

XXXIX Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti
"La libertà di manifestazione del pensiero"

Potere politico e mezzi di comunicazione

Giulio Enea Vigevani

Versione provvisoria

Sommario: 1. Potere politico, media e libertà di parola nell'età del digitale: relazioni, intrecci, conflitti. 2. Rivoluzione digitale e attualità dei principi costituzionali. 2.1. Una divagazione: "nuovi media" e censura, dalla stampa al cinema. 3. I media di servizio pubblico: strumento del potere politico o presidio a garanzia del sistema informativo? 4. I media digitali e i rischi di un potere privato asservito a derive censorie. 4.1. Internet delle origini: ciò che è lecito offline è lecito online. 4.2. La trasformazione della sfera digitale e il ruolo delle piattaforme private. 4.3. L'evoluzione normativa europea e il mito del "costituzionalismo digitale". 4.4. Poteri pubblici, piattaforme e rischi di censure. 5. Intelligenza artificiale, informazione e controllo. 5.1. Le scelte del legislatore europeo tra co-regolamentazione e trasparenza. 5.2. L'intersezione tra libertà di espressione e intelligenza artificiale. 5.3. Art. 21 Cost. e prodotti dell'intelligenza artificiale.

1. Potere politico, media e libertà di parola nell'età del digitale: relazioni, intrecci, conflitti

Nel 1986 Livio Paladin, nella relazione al I convegno della "nuovissima associazione dei costituzionalisti", riprendendo la lezione di Jemolo, esortava gli studiosi allora presenti a occuparsi dei "problemi pratici della libertà di informazione"¹.

Provo a seguire l'autorevolissimo invito e ad affrontare alcune questioni concrete che mi sembrano centrali per cercare di comprendere la complessità dei rapporti tra potere politico, media e cittadini nel terzo decennio del XXI secolo e le implicazioni di natura costituzionale che tali relazioni pongono, in particolare in Italia.

In questa prospettiva, nel corso di questo scritto cercherò di indagare soprattutto tre temi che appaiono forse eterogenei tra loro ma che a mio avviso intercettano alcune tra le maggiori tensioni nelle relazioni tra potere politico e mezzi di comunicazione: il ruolo dei media di servizio pubblico nell'ecosistema digitale, alla luce dei principi costituzionali e della recente legislazione europea; gli effetti sulla libertà di espressione delle dinamiche di moderazione dei contenuti; le conseguenze dello sviluppo dei sistemi di intelligenza artificiale e della recente legislazione europea in materia sui rapporti tra autorità pubblica, sistema dell'informazione e cittadini.

Si tratta di un'indagine tutt'altro che semplice, specie in un contesto in perenne evoluzione, in cui coesistono (e convergono tra loro) una pluralità di mezzi di produzione

¹ L. PALADIN, *Libertà di pensiero e libertà di informazione: le problematiche attuali*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Libertà di pensiero e mezzi di diffusione*, Padova, 1992, 15.

delle informazioni, taluni in fase di declino (la stampa ma per alcuni aspetti forse anche i “tradizionali” social media), altri che mantengono un ruolo centrale nella sfera pubblica, nonostante la vulgata corrente (la televisione “generalista”), altri ancora misteriosi ma sempre più emergenti (l’intelligenza artificiale generativa)².

Media tra loro profondamente diversi per quanto concerne non solo le dimensioni economiche e la capacità di influenza complessiva sui gusti e sulle credenze della società ma anche le modalità di creazione e diffusione delle informazioni, tanto da rendere assai difficile individuare una definizione condivisa di “mezzo di comunicazione di massa”³.

E, infine, media che instaurano differenti relazioni con il potere pubblico – e in particolare con quello politico – in ragione delle loro differenti caratteristiche e dei “rapporti di forza” che si determinano tra decisori politici e imprenditori della comunicazione.

In una voce enciclopedica recentemente pubblicata, ho provato a tracciare una possibile ricostruzione delle interazioni tra il potere pubblico, nello stato democratico plurale e diffuso, e quel potere sociale, anch’esso diffuso e frammentato, che si esercita attraverso una pluralità di mezzi, dalla stampa alla radio, dalla televisione alla rete sino ai sistemi di intelligenza artificiale, che può essere complessivamente definito quale “potere mediatico”⁴.

Ciò nella consapevolezza che i rapporti formali e informali tra autorità politiche e mezzi di informazione contribuiscono a tracciare le coordinate del discorso pubblico, determinare lo spazio effettivo delle opinioni minoritarie o dissenzianti e, più in generale, lo stato di salute di una democrazia. In quella sede, ho individuato tre possibili declinazioni, che qui riassumo.

La prima declinazione, di matrice liberale, postula la separazione tra politica e media ed è principalmente attenta a proteggere l’informazione e i cittadini dalle ingerenze e dai limiti posti in essere dal potere pubblico, al fine di garantire il libero svolgimento del confronto dialettico delle idee e di consentire al giornalismo, non solo professionale,

² Sotto alcuni aspetti, nulla di nuovo sotto il sole. Il diritto dell’informazione per sua natura costringe lo studioso a mettere in discussione gli esiti delle precedenti ricerche, dovendo continuamente confrontarsi lo sviluppo tecnologico e l’evoluzione del mercato. Ritornando al convegno di Padova del 1986, anche allora emergeva la necessità di misurarsi con una realtà nuova, connotata dalla fine del monopolio pubblico e da un processo sregolato di liberalizzazione della radiotelevisione che si tradusse in breve in un oligopolio privato nel settore della televisione e in un aggravamento della crisi della stampa periodica. E anche allora si palesava la difficoltà di adattare le regole costituzionali al contesto che si era determinato nel decennio precedente, a partire dalla sentenza n. 202 del 1976 della Corte costituzionale che, come noto, aveva aperto la via alla liberalizzazione delle emittenti locali (L. ELIA, *Relazione di sintesi*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Libertà di pensiero e mezzi di diffusione*, cit., 100 ss.). Un contesto nel quale il tema della libertà dei media doveva coordinarsi con quello del pluralismo e dell’imparzialità dell’informazione, in una situazione di vuoto legislativo e, proprio in quegli anni, di sostanziale illegalità.

³ Sul punto, V. ZENO-ZENCOVICH, *Cosa intendiamo, oggi, per media?*, in M. MANETTI, R. BORRELLO, (a cura di), *Il diritto dell’informazione. Temi e problemi*, Modena, Mucchi editore, 2019, 13 ss.

⁴ G.E. VIGEVANI, *Informazione e potere*, in *Potere e Costituzione, Enc. Diritto, I tematici*, vol. 5 (diretto da M. CARTABIA E M. RUOTOLO), Giuffrè, Milano, 2023, 219 ss.

l'esercizio della funzione di controllo di poteri pubblici e privati. In questa ottica, rilevano la libertà e il pluralismo dei media, la loro effettiva indipendenza editoriale, l'equità nell'allocazione delle risorse economiche pubbliche e private e, soprattutto, rilevano le garanzie previste dall'art. 21 Cost. per la libera stampa.

Una seconda declinazione, forse più "realista", prende in considerazione anche il ruolo dell'informazione come potere privato e dunque la complessità delle interazioni tra élite politiche, media e altri attori sociali e conduce a porre in particolare rilievo temi quali la trasparenza dei finanziamenti pubblici e privati e degli assetti proprietari dei media. Del resto, nella storia delle relazioni tra politica e stampa, specie in Italia, hanno assunto un notevole rilievo i reciproci condizionamenti, le ingerenze indirette della politica nelle decisioni editoriali, attraverso sistemi di sovvenzione palesi e occulti, ma anche l'uso da parte di grandi gruppi industriali e finanziari dei media di cui sono proprietari come strumenti di pressione e merce di scambio a livello politico. Si tratta di questioni ben note agli studiosi della storia del giornalismo in Italia⁵ ma presenti anche nel dibattito costituzionale e, in tempi recentissimi, nelle discussioni che hanno condotto nel 2024 all'approvazione del *European Media Freedom Act*⁶.

Una terza declinazione considera come alcuni media (in primis, ancora oggi, la "vecchia" televisione generalista, ma per altri aspetti anche le grandi piattaforme digitali) siano "poteri" di primario rilievo politico-sociale, che toccano aspetti delicati ed essenziali della *res publica* presidiata dalla Costituzione, siano strumenti privilegiati di consenso e controllo sociale, capaci più di altri di condizionare le coscienze e le opinioni e orientare la gerarchia delle notizie e dunque l'agenda pubblica. Tale prospettiva, nella logica del costituzionalismo, impone dunque agli ordinamenti democratici di individuare gli strumenti per limitare tali poteri privati e garantire il massimo di concorrenza e pluralismo possibile, anche con interventi di stampo regolatorio da parte delle istituzioni nazionali e sovranazionali o attraverso la presenza di media di servizio pubblico capaci di garantire il diritto dei cittadini a un'informazione obiettiva e plurale.

2. Rivoluzione digitale e attualità dei principi costituzionali

⁵ Tra i molti, , G.P. MAZZOLENI, *Comunicazione e potere: mass media e politica in Italia*, Napoli, Liguori, 1992; M. FORNO, *informazione e potere. Storia del giornalismo italiano*, Roma-Bari, Laterza, 2012; P. MURIALDI, *Storia del giornalismo italiano. Dalle gazzette a Internet*, V ed., Bologna, Il Mulino, 2021.

⁶ Particolarmente significativo in questo senso il Considerando 18 dell'EMFA: «Gli Stati membri hanno adottato approcci differenti alla tutela della libertà e dell'indipendenza editoriale, che è sottoposta a sfide sempre maggiori in tutta l'Unione. In particolare, in numerosi Stati membri si registrano crescenti ingerenze nelle decisioni editoriali dei fornitori di servizi di media. Si tratta di ingerenze che possono essere dirette o indirette, esercitate dallo Stato o da altri soggetti, tra cui autorità pubbliche, funzionari eletti, funzionari amministrativi e personaggi politici, ad esempio al fine di ottenere un vantaggio politico. Gli azionisti o altri soggetti privati che hanno interessi nel settore della fornitura di servizi di media potrebbero agire in modi che vanno al di là del necessario equilibrio tra la loro libertà d'impresa e la libertà di espressione, da una parte, e la libertà editoriale di espressione e i diritti all'informazione degli utenti, dall'altra, per perseguire vantaggi economici o di altro tipo. Dato il ruolo sociale dei media, tale indebita ingerenza potrebbe incidere negativamente sul processo di formazione dell'opinione pubblica ...»

Lo scenario descritto pone una serie di interrogativi che ritorneranno nel corso della relazione ma che si possono riassumere in una domanda di fondo, che prendo a prestito da un recente scritto di Corrado Caruso sul fenomeno della disinformazione⁷: è ancora possibile affrontare il rapporto tra potere politico, media e cittadini «attraverso le antiche lenti dogmatiche della libertà negativa, che esprime un divieto di interferenza dello Stato nella sfera individuale»? O, realisticamente, occorre invece «prendere atto del ruolo che le piattaforme digitali svolgono nella conformazione dell'autonomia individuale e, di riflesso, della sfera pubblica» e invocare un massiccio intervento dei poteri pubblici, specie a livello sovranazionale, volto a limitare i poteri privati e a ripulire l'ecosistema digitale, considerato ormai un coacervo di manipolazioni, falsità e disinformazione?

