersi allineati a quest'impostazione. Infatti, se i moderni strumenti della propaganda elettorale hanno spesso considerato l'utente dei social alla stregua di un consumatore da targettizzare, da profilare e a cui vendere un prodotto, i legislatori non sono intervenuti per bilanciare queste tendenze e per tutelare l'integrità del discorso pubblico. Se talvolta sono state le corti o le autorità indipendenti a tentare di regolamentare il *political speech* online, sono, tuttavia, evidenti i limiti d'azione di questi attori istituzionali. Quello che, dunque, si può registrare è che nella sfida posta dalle evoluzioni tecnologiche, il diritto sembra in difficoltà, ma emerge ancor di più quanto le fonti

<sup>109</sup> J. Reidenberg, *Lex Informatica*, in 76 *Tex. L. Rev.* 553 (1997-1998).

<sup>110</sup> Habermas, cit., 189.

<sup>111</sup> Cfr. V. Zencovich, *La libertà di espressione*, Bologna, 2004, 95. Per il sistema statunitense cfr. D.E. Lively, *Fairness Regulation*, in 45 *Wash. & Lee L. Rev.* 1379 (1988).

<sup>112</sup> A. Papa, *Democrazia della comunicazione e formazione dell'opinione pubblica*, in *federalismi.it*, 1, 2017, 21-22. Per il sistema statunitense: P.M. Napoli, *Social Media and the Public Interest*, New York, 2019, 132 ss.

<sup>113</sup> Califano, cit., 4.

legislative appaiano atrofizzate e incapaci di regolamentare lo spazio della sfera pubblica dal punto di vista democratico. In tale dinamica ordinamentale il *laissez-faire* del costituzionalismo americano si concilia meglio con questa mancata regolazione del fenomeno Internet, che invece stride con la tradizione di regolazione del *free speech* e dei media caratterizzante il costituzionalismo europeo. Non si può infatti evitare di rilevare un approccio diverso dei due sistemi in esame rispetto al *political speech*. In qualche modo, per leggere il ruolo delle fonti in questa dinamica, è necessario proprio ripartire dai differenti paradigmi dei due ordinamenti presi a comparazione: quello “anti-regolatorio” statunitense e quello “filo-regolatorio” euro-italiano. In entrambi i sistemi, tuttavia, come visto nel paragrafo precedente, sussistono forti discrasie fra i paradigmi costituzionali del *political speech* e le nuove forme di discorso politico sulle piattaforme: i problemi di categorie esistono anche per gli USA a prescindere dalla tendenza a regolare meno il *free marketplace of ideas*. In ambedue gli ordinamenti si possono però registrare una certa staticità del legislatore rispetto alla crisi delle categorie tradizionali e un parziale attivismo delle autorità indipendenti e delle corti. La tendenza comune a entrambi i sistemi analizzati è quella della prevalenza di una legislazione volta a tutelare l’aspetto “mercatorio” e non quello “democratico” del mondo di Internet. In altre parole, appare rilevabile un trend legislativo indirizzato a considerare l’utente di Internet come consumatore e non come cittadino, privilegiando la tutela del mercato rispetto a quella della sfera pubblica e della tenuta del sistema democratico.

Partendo dal sistema statunitense si può osservare come il legislatore federale sia rimasto fondamentalmente dormiente rispetto alla regolazione delle piattaforme digitali e del *political speech* online, ancorandosi probabilmente all’idea utopica dell’Internet come strumento ideale per lo sviluppo del paradigma del Primo Emendamento, come sancito in termini entusiasti dalla sentenza *Reno*<sup>114</sup> e dalla sentenza *Packingham*<sup>115</sup>. Il legislatore statunitense sembra in effetti essere intervenuto sulla Rete in tema di contenuti solo per rovesciare discutibili interpretazioni giurisprudenziali delle corti federali tese a inquadrare gli attori online come *publishers* in merito ai contenuti di terzi – come nel caso della Sezione 230 CDA del 1996 – o per colpire con regimi più restrittivi di responsabilità le violazioni di copyright – ad esempio con la sezione 512 del Digital Millennium Copyright Act (DMCA) del 1998<sup>116</sup>–. La tendenza che pare potersi riscontrare è quella dell’assenza di una regolazione orientata alla tutela del *public discourse* – parzialmente in linea con l’idea della necessità di evitare un intervento del potere pubblico sul *free speech* – e della presenza, al contrario, di una regolamentazione tesa a non gravare gli operatori online di eccessivi oneri, responsabilità e costi. Questa *non*-regolazione appare in una certa misura in

---

<sup>114</sup> *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997).