In altri termini, la comunità degli studiosi si sta seriamente interrogando se sia necessario non solo aggiornare ma anche radicalmente rinnovare l'assetto dei principi che abbiamo ereditato da una lunga tradizione e che sino alla rivoluzione digitale nessuno ha posto seriamente in discussione. Un assetto che, con una brutale sintesi, può riassumersi nel tentativo di estromettere i poteri pubblici dalla selezione delle notizie e dalla valutazione della loro qualità.

Nell'attuale fase, dunque, siamo di fronte a due alternative: rimanere ancorati alla dogmatica del costituzionalismo liberale classico che ispira l'art. 21 della Costituzione e dunque ragionare partendo dai principi e dalle garanzie in materia di libertà d'espressione sanciti nella nostra Carta anche nel nuovo contesto tecnologico; oppure, prendere atto che tali principi non sono capaci di raccogliere le sfide di un sistema della comunicazione e di una società così differenti rispetto a quelle in cui essi sono sorti e, quindi, ritenere che le coordinate che delineano il contesto digitale non possano essere definite con le medesime regole che disciplinano la libertà di parola nel "mondo degli atomi". Tali coordinate dovrebbero sempre più orientarsi verso l'introduzione di forme di intervento pubblico, per lo più attraverso l'imposizione di obblighi preventivi di controllo in capo alle piattaforme, se non addirittura attraverso l'intervento repressivo, anche di tipo penale, nell'ipotesi di diffusione di notizie false, discriminatorie o incitanti all'odio, a prescindere dalla loro idoneità a ledere effettivamente un soggetto o gruppo determinato.

In questa prospettiva, il costituzionalista potrebbe, al più, contribuire a individuare nuovi principi, nella prospettiva di un progressivo superamento delle specifiche garanzie costituzionali nazionali e dell'avvento di un *digital constitutionalism* sovranazionale, con nuovi diritti (ad esempio, quello a non essere disinformati evocato da Antonio Nicita⁸) destinati inevitabilmente a incidere sulla libera manifestazione del pensiero e sul "free market of ideas", rinunciando però a un "conservatorismo" costituzionale e a un richiamo a istituti di garanzia (quali la riserva di legge e di giurisdizione) che nel mutato contesto apparirebbero più un ostacolo che una risorsa.

⁷ C. CARUSO, *Il tempo delle istituzioni di libertà. Piattaforme digitali, disinformazione e discorso pubblico europeo*, in *Quad. cost.*, 2023, 543.

⁸ A. NICITA, *Il mercato delle verità. Come la disinformazione minaccia la democrazia*, Bologna, Il Mulino, 2021.

La mia risposta, lo anticipo sin da ora, è netta in favore della conservazione, anzi della valorizzazione, dei principi fondanti della teoria liberale del *free speech* e recepiti nell'art. 21 della Costituzione, anche nell'attuale contesto digitale.

E ciò non per una sorta di patriottismo costituzionale o di nostalgia per una forse immaginaria età dell'oro dell'editore puro ove il quotidiano, preghiera laica del mattino, per dirla à la Hegel, costituiva lo strumento di dialogo tra classe politica e società civile, funzionale all'esercizio di un potere moderato, non autoritario.

Ritengo che la “libertà negativa” consacrata nell'art. 21 Cost. e nella giurisprudenza che si è sviluppata sulla base di esso costituisca un riferimento imprescindibile per una regolazione del sistema mediatico che non abdichi ai postulati delle democrazie “aperte”.

Non disconosco certo che i pilastri del costituzionalismo liberale disegnino un equilibrio tra potere pubblico, potere mediatico e opinione pubblica che ha come riferimento un mezzo, la stampa periodica, a cui ha sempre avuto accesso a una quota ridotta della popolazione (in Italia, la diffusione dei quotidiani non ha mai superato i sette milioni di copie, quota a cui ci si è avvicinati alla fine degli anni Ottanta del Novecento).

Il progressivo ingresso di “nuovi media” capaci di raggiungere una platea più ampia ed eterogenea di cittadini (dal cinema alla radio alla televisione) ha posto in crisi questo equilibrio; non a caso gli ordinamenti – in specie quello italiano – hanno faticato a estendere quel modello alle nuove realtà. Così, dall'idea di una separazione tra politica e media si è passati progressivamente a una relazione sempre più stretta, che raggiunge il suo apice nel monopolio statale delle emissioni radiotelevisive.

La rivoluzione digitale, con la straordinaria novità della moltiplicazione dei “produttori delle notizie”, parrebbe «precostituire le condizioni perfette per lo sviluppo della concorrenza in un ideale “mercato delle idee”, portando a compimento il modello liberale-classico in tema di libertà d'espressione: più idee sono in circolazione e in concorrenza fra loro, più facilmente è possibile, per tutti e per ciascuno, operare fra queste una selezione, formarsi un libero convincimento e avvicinarsi alla “verità”»⁹. D'altra parte, le peculiarità della diffusione delle informazioni in rete, la disgregazione del sistema strutturato dei media e la “posizione dominante” delle piattaforme costringono evidentemente ad adattare il modello alla nuova realtà¹⁰.

Tuttavia, come cercherò di dimostrare nei paragrafi successivi, solo un solido ancoraggio al modello classico e all'impostazione garantista dell'art. 21 Cost. consente di limitare la pretesa dei pubblici poteri di interferire sui flussi informativi (anche quelli ritenuti di “bassa qualità”, perché creati da utenti non professionali o addirittura attraverso sistemi automatizzati) e di conservare nel sistema digitale quel libero e plurale mercato

⁹ Così N. ZANON, *Fake news e diffusione dei social media: abbiamo bisogno di un'“Autorità Pubblica della Verità”?*, in *Rivista di diritto dei media*, 2018, 13.

¹⁰ Sul tema, si vedano, da ultimo, le riflessioni di M. MANETTI, *Internet e i nuovi pericoli per la libertà di informazione*, in *Quad. cost.*, 2023, 524 ss.

delle idee e delle notizie che, se si prescinde dalla visione deformata, quasi caricaturale della metafora, costituisce ancora il terreno privilegiato del confronto democratico.

Un'impostazione che colloca le interazioni potere politico-media principalmente nella prospettiva del rapporto tra autorità e libertà e postula una tendenziale separazione tra l'ambito pubblico e l'informazione; che attribuisce alla Repubblica il compito di garantire la pluralità dei mezzi di comunicazione e la trasparenza della proprietà dei medesimi, al fine di limitare i poteri privati e assicurare la concreta possibilità delle diverse idee di esprimersi e circolare, ma che individua, comunque, nello Stato il pericolo maggiore per il dispiegarsi di un libero confronto che conduca, secondo la lezione di grandi pensatori moderni, a una verità necessariamente relativa, parziale, incerta, effimera, convenzionale, che deve nascere da circuiti diversi da quello politico.

Prendendo a prestito le parole del Presidente della Repubblica, il disegno dell'art. 21 resta principalmente quello di porre un freno alle «mai abbandonate tentazioni di poteri pubblici di fissare a loro volta limiti agli spazi di libertà di informazione, piuttosto che proporsi doverosamente di garantire e sostenere quei medesimi spazi di libertà»¹¹.

In questa prospettiva, le garanzie costituzionali "tradizionali" della stampa (il divieto di autorizzazioni e censure, la riserva di legge per la definizione del confine tra lecito e illecito, la riserva di giurisdizione per il sequestro, la trasparenza dei finanziamenti) costituiscono argini fondamentali anche nel mondo digitale, al fine di evitare che il potere politico possa arbitrariamente interferire, direttamente o indirettamente, sui contenuti disponibili agli utenti o che si determinino "alleanze" tra potere pubblico e poteri privati volte a contrastare le opinioni "eretiche" o persino a limitare la capacità degli individui di formare le proprie convinzioni¹².

Non solo, la Carta, come si dirà, può costituire un riferimento fondamentale per affrontare temi decisivi nel contesto digitale, quali gli obblighi di trasparenza per le piattaforme e gli utenti, i limiti all'anonimato e la responsabilità per i contenuti e può al contempo fornire una bussola di fronte a nuove questioni di grande rilievo quali, ad esempio, il diritto di conoscere la provenienza "artificiale" dei contenuti informativi generati tramite sistemi esclusivamente algoritmici e la loro riconduzione nell'alveo delle libere manifestazioni del pensiero.

E, infine, il richiamo ai principi costituzionali può offrire una risposta a interrogativi che meritano di essere affrontati anche nella prospettiva peculiare dei rapporti tra potere politico e nuovi (e vecchi) media e che si possono riassumere nella critica al postulato, tipico del costituzionalismo liberale, secondo cui il maggior numero di informazioni e di idee vengono diffuse meglio è per lo stato di salute del sistema democratico.

La libertà di manifestazione del proprio pensiero vive un periodo non facilmente definibile della propria travagliata storia. Da un lato, Internet e soprattutto i social media

¹¹ Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella in occasione dell'incontro con le agenzie di Stampa Europea, Roma, 3 ottobre 2024, in <https://www.quirinale.it/elementi/120959>.

¹² M. MANETTI, *Internet e i nuovi pericoli per la libertà di informazione*, in *Quad. cost.*, cit., 527-528.

hanno certamente consentito alla pressoché totalità delle persone di esprimersi senza apparenti censure. Dall'altro, a una simile apertura non è corrisposta analoga trasparenza su quali siano i parametri con cui vengono tracciati i sentieri che ognuno di noi è indotto a percorrere quando si avventura in rete alla ricerca di un'informazione o viene raggiunto da questo o da quel messaggio sulle varie piattaforme.

In questo quadro, si coglie una diffusa tendenza culturale, che guarda con crescente diffidenza al diritto di tutti alla manifestazione del pensiero e cerca di individuare strumenti che consentano in qualche modo di preselezionare le informazioni e le idee che possono effettivamente essere diffuse nella società.

Quella che era riconosciuta come la pietra angolare dell'ordinamento democratico oggi, invece, è spesso percepita come una minaccia per i diritti altrui (specie delle minoranze) e per la tenuta complessiva dei sistemi democratici.

Si tratta di preoccupazioni ovviamente non prive di sostanza: la realtà mostra come nel mondo digitale il confronto tra posizioni diverse avvenga più nella forma dello scontro violento o della scomposta invettiva che in quella del confronto dialettico.

Esse nascondono, tuttavia, una qualche paura del nuovo, una qualche sfiducia nella capacità delle persone di formare i propri convincimenti e più in generale nella forza della democrazia di includere nel libero confronto dialettico anche *les ennemis de la liberté*.