<sup>115</sup> *Packingham v. North Carolina*, 582 U.S. \_ (2017).

<sup>116</sup> Su entrambe si veda M. Bassini, *Internet e libertà di espressione*, Roma, 2019, 127 e ss.

linea con quella dicotomia *consumer sovereignty-political sovereignty* che per Sunstein ha caratterizzato storicamente parte del dibattito americano sul *free speech* (fin dalla metafora holmesiana del *free marketplace of ideas*): «[i]f we care only about consumer sovereignty, the only question is whether consumers are getting what they want — a question that seems, unfortunately, to be dominating discussions of the Internet and other new technologies»<sup>117</sup>. In questo scenario, l'unico – discutibile – intervento “legislativo” federale (o meglio dell'esecutivo) inerente il *political speech* online sembra essere stato l'*executive order* di Trump in merito alla privatizzazione della censura<sup>118</sup>, il quale, tuttavia, non può che essere inquadrato in una logica populista mimetica e parassitaria<sup>119</sup>, volta a usare le categorie del costituzionalismo per promuovere il proprio interesse politico: fermare l'opera di censura della disinformazione posta in essere dai social networks. Dal punto di vista della legislazione federale, questo tentativo appare tuttavia come uno dei principali atti con cui un attore istituzionale ha preso una posizione volta a inquadrare gli utenti di internet non come consumatori ma come cittadini<sup>120</sup>. Si deve dunque osservare una crisi del legislatore federale e un'incapacità delle fonti legislative federali nell'affrontare alcune sfide cruciali del digitale: in particolare la privatizzazione della censura e le regole delle campagne elettorali (vedi *ante*). A livello federale di fatto solo la *Federal Communications Commission* (FCC), secondo un trend comune anche all'Italia, ha dimostrato un iniziale attivismo nel cercare di comprendere come regolare alcuni fenomeni della Rete in ambito di *political speech*<sup>121</sup>. Si è parlato, nelle righe precedenti, di una certa inattività del legislatore federale, in quanto al contrario i legislatori statali hanno intrapreso alcune iniziative per regolamentare il *political speech* online. In primo luogo, si può segnalare l'*Online Bot Disclosure Act* californiano: «[t]his bill would, with certain exceptions, make it unlawful for any person to use a bot to communicate or interact with another person in California online with the intent to mislead the other person about its artificial identity for the purpose of knowingly deceiving the person about the content of the communication in order to incentivize a purchase or sale of goods or services in a commercial transaction or to influence a vote in an election»<sup>122</sup>. L'*Online Bot Disclosure Act* del 2019 è sostanzialmente una legge che impone che l'attività dei *bots*, anche in materia politica, sia resa esplicita agli utenti umani<sup>123</sup>: una sorta di qualificazione di “non umanità” che dovrebbe, da una parte, tutelare il diritto

<sup>117</sup> C. R. Sunstein, *#Republic*, Princeton, 2017, 55.

<sup>118</sup> G.F. Ferrari, *L'executive order sulla prevenzione della censura online*, in *DPCE Online*, 2, 2020.

<sup>119</sup> G. Martinico, *Between Mimetism and Parasitism*, in *European Public Law* 26 (4), 2020.

<sup>120</sup> Si veda però anche il policy paper del Senatore Mark Warner nel 2018: “Potential Policy Proposals for Regulation of Social Media and Technology Firms”.

<sup>121</sup> Soprattutto con le audizioni del 2018: FCC, *Public hearing on internet disclaimers*, 18 luglio 2018.

<sup>122</sup> SB-1001 Bots: disclosure, SECTION 1. Chapter 6, par. 17941.