2.1. Una divagazione: “nuovi media” e censura, dalla stampa al cinema

Sia consentita una digressione: è comune nella storia che di fronte a mutamenti tecnologici straordinari, il potere e la società reagiscano con timore e dunque con tendenze censorie.

Ciò è accaduto all'inizio dell'età moderna, a seguito della diffusione della stampa¹³. Nonostante la cattiva fama del medioevo come epoca dei “secoli bui”, infatti, è soltanto nel Cinquecento che i poteri pubblici istituiscono e consolidano dei sistemi di controllo preventivo delle pubblicazioni. Nelle epoche precedenti non avrebbe nemmeno avuto senso concepire delle strutture amministrative dedicate a tale scopo: la circolazione della parola scritta era infatti limitata, per le condizioni materiali in cui poteva avvenire, a una piccola parte della società dotata di significativi mezzi economici e culturali.

L'invenzione della stampa, come è evidente, fu una rivoluzione tecnologica che rese molto più facile la circolazione degli scritti, ampliando in modo notevole sia il pubblico che pure i potenziali autori. Ma fu una rivoluzione anche dal punto di vista della risposta dei poteri pubblici, che per la prima volta sentirono l'esigenza di istituire apparati di intervento preventivo, per governare e indirizzare i flussi informativi che lo sviluppo tecnologico aveva così tanto esteso.

¹³ Per un approfondimento, rinvio ai lavori di M. INFELISE e, in particolare, *I libri proibiti. Da Gutenberg all'Encyclopédie*, II ed., Roma-Bari, Laterza, 2013, 3 ss.

In realtà, questa risposta non fu immediata, ma fu innestata dalla rottura dell'unità religiosa europea: come noto, è proprio con la controriforma che la Chiesa cattolica si dota del più capillare e complesso sistema censorio (a cui erano speculari, anche se meno efficaci e più frammentati, i sistemi adottati nelle realtà in cui si era diffusa la riforma).

Sarebbe semplice e anche in qualche modo rassicurante ricostruire questa lunga storia come il tentativo dei poteri pubblici di governare la circolazione del sapere critico. E infatti la libertà di pensiero nasce e si consolida, non a caso, proprio come libertà fondamentale del singolo “contro” il potere pubblico; e di questa impostazione, che circonda di cautele l'intervento pubblico nel mercato dell'informazione ed è ostile a ogni forma di controllo pubblico sulla qualità e la direzione dei flussi informativi, è quella ancora oggi scolpita nelle costituzioni delle democrazie liberali, fra cui certamente anche quella italiana. E già questo dovrebbe portare a guardare con sospetto le più recenti tendenze che oggi vorrebbero restituire un qualche ruolo alla mano pubblica nella selezione dei contenuti informativi.

Non va però al contempo dimenticata la complessità della dinamica storica che si è appena evocata, in cui gli apparati burocratici censori (che certamente ci appaiono, visti oggi, odiosi) rispondevano anche a esigenze emerse dalle stesse società su cui insistevano, per assicurare le condizioni minime della convivenza pacifica all'interno di comunità in cui la coesione religiosa (e quindi anche di pensiero) era un requisito irrinunciabile. Né può essere trascurato il fatto che i sistemi di controllo istituiti per motivi religiosi e gestiti dalle autorità ecclesiastiche si siano anche rivelati utili strumenti di governo sociale pure nella prospettiva dei detentori del potere politico.

Con ciò non si vuole certo elogiare l'affermazione della censura nell'Europa moderna, ma ricordare come essa si sia sviluppata nel momento in cui un'evoluzione tecnologica dirompente si è verificata in un contesto non attrezzato a gestirne tutte le conseguenze; e che dunque non è nemmeno nuovo il fenomeno per cui la richiesta di forme di controllo anche preventivo vengono da settori della società, e con le migliori intenzioni, magari accompagnate da una certa sfiducia sulla capacità delle masse di reggere con serenità l'urto di nuovi mezzi di comunicazione.

Venendo a tempi più recenti, un altro esempio paradigmatico è la vicenda della censura cinematografica, che ha accompagnato questo mezzo di comunicazione, almeno sul piano formale, fino a pochi anni fa¹⁴. Nella vicenda italiana, alle proiezioni di film si applicò sin dal principio la disciplina prevista per gli spettacoli teatrali, che lasciava ad ogni prefetto la decisione della proiezione nella relativa provincia. Furono gli stessi produttori cinematografici, con pragmatismo, a proporre di creare una struttura centralizzata di controllo preventivo delle pellicole, assumendosene pure gli oneri; proposta che si tradusse rapidamente in un impianto repressivo via via raffinato dall'Italia liberale e poi ereditato senza soluzioni nette di continuità da quella fascista.

¹⁴ Sulla storia della censura cinematografica italiana v., da ultimo, la ricca ricostruzione di C. De Fiore, *Cinema e Costituzione. Profili storici e giuridici della libertà di espressione cinematografica*, Milano-Udine, Mimesis, 2024.

Proprio la potenza del nuovo mezzo, che poteva raggiungere ogni strato della società a prescindere dal censo e dal grado di istruzione, non ha lasciato sostanziali dubbi o freni all'intervento attivo del potere pubblico, spaventato dalle gigantesche potenzialità comunicative del medium cinematografico e al contempo capace di sfruttarle con notevole capacità. Il regime fascista, infatti, si servì con abilità del cinema, e ciò anche grazie a interventi attivi di finanziamento e supporto delle opere considerate allineate.

Ma la sfiducia e il timore verso questo mezzo permangono anche nella fase successiva, in quella che è forse una delle norme meno liberali del nostro testo costituzionale: l'ultimo comma dell'art. 21, come noto, consente (e forse addirittura sollecita) interventi di tipo preventivo per assicurare il rispetto del buon costume, e proprio tale disposizione ha fornito il quadro per mantenere fino a tempi recentissimi un sistema di censura cinematografica. Quando, nel 1962, la materia è stata tardivamente riformata, il legislatore repubblicano non dovette pertanto abdicare del tutto a un apparato censorio, mantenendo in vita un sistema di revisione dei film destinati alla proiezione in sala. Il nuovo sistema si era emancipato da uno stringente giogo politico e limitava la possibilità di censura al solo metro del buon costume (rinunciando così ai criteri di natura diversa, quali l'ordine pubblico o il rispetto delle istituzioni). E tuttavia permaneva la possibilità di un divieto generalizzato di proiezione, espressione di un paternalismo a tutela di un pubblico che si continuava a ritenere non in grado di decidere da sé¹⁵. Il diniego di nulla osta ha colpito in verità una percentuale esigua di pellicole; ma questo al caro prezzo di una prassi talvolta grottesca di tagli concordati fra le commissioni di revisione e i produttori.

Soltanto con il passaggio al nuovo millennio il sistema di revisione cinematografica ha sostanzialmente rinunciato a esercitare un controllo di tipo effettivo; e, non a caso, in un contesto in cui ormai la proiezione in sala non costituiva più da tempo l'unica, e nemmeno la principale, forma di diffusione di audiovisivi¹⁶. La rinuncia alla censura, in altre parole, è avvenuta non tanto o non solo per il riconoscimento di una effettiva maturità degli spettatori, ma anche e forse soprattutto per la marginalità che caratterizza sempre più la visione dei film al cinema. Del resto, ormai da decenni la più grande parte di contenuti audiovisivi è fruita tramite media diversi: la televisione, ovviamente, a cui nella fase più recente si sono affiancate le piattaforme di streaming. Ed è interessante notare come per questi mezzi, delle potenzialità peraltro ben più pervasive rispetto al cinema (per la quantità di contenuti offerti, e per il fatto di offrirli all'interno delle mura domestiche), non siano mai stati oggetto di un formale apparato censorio prestabilito dalla

¹⁵ E non a caso i divieti per gli adulti erano stati vigorosamente criticati da autorevole dottrina: v. P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, Giuffrè, 1975, 97 ss.

¹⁶ Il sistema di censura cinematografica è stato infine del tutto superato con il decreto legislativo n. 203 del 2017, che ha istituito un diverso sistema di classificazione delle opere cinematografiche destinate alla proiezione in sala; tale nuovo sistema ha trovato applicazione, in concreto, a partire dal 2021. Sul punto v. N. CANZIAN, *Storia di un lungo addio: la censura cinematografica nell'esperienza italiana*, in *Rivista di diritto dei media*, 1, 2024, 46 ss.

legge; il che non vuol dire che non esistano o non siano esistite forme di censura di fatto, come si è verificato per la lunga fase in cui la gestione dei media televisivi è stata riservata al monopolio statale. O comunque ingerenze del potere politico sui contenuti veicolati dai mezzi di informazione, come mostrano alcuni recenti casi relativi soprattutto alla Rai.

3. I media di servizio pubblico: strumento del potere politico o presidio a garanzia del sistema informativo?

Prima di inoltrarci nel mare aperto delle questioni che investono le nuove tecnologie, credo meriti almeno un accenno un tema antico, specie in Italia, quello del rapporto tra potere politico e servizio pubblico radiotelevisivo.

In una intervista a Repubblica del 13 ottobre scorso, Giuliano Amato, interrogato in merito al tentativo del partito di maggioranza relativa di far eleggere dal Parlamento un giudice costituzionale senza alcuna previa condivisione con le opposizioni, riteneva «utile che anche in quella parte politica penetri progressivamente la consapevolezza che la Corte costituzionale non è la Rai - mi secca dirlo perché anche per la Rai non va bene: ma la Corte non può essere lottizzata»¹⁷.

La dichiarazione di Amato certo fotografa la realtà: qualche giorno prima, Governo e Parlamento avevano provveduto a nominare il nuovo consiglio di amministrazione della concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo secondo una logica spartitoria che assicurava alla maggioranza il controllo sull'azienda.

L'affermazione è comunque emblematica di una diffusa rassegnazione di fronte a un iato sempre più ampio tra i principi, costituzionali e ora anche europei, che impongono l'imparzialità, il pluralismo informativo e l'indipendenza dal punto di vista editoriale e funzionale dei fornitori di media di servizio pubblico e la concezione proprietaria che ispira i comportamenti dell'establishment politico.

Rassegnazione dovuta forse anche alla altrettanto diffusa convinzione di una progressiva perdita di centralità della televisione quale mezzo capace di «persuasione e di incidenza sulla formazione dell'opinione pubblica nonché sugli indirizzi socio-culturali» (Corte cost. n. 148 del 1981). In questo senso, lasciare agli appetiti della maggioranza i posti di comando della Rai non comprometterebbe la salute del sistema informativo, assicurata dalla pluralità dell'offerta televisiva complessiva e soprattutto dalla ricchezza dell'informazione veicolata in rete e tramite i social media.

I dati, tuttavia, sembrano smentire tale assunto: secondo un rapporto AGCom del 2018, nonostante la crescita imponente di nuove piattaforme trasmissive, in Italia «la televisione si conferma ancora il mezzo con la maggiore valenza informativa, sia per frequenza di accesso anche a scopo informativo, sia per importanza e attendibilità percepite»¹⁸ e rappresenta il principale, se non l'unico, strumento informativo per una larga fascia della popolazione. In questo contesto, dunque, il controllo dei media audiovisivi, specie da

¹⁷ S. FIORI, *Giuliano Amato: "Non si può lottizzare la Corte costituzionale. Serve condivisione"*, in *La Repubblica*, 13 ottobre 2024, 6.

¹⁸ AGCOM, Servizio economico-statistico, *Rapporto sul consumo di informazione*, febbraio 2018, II.

parte di forze della maggioranza, costituisce tuttora un rilevante fattore di squilibrio della competizione politica.

Non solo: studi recenti mostrano come il ruolo crescente dei media digitali non determini la sostituzione dello strumento televisivo con le nuove piattaforme ma muova, piuttosto, verso una crescente integrazione tra l'informazione veicolata dai media tradizionali e quella diffusa attraverso i nuovi strumenti di comunicazione. Integrazione nella quale solo i primi sembrano avere la capacità di estrarre dalla massa di notizie circolanti in rete quelle che si impongono effettivamente nel dibattito pubblico.

Vi è di più: qualche anno fa scrivevo che proprio il crescente rilievo dell'informazione on line dovesse condurre a «recuperare uno spazio per una forma di intervento pubblico di carattere non censorio né repressivo, ma (in senso lato) “pedagogico” e “di servizio”, che punti a fornire agli utenti, accanto a una informazione per quanto possibile accurata e obiettiva, anche gli strumenti per orientarsi nell'immensa varietà di contenuti reperibili in rete»¹⁹.

In sintesi, nella sempre più frammentata *information society*, le emittenti pubbliche sarebbero il mezzo ancor oggi più idoneo a favorire la diffusione di un'informazione condivisa e dunque di una conoscenza comune tra i consociati. Tale esigenza si rinviene anche nella recente legislazione europea, che valorizza la funzione dei servizi di media di qualità quale «antidoto alla disinformazione e alla manipolazione delle informazioni e alle ingerenze da parte di attori stranieri»²⁰.

La televisione “generalista” e, all'interno di essa, i media di servizio pubblico mantengono dunque un rilievo centrale nel panorama mediatico europeo e non sorprende, quindi, che la gran parte degli ordinamenti europei abbia conservato il modello c.d. “duale” nei servizi audiovisivi, caratterizzato dalla coesistenza di *broadcasters* privati e di un soggetto rientrante nella sfera pubblica, finanziato principalmente attraverso la tassazione e con ascolti generalmente rilevanti²¹.

L'avvento di nuove tecnologie e di nuove modalità di fruizione dei contenuti audiovisivi ha comunque imposto una riflessione generale sulla legittimazione dei media di servizio pubblico e su come si possano declinare oggi quei principi (pluralismo informativo, imparzialità, indipendenza della concessionaria, legame con la rappresentanza parlamentare), elaborati dalla Corte costituzionale sin dagli anni Settanta

¹⁹ G.E. VIGEVANI, *I media di servizio pubblico nell'età della rete. Verso un nuovo fondamento costituzionale, tra autonomia e pluralismo*, Torino, Giappichelli, 2018, 26.

²⁰ Considerando 14, Regolamento Ue 2024/1083 (European Media Freedom Act). Si è espresso in modo analogo il messaggio del Presidente della Repubblica del 6 novembre 2024, in occasione degli Stati Generali del Servizio Pubblico « In un tempo in cui la definizione del nostro orizzonte quotidiano passa attraverso algoritmi, per loro natura riduttivi della realtà a visioni conflittuali, il servizio pubblico di informazione ha il dovere di proporsi come strumento che ritrae e interpreta criticamente la complessità della realtà autentica, essenziale per percorsi di partecipazione democratica».

²¹ Per quanto concerne specificamente la Rai, essa mantiene, all'interno di un mercato televisivo ancora dominato dal duopolio, uno share di ascolti medi quotidiani attorno al 37.5%, analogo a quello del gruppo Mediaset (fonte: Osservatorio sulle comunicazioni AGCom, n. 3-2024, 16, accessibile all'indirizzo web https://www.agcom.it/sites/default/files/documenti/osservatorio/AGCOM_Osservatorio%20n.3-2024_2510.pdf), collocandosi tra le emittenti pubbliche europee con maggiore audience).

del secolo scorso (Corte cost. n. 225 del 1974) e di così complessa attuazione nella realtà dei successivi decenni.

Si ripropone, in un contesto differente, quello che è stato efficacemente definito il «paradosso della libertà di Stato»²², l'interrogativo circa il se e il come «l'esercizio di un diritto di libertà possa realizzarsi anziché in uno spazio di autonomia, in una prospettiva in qualche modo capovolta, attraverso un intervento diretto dello Stato, senza snaturarsi e perdere i suoi connotati tipici»²³.

Per rispondere a tale interrogativo, mi pare ormai necessario spostare l'attenzione dal livello nazionale a quello europeo.

Come noto, le istituzioni europee hanno approvato nella scorsa primavera il Regolamento UE 2024/1083 sulla libertà dei media (*European Media Freedom Act*), che troverà applicazione, per la maggior parte dei suoi articoli, a partire dall'agosto 2025. L'*EMFA* rappresenta il primo intervento organico a livello europeo che mira a disciplinare le regole dell'informazione, introducendo alcune importanti garanzie contro le interferenze politiche ed economiche nelle scelte editoriali e a tutela della libertà e del pluralismo dei mezzi di comunicazione²⁴. Si conferma, dunque, il progressivo spostamento della regolazione dei media dalla dimensione nazionale alla dimensione europea, dettato in questo caso dall'esigenza di assicurare il buon funzionamento del mercato dell'informazione ma anche e soprattutto dalla necessità di «tutelare la libertà e il pluralismo dei media quali due dei pilastri principali della democrazia e dello Stato di diritto» (considerando 2) e di imporre agli Stati (alcuni dei quali piuttosto riottosi) il rispetto del «diritto dei destinatari dei servizi di media di avere accesso a una pluralità di contenuti mediatici editorialmente indipendenti» (art. 3).

In altri termini, le istituzioni europee, considerando gli «approcci differenti alla tutela della libertà e dell'indipendenza editoriale» tra gli Stati membri e le «crescenti ingerenze nelle decisioni editoriali dei fornitori di servizi di media» (considerando 18), percorrono la via dell'armonizzazione delle normative nazionali, sebbene la competenza legislativa dell'Unione in materia sia controversa. E, tra i soggetti particolarmente esposti al rischio di ingerenze, il regolamento include i media di servizio pubblico, «data la loro vicinanza istituzionale allo Stato e a motivo dei finanziamenti pubblici che ricevono» (considerando 27), prevedendo di conseguenza una specifica disposizione, volta a rafforzarne le garanzie di autonomia²⁵.

²² G. GARDINI, *Rai e servizio pubblico radiotelevisivo: la "cultura italiana" in bilico tra unità, pluralismo e mercato*, in *Munus*, n. 2/2015, 185.

²³ P. CARETTI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione. Stampa, radiotelevisione, telecomunicazioni, teatro e cinema*, Bologna, il Mulino, 2013, 104.

²⁴ Per un approfondimento del processo che ha condotto alla nuova normativa, si vedano G. MUTO, *European Media Freedom Act: la tutela europea della libertà dei media*, in *Rivista di diritto dei media*, 3-2022, 209 ss. e Y.M. CITINO, *Verso l'European Media Freedom Act*, in *Rivista di diritto dei media*, 2-2022, 251 ss.

²⁵ Per un'analisi di questa disposizione E. ALBANESI, *I media di servizio pubblico ex art. 5 del regolamento europeo sulla libertà dei media (European Media Freedom Act)*, in *Astrid Rassegna*, 2024, 9 ss. nonché, più sinteticamente, G.E. VIGEVANI, *Il Regolamento europeo sulla libertà dei media: un passo verso un servizio pubblico indipendente*, in *Quad. cost.*, 2024, 741 ss.

In particolare, l'art. 5 EMFA mira a garantire l'autonomia editoriale dei media di servizio pubblico e la loro distanza dal potere che devono controllare, attraverso regole che assicurino l'indipendenza nella loro missione, garantita dalla definizione legislativa dei loro compiti, dall'indipendenza "strutturale" degli organi di governo dalle ingerenze del potere politico e dall'indipendenza "economica", che impone la certezza dei finanziamenti²⁶.

Si coglie nel complesso un impianto piuttosto chiaro, che pone autonomia editoriale e distanza dal potere politico quali condizioni preliminari per giustificare l'intervento diretto dello Stato nel mercato digitale.

Si tratta, lo riconosco, di principi da decenni patrimonio del diritto costituzionale italiano²⁷ e da altrettanto tempo lontani dal trovare una attuazione legislativa. Si è dunque facili profeti nel prevedere che anche la traduzione nella normativa italiana delle regole europee sarà condizionata dalla volontà del ceto politico di non perdere il controllo di uno tra i più rilevanti strumenti di formazione del consenso e che anche in futuro si continuerà a indicare la Rai come facile esempio di pratiche di occupazione del potere.

Resta che la strada che in questo caso il legislatore europeo sembra indicare per i media, specie di servizio pubblico, si collega alla ragione d'essere del costituzionalismo democratico: porre regole per limitare il più possibile le interferenze del potere, politico o economico, sulla formazione della cultura e delle opinioni dei cittadini e sul libero dispiegarsi delle formazioni sociali²⁸.

4. I media digitali e i rischi di un potere privato asservito a derive censorie

La dottrina costituzionalistica italiana²⁹ si è diffusamente interrogata sulle conseguenze sulla libertà di manifestazione del pensiero dello sviluppo di quella che, fino

²⁶ Più specificamente, l'art. 5 dell'EMFA prevede che la nomina sia effettuata «in base a procedure trasparenti, aperte, efficaci e non discriminatorie e su criteri trasparenti, oggettivi, non discriminatori e proporzionati stabiliti in anticipo a livello nazionale» e che la durata del mandato sia tale da garantire l'effettiva indipendenza del servizio pubblico; che la revoca prima della scadenza sia eccezionale e debitamente giustificata; che le risorse finanziarie siano adeguate, prevedibili, preferibilmente su base pluriennale e dunque idonee all'adempimento della missione di servizio pubblico e a garantire l'indipendenza editoriale dei fornitori di media di servizio pubblico.

²⁷ S rinvia alla fondamentale ricostruzione in A. PACE, M. MANETTI, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-II foro italiano, 2006, 575-624 nonché, se si vuole, a G.E. VIGEVANI, *I media di servizio pubblico nell'età della rete. Verso un nuovo fondamento costituzionale, tra autonomia e pluralismo*, cit., 194-210.

²⁸ Così G. GARDINI, *Rai e servizio pubblico radiotelevisivo: la "cultura italiana" in bilico tra unità, pluralismo e mercato*, in *Munus*, cit., 227.