<sup>123</sup> B. Stricke, *People v. Robots*, in *22 Vand. J. Ent. & Tech. L.* 839 (2020), 882 e ss.

dei *bots* (o meglio dei loro creatori) alla libertà d'espressione e, dall'altra, regolamentare le campagne elettorali rendendo consapevoli gli elettori di alcune tecniche di manipolazione del discorso pubblico. Si tratta di una legge che apre a una nuova prospettiva e supera quella supposta antitesi dicotomica, spesso paventata, fra tutela dell'iniziativa economica e tutela della democrazia<sup>124</sup>. Il legislatore californiano non ha, tuttavia, solo indicato la possibilità della tutela contemporanea degli interessi di mercato, della libertà d'iniziativa economica e della sfera pubblica, quindi della democrazia in senso lato, ma ha anche dimostrato come il ruolo dei legislatori possa riemergere in relazione alle sfide poste dalla Rete, senza rimanere schiacciato fra la (auto)regolazione tecnica e gli interventi delle corti. In secondo luogo, si può dar conto dello *Stop Social Media Censorship Act* del 2021 della Florida, orientato esclusivamente alla tutela del *political speech* online. L'*Act* prevede pesanti sanzioni per i social network nel caso di rimozione di account di candidati politici (250 mila dollari al giorno per l'esclusione di un candidato a un ufficio statale) e l'obbligo d'informare un candidato quando, tramite sponsorizzazioni gratuite, si favorisca la visualizzazione dei suoi contenuti: il controllo dell'efficacia di queste norme è rimesso alla Commissione elettorale della Florida<sup>125</sup>. Lo *Stop Social Media Censorship Act* è, dunque, una norma che tenta di affrontare uno dei nodi del *political speech* online fornendo una soluzione che limiti – perlomeno – il potere delle piattaforme di escludere i candidati alle cariche istituzionali dello Stato dalla sfera pubblica digitale.

Per quanto riguarda l'Europa, il legislatore unionale con la direttiva *e-commerce* del 2000, nel ricalcare il modello statunitense del DMCA, si era posto il precipuo obiettivo di non scoraggiare le piattaforme americane dall'entrare nel neonato mercato digitale europeo<sup>126</sup>. La direttiva *e-commerce*, tracciante lo spazio dentro il quale i legislatori nazionali possono muoversi, ha sostanzialmente inaugurato un approccio "economicistico", in linea con la principale natura economica dell'UE e il clima *pre* Trattato di Lisbona, che sicuramente ha aiutato lo sviluppo dei colossi del web, ma non ha tenuto conto delle implicazioni democratiche sottese all'inquadramento dei cittadini europei online come meri consumatori. La direttiva *e-commerce* si è *ab origine* smarcata dal dibattito sulla libertà d'espressione<sup>127</sup>, sia a causa del clima in cui è stata emanata (*pre* vincolatività della Carta di Nizza), sia in ragione della necessità di rispettare le competenze degli Stati Membri. L'approccio esclusivamente economicistico inaugurato da questo primo intervento è ancora attualmente presente in quelle critiche secondo cui, per esempio, le

---

<sup>124</sup> Sin dalla sua presentazione: vd. Assembly Comm. On Arts, Entm'n't, Sports, Tourism, & Internet Media, Sb 1001 Bill Analysis 1 (2018).

<sup>125</sup> Section 2 – Section 106.072, Florida Statutes.

<sup>126</sup> L'importazione del modello americano della responsabilità degli ISP per i contenuti di terzi, benché mediata dal regime dell'art. 512 della DMCA, è stata infatti determinata dalla volontà di non scoraggiare gli operatori economici statunitensi: Bassini, *Internet*, cit., 136.