²⁹ Tra i molti, A. PAPA, *Espressione e diffusione del pensiero in internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, Giappichelli, Torino, 2009; M. OROFINO, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti. Il dinamismo dei diritti in una società in continua trasformazione*, Giappichelli, Torino, 2014; M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione. Prospettive costituzionali e sovranazionali*, Aracne, Roma, 2019. Più recentemente, e con specifico riguardo alle piattaforme online, v. M.E. BUCALO, *I volti della libertà di manifestazione del pensiero nell'era digitale. Content moderation e regolazione di un diritto in evoluzione*, Giappichelli, Torino, 2023; C. PINELLI-U. RUFFOLO, *I diritti nelle piattaforme*, Giappichelli, Torino, 2023; F. PARUZZO, *I sovrani della rete. Piattaforme digitali e limiti costituzionali al potere privato*, ESI, Napoli, 2022.

a pochi mesi fa, era guardata come la più grande rivoluzione tecnologica degli ultimi decenni: la nascita del cyberspazio e di Internet.

L'avvento delle *Information and Communication Technologies* ha evidentemente trasformato il modo di fare e ricevere informazione³⁰ anche per il solo fatto che siti e piattaforme non sono “mezzi finiti”, nel senso che essi non hanno l'obbligo di selezionare i contenuti, come giornali cartacei e televisioni, avendo uno spazio a disposizione tendenzialmente illimitato.

E ciò indubbiamente ha abbattuto i limiti che, tradizionalmente, caratterizzavano il sistema informativo, per dare vita ad uno spazio aperto e partecipativo ove ogni cittadino può potenzialmente esprimere le proprie idee e confrontarsi con quelle altrui.

Questa dimensione partecipativa, riassunta nella metafora di Internet come nuova agorà pubblica libera e aperta, ha subito un qualche arretramento con l'occupazione della rete da parte di grandi piattaforme, facenti capo ad aziende private, che sono diventate le detentrici delle chiavi dei “cancelli dell'informazione” e che hanno progressivamente assunto il ruolo di “guardiani dei contenuti e delle informazioni”³¹.

Sono, dunque, tali “oligarchi del web” ad agire in concreto, con una ampia discrezionalità, in situazioni in cui sono coinvolti diritti individuali (ad esempio, la reputazione, il diritto all'oblio e il diritto alla *privacy*) o interessi collettivi (la lotta all'osceno, ai discorsi d'odio), mettendo in questo modo in discussione il legame tra esercizio del potere democratico e tutela dei diritti di libertà³².

Il dibattito scientifico si è, dunque, progressivamente spostato dall'analisi delle potenzialità e dei rischi per la libertà di espressione della fine del sistema verticale e unilaterale di diffusione delle informazioni al ruolo delle piattaforme online e alle relazioni tra questi e il potere politico.

Del resto – lo ha evidenziato bene Marco Bassini³³ – le dinamiche di disintermediazione dell'esercizio della libertà di parola che erano state propiziate dalla nascita del cyberspazio sembrano oggi limitate dalla significativa incidenza che le attività di moderazione di contenuti da parte delle piattaforme presentano sul grado di tutela della libertà di espressione, che si ritrova così nuovamente – ancorché diversamente – “intermediata”.

Questa peculiare interposizione delle piattaforme, catturata da Jack Balkin nella celebre metafora che descrive il *free speech* come un triangolo³⁴, ha reso popolare la

³⁰ L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017, pp. 1-265.

³¹ S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, New York, 2019, pp. 1-622; G.L. CONTI, *Manifestazione del pensiero attraverso la rete e trasformazione della libertà di espressione: c'è ancora da ballare per strada?*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2018, 201-225.

³² T. WU, *Will Artificial Intelligence Eat the Law? The Rise of Hybrid Social-Ordering Systems*, in *Columbia Law Review*, n. 7, 2019, p. 2004.

³³ M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione. Prospettive costituzionali e sovranazionali*, cit., p. 409 ss.

³⁴ Così J. BALKIN, *Free Speech Is a Triangle*, in *Columbia Law Review*, 118(7), 2018, p. 2011 ss.

qualificazione di questi attori alla stregua di “poteri privati”³⁵, divenuta a sua volta giustificazione dell’equivoca metafora del costituzionalismo “digitale”³⁶.

Se le vicende degli ultimi anni, a partire dall’esclusione di Donald Trump dai principali *social network*, raccontano, da un punto di vista descrittivo, un ruolo sempre più centrale, forse “para-costituzionale” delle piattaforme³⁷, sotto un profilo normativo e costituzionale non si può non evidenziare le criticità di una simile opzione³⁸.

Questa sequenza di impressionanti e rapidissime trasformazioni tecniche e sociali non può tuttavia privare l’approccio del costituzionalista dell’imperativo di ricorrere allo strumentario classico (unico, invero, suo proprio) per dare una lettura, anche entro questa transizione tecnologica, del rapporto tra informazione e potere pubblico.

In particolare, occorre chiedersi se l’equilibrio tra autorità e libertà che il costituzionalismo classico ha previsto per la manifestazione del pensiero possa essere replicato nel mondo digitale mediato dalle piattaforme o se proprio le straordinarie novità nei processi di creazione e diffusione dei contenuti tramite i *social media* debbano condurre a un superamento dei principi tradizionali e a un nuovo costituzionalismo “digitale”: un costituzionalismo che si vorrebbe ispirato a una logica differente e con differenti garanzie, fondato su sistemi di cooperazione tra poteri pubblici e piattaforme volti a regolare il discorso pubblico on line.

³⁵ Retaggio, forse, di analisi sviluppate in altri ambiti, per esempio in C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Jovene, Napoli, 1977. Per una pregevole decostruzione della retorica del “potere digitale” e una ragionata rilettura di tale nozione v. M. BETZU, *I baroni del digitale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2022. Invero, il dibattito non è certo nuovo e risale perlomeno agli studi di G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 1970, oggetto peraltro di una rilettura attualizzante e davvero lungimirante rispetto alle sfide di cui si discute oggi da parte di C. CARUSO, *L’individuo nella rete: i diritti della persona al tempo di Internet*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 4, 2013, p. 1 ss. Utile invece a proporre una riqualificazione del concetto di “potere digitale” l’analisi di O. POLLICINO, (voce) *Potere digitale*, in M. CARTABIA-M. RUOTOLO (dir.), *Potere e Costituzione*, I tematici, V-2023, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 2023, p. 410 ss.

³⁶ Per una più diffusa critica delle radici concettuali del c.d. costituzionalismo “digitale”, rinvio al mio *Piattaforme digitali private, potere pubblico e libertà di espressione*, in *Diritto Costituzionale. Rivista Quadrimestrale*, 1, 2023, p. 41 ss., ove mi pongo in una posizione controcorrente rispetto agli argomenti sviluppati da O. POLLICINO nella sua relazione a questo convegno, e più compiutamente esposti in *Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet A Road Towards Digital Constitutionalism?*, Bloomsbury, London, 2021 e in *Di cosa parliamo quando parliamo di costituzionalismo digitale?*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2023, p. 569 ss., nonché da altri giovani studiosi come E. CELESTE, *Digital constitutionalism: a new systematic theorisation*, in *International Review of Law, Computers & Technology*, 33, 2019, p. 76 ss., pur con condivisibili accenti critici, e G. DE GREGORIO, *Digital Constitutionalism in Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022. Nella dottrina non italiana l’uso di questa accezione risale all’opera di N. SUZOR, *Digital Constitutionalism: Using the Rule of Law to Evaluate the Legitimacy of Governance by Platforms*, in *Social Media + Society*, 4(3), 2018.

³⁷ Espressione assai felice per denunciare i “rischi” di una privatizzazione dell’*enforcement* dei diritti coniata da O. POLLICINO all’indomani della sentenza della Corte di giustizia *Google Spain* (causa C-131/12 del 13 maggio 2014) in *Google rischia di «vestire» un ruolo para-costituzionale*, in *Il Sole 24 Ore*, 14 maggio 2014.

³⁸ Enfatizza la necessità di non confondere i due piani M. BASSINI, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi “spazi pubblici” e “poteri privati”*. *Spunti di comparazione*, in *Rivista di diritto dei media*, 2, 2021, p. 67 ss.

Occorre dunque ripercorrere i nodi principali di questa fase per cogliere gli equivoci e anche gli errori compiuti dai legislatori (e talvolta anche dalle corti) che hanno in molti casi finito con il determinare una compressione del diritto di parola addirittura più grave di quella che ci si proponeva di contrastare, secondo il più classico, ma forse inatteso, paradigma di eterogenesi dei fini.

4.1. Internet delle origini: ciò che è lecito *offline* è lecito *online*

Il primo nodo non può che essere legato alle origini del cyberspazio e alle velleità di controllo del potere politico sulla diffusione delle informazioni in rete. Per vero, abbandonate rapidamente le illusioni anarcoidi sostenute dagli autori che avevano intravisto nella rete un limite alla sovranità statale³⁹, gli ordinamenti giuridici si sono posti il problema di assicurare che la tutela della libertà di espressione fosse egualmente garantita tanto *online* quanto *offline*⁴⁰. O, per meglio dire, che quanto illecito *offline* fosse considerato parimenti illecito anche *online* e viceversa per i contenuti leciti.

In questa fase peculiare di esplosione del web (siamo a ridosso degli anni '2000), l'approccio più significativo è stato quello del legislatore statunitense improntato, come noto, a sostenere la nascente industria digitale e al contempo a evitare che una regolamentazione del nuovo mezzo di comunicazione potesse condurre a uno scardinamento dell'ideale parallelismo tra ciò che è lecito e illecito *online* e *offline*⁴¹ e a un sacrificio della libertà di espressione.

L'occasione per l'affermazione di tali principi fu la diffusione di una pluralità di siti con contenuti vietati a minori. Il Congresso tentò in varie occasioni di introdurre misure per limitare l'accesso a questi contenuti, scontrandosi però sempre con la virtuosa intransigenza della Corte suprema nell'*enforcement* del Primo emendamento.

Soprattutto nella prima, storica sentenza relativa al mondo di Internet, *Reno v. ACLU* del 1997⁴², la Corte suprema volle mettere in evidenza la centralità del mezzo, così innovativo, per l'esercizio della libertà di espressione, argomentando al contempo come non vi fosse nessuna evidenza che un eventuale intervento del legislatore in sede di regolazione avrebbe sortito maggiori benefici rispetto alla sua inerzia⁴³ e così rifuggendo, in sostanza, l'opzione di una regolamentazione contenutistica *ad hoc* per il cyberspazio.

L'atteggiamento di favore della giurisprudenza della Corte suprema va letto congiuntamente ad altre iniziative del legislatore statunitense che hanno seguito una

³⁹ D.R. JOHNSON-D.G. POST, *Law and Borders - the Rise of Law in Cyberspace*, in *Stanford Law Review*, 48, 1996, p. 1367 ss.

⁴⁰ Per una approfondita disamina del dibattito sulla regolazione ovvero anarchia nel cyberspazio, v. ancora M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione*, cit., p. 21 ss.

⁴¹ In tema v. anche M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *La Rivista "Gruppo di Pisa"*, 2, 2021, p. 166 ss., spec. p. 171.

⁴² 521 U.S. 844.

⁴³ 521 U.S. 844, 885: «*As a matter of constitutional tradition, in the absence of evidence to the contrary, we presume that governmental regulation of the content of speech is more likely to interfere with the free exchange of ideas than to encourage it. The interest in encouraging freedom of expression in a democratic society outweighs any theoretical but unproven benefit of censorship*».

strada diversa rispetto a quella “censoria”, incontrando non a caso maggiore fortuna. Se, infatti, il Congresso si è posto il tema di fronteggiare l’avvento di un nuovo canale di diffusione delle manifestazioni di pensiero, ciò non gli ha impedito, ma anzi ha imposto, di ricercare soluzioni che consentissero di far valere anche *online* la liceità ovvero l’illiceità di contenuti.

Quest’ultima necessità ha richiesto al legislatore di confrontarsi con l’intermediazione tecnica che le prime, all’epoca embrionali piattaforme digitali prestavano agli utenti desiderosi di condividere idee od opinioni. La scelta compiuta dal Congresso nel 1996, con la nota Section 230 del *Communications Decency Act*⁴⁴, è ispirata dall’obiettivo di una sostanziale neutralità dei fornitori di servizi rispetto ai contenuti.

La norma, infatti, prevede un esonero di responsabilità, vietando di considerare un fornitore di servizi alla stregua di un *publisher* o di uno *speaker* rispetto ai contenuti di natura diffamatoria pubblicati dagli utenti. La *Good Samaritan clause* opera sia nel caso in cui la piattaforma si attivi per la moderazione di un contenuto, per esempio eliminandolo, sia nell’ipotesi in cui opponga inerzia. Vi è di più: la previsione riguarda contenuti di carattere diffamatorio o comunque di natura discutibile (*objectionable*), indipendentemente dall’esistenza di una protezione costituzionale.

A ben vedere questa disposizione, elogiata⁴⁵ ma anche assai criticata nel corso del tempo come sintesi di uno sfrenato “liberismo digitale”, traduce un fondamentale obiettivo di politica del diritto: non solo allontanare i poteri pubblici dal governo dei contenuti in rete (o – per meglio dire – non legittimare un maggior controllo, rispetto al mondo fisico, sui contenuti *online*), ma anche evitare di condizionare i fornitori di servizi che operano tecnicamente sui contenuti – e che dunque dispongono di un “potere”, ma solo in senso tecnico – nelle loro attività di moderazione. Ovviamente la fiducia che il Congresso ripose nel 1996 nella Section 230 era fondata sulla incrollabile vocazione espansiva racchiusa nel Primo emendamento e, al contempo, su una struttura ancora del tutto “primitiva” del cyberspazio, allora popolato da numerosissime comunità virtuali e non ancora oligopolizzato da uno sparuto numero di “giganti del web”⁴⁶.

L’affermazione di Internet come mezzo di espressione è dunque stata salutata con tendenziale favore, avendo dischiuso opportunità inedite per il pubblico di esternare le proprie manifestazioni di pensiero, oltre che di ricevere informazione più facilmente e

⁴⁴ 47 U.S.C. 230. Come spiegato da M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione*, cit., pp. 116-117, la decisione del Congresso di approvare questa normativa *bypartisan* fu motivata da alcune incertezze sulla qualificazione dei fornitori di servizi emersi nei primi precedenti giurisprudenziali. Il Congresso volle in particolare anestetizzare il pericolo di “salti in avanti” da parte delle corti, soprattutto alla luce di quanto verificatosi nel caso *Prodigy*, 1995 WL 323710 (N.Y. Sup. Ct. 1995), in cui la Corte suprema dello Stato di New York aveva ritenuto responsabile della pubblicazione di contenuti di terzi un prestatore di servizi “virtuoso” che aveva implementato linee guida per gli utenti e incaricato un team di amministratori sull’assunto che tali caratteristiche denotassero un “potere di controllo” e dunque un’attività sostanzialmente editoriale sufficiente a equiparare il gestore della piattaforma a un *publisher*.

⁴⁵ Per esempio, J. KOSSEFF, *The Twenty-Six Words that Created the Internet*, Cornell University Press, Ithaca, 2019.

⁴⁶ Così M. BASSINI, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi “spazi pubblici” e “poteri privati”*, cit., p. 72.

con maggior ventaglio di scelta. L'abbattimento dei costi di produzione e di accesso all'informazione è stato efficacemente sintetizzato da Eugene Volokh già nel 1995 con la formula "*cheap speech*"⁴⁷. Questo scenario corrispondeva idealmente, come è stato notato⁴⁸, alla realizzazione del libero mercato delle idee, una delle principali giustificazioni della tutela del *free speech* negli Stati Uniti, elaborata in tempi non sospetti (oltre un secolo fa) dalla Corte suprema⁴⁹.

L'abbondanza dei contenuti pareva essere garantita anche dal fiorire di molteplici canali trasmissivi. In questa fase poteva dirsi senz'altro prevalente una connotazione privatistica delle comunità virtuali che ospitavano contenuti pubblicati dagli utenti; comunità amministrate da operatori che l'ordinamento manteneva liberi da condizionamenti rispetto al modo in cui avrebbero esercitato le proprie prerogative di "polizia dei contenuti". Non si poneva, allora, alcuna questione rispetto alla possibilità di contemplare un'efficacia orizzontale indiretta alla libertà di espressione che potesse condizionare l'attività di moderazione, vincolandola: paradossalmente, la Section 230 CDA consentiva ai fornitori di servizi di moderare contenuti a prescindere dalla loro protezione costituzionale, facendo peraltro riferimento anche a contenuti meramente "*objectionable*" e non necessariamente illeciti.

4.2. La trasformazione della sfera digitale e il ruolo delle piattaforme private

Le coordinate del dibattito sono significativamente mutate al cospetto di quella che è stata definita la "piattaformizzazione" della sfera pubblica⁵⁰, che ha determinato una trasformazione nello spazio digitale⁵¹. Ancorché si tratti ancora di uno spazio "occupato" da soggetti privati, animati da finalità imprenditoriali, si assiste a una sempre più frequente immedesimazione tra pubblico e privato.

Proprio l'affermazione di un gruppo limitato di attori privati dotati di un relevantissimo potere di mercato ha segnato una evoluzione nel tradizionale intendimento di questi spazi. La presenza del cittadino nella sfera pubblica digitale e la conseguente capacità di produrre e ricevere contenuti risulta ormai condizionata dall'accesso alle (poche) piattaforme e al rispetto dei relativi termini di servizio. La struttura oligopolistica del mercato dei servizi digitali ha così reso le piattaforme attori sempre più centrali,

⁴⁷ E. VOLOKH, *Cheap speech and what it will do*, in *The Communication Review*, 1(3), 1996, p. 261 ss.

⁴⁸ Ancora M. BASSINI, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi "spazi pubblici" e "poteri privati"*, cit., p. 78.

⁴⁹ In particolare, dal giudice Holmes nel suo celebre *dissenting in Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919). Recentemente, hanno ammonito rispetto alla perdurante validità di questa giustificazione, nel mondo digitale, O. POLLICINO-A. MORELLI, *Metaphors, Judicial Frames, and Fundamental Rights in Cyberspace*, in *The American Journal of Comparative Law*, 68(3), 2020, p. 616 ss. V. anche O. POLLICINO, *Fake news, internet and metaphors (to be handled carefully)*, in *Italian Journal of Public Law*, 9(1), 2017, p. 1 ss.

⁵⁰ Così, pur da una prospettiva di sociologia dei media, M. SORICE, *La «piattaformizzazione» della sfera pubblica*, in *Comunicazione politica*, 3, 2020, p. 371 ss.

⁵¹ Sul piano prettamente costituzionale, le conseguenze sono state ben analizzate da M. MONTI, *Le Internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2019, p. 811 ss.

sollevando un dibattito sulla loro equiparazione ai servizi pubblici proprio per il loro carattere di “essenzialità” per l’esercizio del diritto alla libertà di espressione.

Per un verso, una qualificazione in senso pubblicistico vincolerebbe l’attività di moderazione delle piattaforme, così allineando la *private governance* di questi spazi con lo stesso standard di tutela praticato nel rapporto tra Stato e cittadino (nel linguaggio di Balkin, la *old school speech regulation*). Per altro verso, mantenere lo status privatistico consentirebbe di preservare il potere delle piattaforme digitali di effettuare discrezionalmente la moderazione di contenuti (fermo restando l’obbligo di rimuovere contenuti illegali), così escludendo anche quelli non illeciti ma semplicemente sgraditi, magari perché contrari alle condizioni di servizio ma non all’ordinamento: si pensi, solo per fare un esempio, al contrasto alla disinformazione e alle *fake news*, rispetto a contenuti semplicemente falsi ma non lesivi di alcun interesse pubblico o bene giuridico⁵².

Le diverse e non sempre convergenti prese di posizione della giurisprudenza sul tema raccontano di una varietà di approcci, che spaziano da una concezione ancora privatistica degli spazi digitali a una più visione marcatamente pubblicistica.

Emblematiche, in questo, senso sono le vicende giudiziarie italiane che hanno coinvolto i movimenti politici di Casapound e Forza Nuova, da una parte, e Facebook-Meta, dall’altra⁵³. La piattaforma, infatti, qualificando i movimenti in questione come organizzazioni politiche di incitamento all’odio e alla violenza, ne aveva disabilitato le relative pagine *social*. Ciò aveva spinto tali movimenti a ricorrere in giudizio per chiedere la riattivazione dei rispettivi profili e nuovamente avere l’accesso al servizio.

Le risposte della giurisprudenza, assai diverse non solo negli esiti ma anche nella qualificazione della natura giuridica dei servizi svolti dai social media e degli obblighi in capo alle stesse a tutela dei principi costituzionali, mostrano i limiti di una qualificazione pubblicistica delle piattaforme. E ciò sia quando i giudici hanno assunto un approccio “libertario”, qualificando i social media fondamentalmente quali agorà pubbliche, con l’obbligo, a tutela del principio del pluralismo, di dar voce agli utenti e, in particolare, a tutti i protagonisti del dibattito pubblico, senza potere imporre restrizioni alla libera manifestazione del pensiero eccedenti rispetto a quelle che il legislatore stesso si è dato con la normativa penale⁵⁴, sia quando hanno adottato un orientamento “protezionistico”, che postula un dovere legale di Facebook di rimuovere contenuti discriminatori di cui è a

⁵² Mi sono espresso con Marco Bassini sul tema, con riflessioni che mi paiono godere ancora di una certa attualità, in G.E. VIGEVANI-M. BASSINI, *Primi appunti su fake news e dintorni*, in *Rivista di diritto dei media*, 2017, p. 11 ss.