<sup>127</sup> Direttiva 2000/31/CE, *considerando* 9.



leggi nazionali disciplinanti la rimozione dell'*hate speech* online «increased the risks of Internal Market fragmentation»<sup>128</sup>. È evidente quindi che anche le fonti legislative unionali abbiano, almeno originariamente, sancito un inquadramento dell'utente di Internet prima come consumatore che come cittadino, rinunciando a legiferare sulle implicazioni delle piattaforme sul *political speech*. Ciò non ha impedito, tuttavia, su iniziativa della Commissione, quindi dell'esecutivo europeo, di pervenire a forme di regolazione eterodirette di alcuni aspetti della Rete, con strumenti di soft law (dietro sempre velate minacce di *hard regulation*) che impattano sul *political speech*<sup>129</sup>. Il *Code of practice on disinformation* del 2018 e il *Code of Conduct on countering illegal hate speech online* del 2016 sono, infatti, strumenti di soft law di matrice non legislativa, come fonte di provenienza, che hanno iniziato a confrontarsi con alcuni problemi del *political speech* online (nello specifico: *hate speech* e disinformazione, attività dei *bots*, *fake account*). Gli stessi s'inseriscono in un'azione del legislatore/esecutivo sovranazionale che tende a utilizzare strumenti di soft law come alternativa all'auto-regolamentazione dei soggetti privati, com'è avvenuto anche in ambito di Intelligenza Artificiale<sup>130</sup>. In tale contesto, il paradigma regolatorio europeo (dei media e del *free speech*) è stato, quindi, parzialmente riaffermato in questi atti di soft law, che potrebbero anticipare una svolta nelle modalità di regolazione, come già avvenuto in materia di elezioni del Parlamento Europeo con il regolamento UE n. 2019/493 del 2019. Con quest'ultimo atto si regolamenta infatti, da un punto di vista *democratico*, l'uso dei dati nelle campagne elettorali da parte dei partiti e delle fondazioni europee. Se questo regolamento rappresenta un chiaro elemento di rottura che prova una certa volontà del legislatore unionale di reagire alle sfide della tecnologia, occorre anche evidenziare come, in ambiti connessi, gli embrioni di una tutela dell'aspetto democratico della Rete fossero già emersi. In relazione alla normativa in tema di *net-neutrality*, per esempio, in analogia a quanto fatto dal legislatore californiano, il legislatore europeo ha mostrato come la tutela del mercato e la tutela della democrazia possano essere interessi coesistenti nell'operato dei policy-maker, dimostrando, anzi, come i legislatori possano essere i migliori attori per bilanciare i vari interessi in gioco (economici e democratici). Il Regolamento 2015/2120 del 2015<sup>131</sup>, come interpretato dalla Corte di Giustizia<sup>132</sup>, contiene infatti sia tutele per il mercato che, indirettamente, anche per la democrazia nella regolamentazione dell'accesso a Internet.

---

<sup>128</sup> A. De Streel, M. Husovec, *The e-commerce Directive as the cornerstone of the Internal Market*, PE 648.797 - May 2020, 31.

<sup>129</sup> Sul *frame* nel quale l'Unione si è mossa: G.M. Ruotolo, *Scritti di diritto internazionale ed europeo dei dati*, Bari, 2021, 263 e ss.

<sup>130</sup> E. Stradella, *La regolazione della Robotica e dell'Intelligenza artificiale*, in *MediaLaws*, 1, 2019, 80.

<sup>131</sup> M. Orofino, *La declinazione della net-neutrality nel Regolamento europeo 2015/2120*, in *federalismi.it*, 2, 2016.

<sup>132</sup> G. D'ippolito, M. Monti, *Net neutrality e "tariffe zero"*, in *MediaLaws*, 4, 2021.

Rispetto al quadro legislativo nazionale, si deve invece rilevare come i legislatori statali, *rectius* degli Stati Membri, siano apparsi più “bloccati” nelle loro iniziative, salvo forse quello francese, che ha proposto una regolazione parziale, ma significativa, delle campagne elettorali online nel 2018<sup>133</sup>. Concentrandosi sull'Italia sembra al contrario potersi confermare quel trend contrassegnato da una certa difficoltà nel legiferare in materia di Internet, se non dietro la spinta di pressioni sociali, secondo uno schema di legislazione “d’urgenza”. In questo novero possono essere ascritti alcuni interventi legislativi – come quello sul cyberbullismo del 2017 o quello sul *revenge porn* del 2019 – disciplinanti specifici aspetti della Rete. Dal punto di vista della comunicazione politica online, il legislatore non ha invece concluso nessuna delle iniziative in materia di *political speech* sui social networks<sup>134</sup>. Se in tema di propaganda politico-elettorale un certo attivismo ha caratterizzato l’operato dell’Agcom – che è stato limitato dai problemi interpretativi e dai vuoti legislativi – così come alcuni tentativi d’affrontare la questione della privatizzazione della censura si sono avuti da parte delle corti – ancora in assenza di un intervento nomofilattico della Corte di Cassazione o della Corte costituzionale – occorre tuttavia rilevare la necessità di una legislazione sistemica che aggiorni le categorie tradizionali ai nuovi fenomeni della Rete.