⁵³ In tema, rinvio a G.E. VIGEVANI, *Dal “caso Casapound” del 2019 alla “sentenza Casapound” del 2002: piattaforme digitali, libertà di espressione e odio on line nella giurisprudenza italiana*, in *Rivista di diritto dei media*, 2, 2023, p. 143 ss. Cfr. anche le distinte ma entrambe ben argomentate note di P. VILLASCHI, *Facebook come la RAI?: note a margine dell’ordinanza del Tribunale di Roma del 12.12.2019 sul caso CasaPound c. Facebook*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2, 2020, 430 ss. e di C. CARUSO, *I custodi di silicio. Protezione della democrazia e libertà di espressione nell’era dei social network*, in *Consulta Online*, 17 marzo 2020. Per una panoramica estesa anche in chiave comparata agli Stati Uniti, v. nuovamente M. BASSINI, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi “spazi pubblici” e “poteri privati”*, cit.

⁵⁴ Trib. Roma, sez. spec. imprese, ord. 12 dicembre 2019.

conoscenza, in ragione della sua speciale posizione e della attività di indubbio rilievo sociale che svolge. E ciò, si badi, anche a prescindere dalla illiceità sul piano penale di tali contenuti⁵⁵.

Quest' ultimo orientamento pare figlio di una più generalizzata tendenza a sviluppare un rapporto sempre più dialogico e cooperativo tra le grandi piattaforme, da una parte, e i poteri pubblici, dall' altra, secondo una logica di co-regolamentazione, di cui si discuterà nel paragrafo successivo, che mira a consentire una pronta rimozione dei contenuti ritenuti pericolosi per i singoli utenti e per la democrazia nel suo insieme.

Tale tendenza affonda, a sua volta, le proprie radici nella presa d' atto che i poteri statuali non sono in grado di contrastare nel mondo digitale la c.d. “zona grigia”, ossia tutti quei fenomeni che appaiono appunto come pericolosi, anche se non necessariamente illeciti dal punto di vista penale. Muovendo da questa prospettiva, gli Stati ritengono necessario disegnare un nuovo sistema di protezione in cui gli ordinamenti politici pongono i fini e le piattaforme forniscono, invece, i mezzi per attuarli⁵⁶.

La conseguenza è, tuttavia, quella di una sempre più crescente delega delle funzioni censorie in capo a soggetti privati, cui spetta il compito di assicurare l' *enforcement* delle politiche pubbliche e la valutazione circa la conformità o meno dei contenuti pubblicati in rete. Ma non solo. La conseguenza è quella, paradossale rispetto alle concezioni delle origini, per cui nella rete gli spazi della libertà di manifestazione del pensiero tenderebbero a contrarsi rispetto ai media tradizionali, e ciò proprio perché le piattaforme sarebbero incentivate dai poteri pubblici a eliminare contenuti che, di per loro, per quanto sgradevoli o ripugnanti non sono comunque vietati o puniti dalla legge.

Questo approccio, che pur muove da una comprensibile esigenza di fondo, ossia quella di regolamentare la comunicazione *online* e contrastare la diffusione di contenuti che inquinano sotto profili diversi il dibattito pubblico (qualità e attendibilità delle notizie, ma anche protezione dal discorso d' odio o comunque discriminatorio, e così via), rischia, tuttavia, di mettere in crisi alcuni pilastri fondanti del costituzionalismo liberal-democratico.

4.3. L'evoluzione normativa europea e il mito del “costituzionalismo digitale”

È su questo sfondo che si collocano gli sforzi più recenti del legislatore europeo che, avendo colto le dinamiche in atto nel settore dei servizi digitali, e in particolare nell' ambito delle piattaforme di grandi dimensioni che ospitano contenuti generati dagli utenti, è intervenuto dopo numerosi anni di inerzia, che non avevano risparmiato incertezze sul piano giurisprudenziale, per recuperare alla dimensione del controllo pubblico l' attività delle piattaforme private.

⁵⁵ Trib. Roma, sez. dir. della persona, sent. 5 dicembre 2022, n. 17909; Trib. Roma, sez. dir. della persona, ord. 23 febbraio 2020.

⁵⁶ M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà d' espressione e i nuovi censori dell' agorà digitale*, in *Rivista Italiana di Informatica e Diritto*, n. 1, 2019, p. 35 ss.

È a partire da questa fase che nel dibattito dottrinale si è fatta spazio la suadente ma a mio avviso ingannevole formula del costituzionalismo c.d. “digitale”, peraltro foriera di significati differenti a seconda dell’uso che ne viene fatto⁵⁷ e tutt’altro che riconducibile a un concetto univoco. Si tratta, pertanto, di un’espressione priva di una coerenza interna e di un preciso significato, adoperata perlopiù in funzione retorica, allo scopo di alimentare la (corretta, ma perfettibile) narrazione di uno spazio digitale bisognoso di recupero di alcune garanzie che ai cittadini sono assicurate negli spazi “non virtuali”, se non addirittura di rifondare i principi del costituzionalismo alla luce del nuovo contesto tecnologico⁵⁸.

È, infatti, evidente il problema che la trasformazione dello spazio pubblico digitale, complice una struttura di potere oligopolistica, ha portato con sé: la privatizzazione di spazi divenuti pressoché essenziali per l’esercizio di quello che Volokh definì il *cheap speech*, con conseguente privatizzazione, così, anche delle dinamiche di controllo e dunque, potenzialmente, di censura e di *enforcement* dei diritti. Se privati sono i “luoghi” virtuali di esercizio del diritto di parola, privati diverranno altresì i meccanismi che sovrintendono alla circolazione di idee e opinioni, codificati dai termini e dalle condizioni di servizio delle piattaforme, unilateralmente predisposti da queste e accettati “per adesione” dagli utenti.

L’esercizio della libertà di espressione viene così traslato dalla dimensione del rapporto tra Stato e cittadino – dove, per dirla con Balkin, è governato dalla *old school speech regulation* ma anche accompagnato da un preciso corredo di garanzie costituzionali – alla dimensione contrattuale del rapporto tra utenti e piattaforme – dove trova spazio la *private governance* definita attraverso i termini di servizio ma sono assenti quei “laccioli al potere” che derivano dalle norme costituzionali.

Se questo problema è sicuramente rilevante e identifica un fronte critico che ha motivato il legislatore, soprattutto dell’Unione europea, ad agire, nella dinamica tra informazione e potere ciò che desta maggiore preoccupazione non è la privatizzazione del controllo sui contenuti *tout court*, quanto il sistema di controllo sui c.d. “poteri privati” escogitato dai poteri pubblici.

Come detto, corti e legislatori hanno certamente colto la necessità di rimediare alle sottrazioni delle incisioni della libertà di espressione di matrice privata (come l’attività di moderazione di contenuti svolta da piattaforme online) alle garanzie costituzionali che presidiano le limitazioni da parte dei poteri pubblici del diritto di parola. Questo tentativo di recupero, però, ha finito per percorrere strade non sempre virtuose ed efficaci, dando vita a una sostanziale eterogenesi dei fini: con la “scusa” di voler imbrigliare il c.d. potere

⁵⁷ Si v. per esempio il tentativo di tassonomia elaborato da E. CELESTE, *Digital constitutionalism: a new systematic theorisation*, cit. Talvolta questa formula viene utilizzata per reclamare l’applicazione alla società digitale i principi del costituzionalismo contemporaneo (così in O. POLLICINO, *Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet*, cit.), talaltra per ridisegnare tali principi e adattarli alla nuova realtà (così per esempio G. DE GREGORIO, *Digital Constitutionalism in Europe*, cit.).

⁵⁸ D. REDEKER, L. GILL, U. GASSER, *Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights*, in *International Communication Gazette*, n. 4, 2018, 302-319.

privato entro maglie che riprodussero il senso delle garanzie costituzionali, il legislatore ha finito per alimentare possibili distorsioni⁵⁹. Distorsioni derivanti sia da un intervento *formalmente* privatistico ma guidato (perché a ciò “costretto”) dalla “mano” delle autorità pubbliche (come nel caso della *collateral censorship*⁶⁰ ben evidenziata negli studi che si sono occupati di responsabilità delle piattaforme⁶¹ e talvolta colta anche dalle corti⁶²), sia da una regolazione pubblicistica intesa direttamente a condizionare il funzionamento del libero mercato delle idee.

Ricorrendo nuovamente alla metafora di Balkin, a determinare un’incisione della libertà di espressione non è più soltanto la *private governance* di cui sono fautori soprattutto i gestori delle piattaforme online – un’ingerenza comprensibile e tutto sommato “giustificabile”, in assenza di un’efficacia orizzontale delle garanzie costituzionali – ma anche la *new school speech regulation* con la quale le autorità pubbliche hanno tentato di governare la complessità del cyberspazio.

Tuttavia, è proprio il costituzionalismo “non digitale” a indicare chiaramente che il potere da limitare è *in primis* quello pubblico, il che sollecita a interrogarsi se la cooperazione tra pubblico e privato nel mondo digitale non sia una prospettiva dannosa per preservare l’equilibrio tra informazione e potere al centro della Costituzione.

Prima di discutere le più recenti soluzioni adottate dal legislatore europeo, è utile cogliere le principali manifestazioni di questi problemi che si sono avute nel corso dell’ultimo decennio.

Va premesso che, su questo sfondo, la scelta dell’ordinamento statunitense di mantenere le piattaforme libere da incentivi o pressioni che ne potessero condizionare l’attività di moderazione, pur pensata per un’epoca e un mondo totalmente diversi (nel 1996), è forse, paradossalmente, l’opzione più felice rispetto al pericolo di un “introiettamento” del controllo pubblico nella moderazione privata di contenuti.

Può forse bastare a dimostrare questo punto il fatto che l’unico intervento realmente concreto ipotizzato per modificare questo *status quo*, intrapreso in un clima di dichiarata ostilità alle piattaforme che sarebbe successivamente esacerbato in altre vicende ancora più note, risale a un *Executive Order*⁶³, poi revocato, dell’allora presidente Donald

⁵⁹ Tesi esposta e percorsa con maggiore dettaglio in G.E. VIGEVANI, *Piattaforme digitali private, potere pubblico e libertà di espressione*, cit.

⁶⁰ Concetto elaborato rispetto al Primo emendamento da J. BALKIN, *Free Speech and Hostile Environments*, in *Columbia Law Review*, 99(8), 1999, 2295 ss.; v. anche ID., *Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society*, in *New York University Law Review*, 79, 2004, p. 1 ss.

⁶¹ V. M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione*, cit., spec. p. 111 ss. nonché M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà d’espressione e i nuovi censori dell’agorà digitale*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 1, 2019, p. 35 ss.

⁶² Si v. la celebre opinione dissenziente dei giudici Sajó e Tsotsoria nel caso *Delfi*: Corte europea dei diritti dell’uomo, Grande camera, ricorso n. 64569/09, 16 giugno 2015.

⁶³ *Executive Order on Preventing Online Censorship*.