In conclusione, se appare corretto affermare che le sfide in materia di categorie giuridiche e d’inquadramento del *political speech* poste dalla piattaforma della sfera pubblica sono diverse fra Stati Uniti ed Europa, come descritto nel paragrafo precedente, si possono però rilevare alcune tendenze comuni ai legislatori d’ambidue le sponde dell’Atlantico. In primo luogo, i legislatori appaiono accomunati da una certa inattività rispetto a molte di queste sfide; in secondo luogo, è evidente un trend nelle legislazioni esistenti e in vigore che tende, nella dicotomia fra ruolo di cittadini e ruolo di consumatori degli utenti di Internet<sup>135</sup>, a far prevalere la dimensione del consumatore su quella del cittadino.

#### 4. Conclusioni: la fonte legislativa come strumento principe di regolazione del political speech online

In relazione alle notevoli sfide poste dalla piattaforma della Rete in tema di *political speech* si possono dunque individuare due diverse tendenze nei due casi prototipi selezionati: un certo immobilismo dei legislatori nell’aggiornare le leggi che regolano i contenuti online (CDA del 1996 e *direttiva e-commerce* del 2000); una certa propensione ad affrontare questo tema dal punto di vista economicistico, senza prendere in considerazione le implicazioni sul *political speech* delle piattaforme.

---

<sup>133</sup> Loi n. 1202 del 2018.

<sup>134</sup> Per una ricognizione delle proposte: D’Ippolito, cit., 175 ss.; per quanto concerne la regolazione dell’AI: Stradella, *La regolazione*, cit., 87 e ss.

<sup>135</sup> Sunstein, *#Republic*, cit., 25.

In tal senso, le sfide della Rete «rivelano una debolezza del pensiero politico e giuridico»<sup>136</sup>, mettendo in profonda crisi il diritto, ma soprattutto mettendo in profonda crisi le fonti primarie. Senza voler aprire in questa sede il vaso di pandora delle costituzioni sovranazionali o delle carte dei diritti di Internet<sup>137</sup>, si può sottolineare il dato fattuale della crisi delle categorie del costituzionalismo online e del fallimento – nella chiave di lettura della dottrina della precauzione costituzionale<sup>138</sup> – del legislatore nell'approntare normative adeguate. Rispetto a questo “fallimento” è inoltre opportuno evidenziare che, come dimostrato dagli sporadici interventi legislativi in materia, da parte del legislatore della California o da quello europeo in tema di *Net neutrality*, la fonte primaria di matrice legislativa appare la migliore per bilanciare tutti gli interessi in gioco, fra tutela del mercato (*rectius* dei consumatori) e tutela della democrazia (*rectius* dei cittadini). Risulta infatti evidente come la sfida alle categorie tradizionali in tema di *political speech* possa essere affrontata efficacemente solo dai legislatori, potendo gli stessi approntare soluzioni strutturali: il ruolo avanguardista delle corti sembra, difatti, limitato a garantire tutele, ove possibile in base alle norme vigenti e mediante interpretazioni estensive, oppure circoscritto a sollecitare, più che creare, legislazioni organiche che possano disciplinare i complessi fenomeni che si stanno generando al tempo della piattaformaizzazione della sfera pubblica.

La «particolarità insopprimibile»<sup>139</sup> della Rete, nella sua nuova versione piattaformaizzata, lancia, dunque, una sfida ai pubblici poteri che può essere affrontata solo dalle fonti legislative, sia come archetipo della volontà democratica degli Stati sia come strumento che meglio si confà al bilanciamento di vari interessi. Da questo punto di vista, occorre registrare come da molte parti si sia criticata e disincentivata la legislazione tramite fonte primaria, o *hard law*, in quanto la stessa avrebbe potuto inibire sviluppi della Rete, frenare l'avanzamento tecnologico e, da ultimo, caricare di troppi oneri i soggetti privati. Complementare a queste considerazioni vi è anche il tema della “rapidità delle trasformazioni” della Rete che vanificherebbe gli interventi legislativi. In questa prospettiva le soluzioni che si offrono al legislatore sono due: i) attendere una stabilizzazione della Rete, per poi regolamentarla, come sembra stia facendo l'Unione Europea, con tutte le problematiche degli “interregni anarchici” che si generano; ii) sviluppare legislazioni sotto costante valutazione, aggiornabili in tempi rapidi. Una soluzione ascrivibile a quest'ultima categoria è la *Directive on Automated Decision-Making* canadese, che richiede un “aggiornamento” ogni sei mesi. Inoltre, altre forme di sperimentazione potrebbero essere introducibili

---

<sup>136</sup> Rodotà, cit., 422.

<sup>137</sup> Il dibattito in materia è ben riportato da Bassini, *Internet*, cit., 95 e ss.

<sup>138</sup> A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale*, in *BioLaw Journal*, 1, 2019, 87.

<sup>139</sup> P. Passaglia, *Ancora sul fondamento costituzionale di Internet*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo* (www.giurcost.org), 2020, 3.

nell'ambito del federalismo sperimentale, come sembrano dimostrare le legislazioni sopracitate della California e della Florida.

Con riferimento agli ordinamenti presi in esame, si può, infine, concludere rilevando una recente tendenza al riaffermare (o richiamare) la centralità del legislatore in materia di regolazione del *political speech* online. In questo senso, nell'ordinamento statunitense la *concurring opinion* del Justice Thomas nel caso *Trump v. Twitter* sembra invitare esplicitamente i legislatori ad intervenire nell'ambito della *content moderation*<sup>140</sup>, ma all'orizzonte non pare ancora concretizzarsi un intervento legislativo federale. Per quanto concerne l'ordinamento euro-italiano, si può osservare che mentre in Italia il legislatore appare ancora silente, al contrario in Europa il legislatore unionale ha iniziato le lente consultazioni che porteranno, dopo i pareri dei vari *stakeholders*, all'emanazione di un regolamento sia in tema di Intelligenza Artificiale sia in tema di contenuti online. La proposta di regolamento sull'Intelligenza Artificiale tocca vari punti d'interesse, dai *deepfakes* alla *disclosure* dell'identità dei *bots*, ma non sembra regolamentare in maniera sistemica le attività che i *bots* possono porre in essere nell'ambito del *political speech*. In egual modo il *Digital Services Act* introduce le valutazioni di rischio per i social networks di grandi dimensioni, nelle quali rientrano le manipolazioni elettorali, e delinea possibili soluzioni al problema della *content moderation*, basate principalmente su una procedimentalizzazione dei ricorsi, senza però costruire una normativa sistemica in termini di *political speech*. Nell'attuale stato embrionale di queste proposte, occorre tuttavia rilevare i primi segni di una velleità di regolamentazione che delinea sicuramente una volontà d'intervenire dal punto di vista legislativo su alcune delle problematiche correlate alla crisi delle categorie giuridiche tradizionali. In questa prospettiva, i passaggi successivi delle suddette proposte legislative potrebbero, dunque, permettere il riemergere di quell'istanza di regolamentazione del *political speech* online che era stata centrale negli ultimi anni nel dibattito incrociato fra Parlamento europeo, Commissione ed esperti. Ma soprattutto, questi regolamenti *in fieri* sembrerebbero (auspicabilmente) integrare una sensibilità democratica e una sensibilità di mercato, permettendo così il superamento di una visione meramente mercantile dell'utente di Internet come consumatore e, nel mentre, riportando al centro delle liberal democrazie occidentali l'operato del legislatore e delle fonti legislative.

Matteo Monti  
Dip.to di Scienze Politiche  
Luiss Guido Carli  
mmonti@luiss.it

---

<sup>140</sup> *Biden v. Knight First Amendment*, cit., 9-10.