Trump⁶⁴. Quanto è più curioso di questa vicenda, al di là degli sviluppi che – ironia della sorte – hanno riguardato personalmente Trump, è la sua dichiarata intenzione di “*preventing online censorship*”. Verosimilmente questa iniziativa avrebbe sortito conseguenze ben diverse, ma è sintomo di una preoccupazione emersa anche negli Stati Uniti, e cioè che, complice l’ampia portata del Primo emendamento e la sostanziale *deregulation* in materia di responsabilità delle piattaforme, queste ultime potessero “censurare” opinioni politiche semplicemente sgradite “rifugiandosi” nell’esercizio di una libertà di moderazione dei contenuti addirittura assurta essa stessa, in una recente pronuncia della Corte suprema⁶⁵, a esercizio costituzionalmente tutelato della libertà di espressione.

4.4. Poteri pubblici, piattaforme e rischi di censure

Tornando però al costituzionalismo europeo e ai problemi “di casa nostra”, è evidente il tentativo delle istituzioni europee di rimediare all’accresciuto potere delle piattaforme nelle dinamiche di moderazione dei contenuti. Se l’affidare a soggetti privati e ai loro “algoritmi” «le valutazioni sostanziali sulla liceità dei contenuti da eventualmente rimuovere (privatizzazione sostanziale della censura)»⁶⁶ ha finora corrisposto a una sostanziale “delega di *enforcement*”, questa operazione pone ora un pericolo di “asservimento” delle piattaforme rispetto al potere pubblico⁶⁷.

Se si pensa alla rilevanza che il fenomeno della disinformazione⁶⁸ ha assunto nelle intenzioni del legislatore dell’Unione europea e, talvolta, pur maldestramente, in quelle del legislatore nazionale, si percepisce come la volontà (condivisibile) di assoggettare il “potere privato” delle piattaforme digitali a una serie di limiti che rispondono alla centralità da loro assunta nelle dinamiche di esercizio della libertà di espressione potrebbe costituire “la scusa” mediante la quale tentare di realizzare un condizionamento dell’opinione pubblica tramite la *longa manus* delle piattaforme digitali.

La stessa vicenda della esclusione di Trump dai principali *social network*, a ben vedere, se isolata dal merito delle opinioni espresse e dai comportamenti tenuti, senz’altro riprovevoli, è indicativa dell’enorme potere di cui le piattaforme digitali detengono per

⁶⁴ Per un commento, v. G. CASAVOLA, *L’executive order di Trump e l’Internet che nessuno vorrebbe*, in *MediaLaws.eu*, 22 giugno 2020; v. anche J. MATHEWS, *Trump v. Twitter*, in *Verfassungsblog*, 30 maggio 2020.

⁶⁵ V. la sentenza del 1° luglio 2024 nelle cause riunite *Moody v. NetChoice, LLC e NetChoice, LLC v. Paxton*, 603 U.S. ____ (2024). Per un commento, v. M. BASSINI-G. FINOCCHIARO-O. POLLICINO, *Il Primo emendamento Usa tutela le piattaforme e dà loro un ruolo editoriale*, in *Il Sole 24 Ore*, 10 luglio 2024.

⁶⁶ Così M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet platforms*, cit., p. 36.

⁶⁷ Ho evidenziato questi pericoli nella voce *Informazione e potere*, in M. CARTABIA-M. RUOTOLO (dir.), *Potere e Costituzione*, cit., p. 235, oltre che in *Piattaforme digitali private, potere pubblico e libertà di espressione*, cit., p. 45.

⁶⁸ Per un bell’affresco sulle problematiche generate dalla disinformazione per la democrazia, v. C. HASSAN-C. PINELLI, *Disinformazione e democrazia. Populismo, rete e regolazione*, Marsilio, Venezia, 2022. Per un’altra prospettiva, v. anche G. PITRUZZELLA-O. POLLICINO, *Disinformation and Hate Speech: A European Constitutional Perspective*, EGEA, Milano, 2020.

compiere un'ipotetica "polizia del pensiero"⁶⁹. Non è casuale che anche negli Stati Uniti sia nata, proprio sulle ceneri di questa vicenda, una riflessione sulla necessità di "imbrigliare" il potere privato⁷⁰.

Nemmeno è casuale che, sul terreno della disinformazione, si sia avuta una prima vicenda in cui era contestata l'indebita interferenza, specialmente nel periodo della pandemia da Covid-19, da parte dei poteri pubblici nelle politiche di moderazione di contenuti disinformativi da parte delle piattaforme digitali⁷¹.

Per lungo tempo, in Europa, questo rischio si è materializzato grazie alla peculiare regolazione racchiusa nella Direttiva sul commercio elettronico (direttiva 2000/31/CE); nella vigenza di una normativa che ha scontato una pressoché immediata obsolescenza, l'attitudine di alcune corti a responsabilizzare⁷² le piattaforme per la mancata rimozione di contenuti ha reso evidente un sostanziale *favor* verso dinamiche censorie⁷³. Di fatto, entro questo assetto, contornato da incertezza normativa (cui non ha mancato di dare supporto la giurisprudenza⁷⁴), la privatizzazione dell'*enforcement* era largamente condizionata nel suo svolgersi dalla possibilità di incorrere in responsabilità per contenuti di terzi⁷⁵.

Inoltre, l'inerzia serbata a lungo dal legislatore europeo ha indotto alcuni legislatori nazionali a intervenire di propria sponte, come accaduto in Francia⁷⁶ e in Germania⁷⁷, con provvedimenti intesi a imporre obblighi rafforzati di rimozione di contenuti in termini generalmente assai ristretti e assistiti dalla previsione di sanzioni molto gravose,

⁶⁹ In proposito si v. il commento di M. MANETTI, *Facebook, Trump e la fedeltà alla Costituzione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1, 2021, p. 195 ss.

⁷⁰ 593 U.S. ___ (2021) *Biden v. Knight First Amendment Institute at Columbia University*, 20-197, Thomas, *concurring*, commentata da M. BASSINI, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi "spazi pubblici" e "poteri privati"*, cit., p. 77 e da M. MONTI, *Le categorie del costituzionalismo e le fonti alla prova della propaganda politica online: utente-consumatore o utente-cittadino?*, in *DPCE Online*, 50, Sp. Issue 2021, 2022, p. 1269 ss.

⁷¹ *Murthy v. Missouri*, 603 U.S. ___ (2024), 23-411.

⁷² Cfr. anche E. APA-O. POLLICINO, *Modelling the liability of internet service providers. Google vs. vivi down. A constitutional perspective*, EGEA, Milano, 2013.

⁷³ Come sottolineato da G. CONTI, *Manifestazione del pensiero attraverso la rete e trasformazione della libertà di espressione: c'è ancora da ballare per strada?*, in *Rivista AIC*, 4, 2018, p. 207: «questo sistema premia chi opera la censura, perché chi non censura non riceve nessun beneficio».

⁷⁴ Per una ricostruzione ampia anche in chiave comparata v. M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione*, cit., p. 107 ss.

⁷⁵ Su questo crinale v. M. BASSINI, *Fundamental rights and private enforcement in the digital age*, in *European Law Journal*, 25(2), 2019, p. 182 ss.

⁷⁶ Ci si riferisce alla c.d. "loi Avia", dichiarata incostituzionale dal Conseil constitutionnel con decisione n. 2020-801 DC del 18 giugno 2020 e a proposito della cui vicenda v. C. SICCARDI, *La "Loi Avia". La legge francese contro l'odio on line (o quello che ne rimane)*, in M. D'AMICO-C. SICCARDI (a cura di), *La costituzione non odia*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 167 ss. e M. FOGLIA, *Le esitazioni del legislatore francese nel contrasto ai discorsi d'odio in rete*, in *ConsultaOnline*, 16 marzo 2020.

⁷⁷ Ci si riferisce al c.d. NetzDG o *Network Enforcement Act (Netzwerkdurchsetzungsgesetz)*, che ha sostanzialmente anticipato l'avvento del *Digital Services Act*, su cui N. FIANO, *Il linguaggio dell'odio in Germania: tra wehrhafte Demokratie e Netzwerkdurchsetzungsgesetz*, in M. D'AMICO-C. SICCARDI (a cura di), *La costituzione non odia*, cit., p. 155 ss.

nell'ottica di un più efficace *enforcement* dei limiti previsti dall'ordinamento alle manifestazioni di pensiero.

Queste sortite, però, non hanno migliorato la situazione né condotto a esiti soddisfacenti nella prospettiva ora in esame, aumentando di fatto la pressione sulle piattaforme. Anzi, proprio la possibilità per i legislatori di servirsi dei fornitori di servizi nella lotta a determinate forme di pensiero rende ben visibile, in tutte le sue coordinate costituzionalistiche, il problema. Se, infatti, comminare sanzioni elevate per le piattaforme che non collaborino prontamente nell'*enforcement* di determinati limiti alla libertà di espressione può essere utile, per esempio, nell'economia della lotta ai discorsi d'odio e alla diffamazione in rete, questo stesso *modus operandi* potrà trovare spazio per far valere restrizioni dal sapore illiberale⁷⁸, legate a contenuti non sempre e non necessariamente illeciti, come nel caso della disinformazione⁷⁹.

Entro questo schema, è evidente come la regolazione si trasformi sostanzialmente in una sorta di co-regolamentazione, che peraltro è stata la via "ufficialmente" percorsa dalla Commissione europea nei due ambiti in cui si registra l'adozione di codici di condotta, ossia i discorsi d'odio (*hate speech*) e la disinformazione⁸⁰.

Come argomentato in altre sedi, la "delega di funzioni" che si verifica grazie all'alleanza tra potere pubblico e piattaforme private rischia di erodere tutti e tre i fondamentali presidi che la Costituzione ha eretto a tutela della libertà di manifestazione del pensiero, ossia la riserva di legge per l'individuazione dei limiti al diritto in questione, la riserva di giurisdizione in relazione all'accertamento di eventuali illeciti e il divieto di controlli preventivi⁸¹.

Per inquadrare correttamente la questione, va ribadito che la libertà di pensiero nasce e si afferma tradizionalmente come libertà fondamentale dell'individuo "contro" il potere pubblico, percepito come un (potenziale) pericolo per una piena e libera circolazione delle idee e per un'adeguata informazione dell'opinione pubblica⁸². Trattasi, come si è accennato, di un tema dalle radici antiche e che ricorre nell'esperienza costituzionale degli ordinamenti moderni, ove al successo di un nuovo mezzo di comunicazione tende a corrispondere una reazione del potere pubblico al fine di estendervi il proprio controllo e un tentativo del costituzionalismo di arginare tali velleità di condizionamento.

⁷⁸ In questo senso anche le conclusioni, a suo tempo, del volume di M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione*, cit., p. 409 ss.

⁷⁹ Sul rapporto tra disinformazione e democrazia, v. anche S. SASSI, *Disinformazione contro Costituzionalismo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2021.

⁸⁰ Si v. il *Code of conduct on countering illegal hate speech online* del 2016 e lo *Strengthened Code of Practice on Disinformation* del 2022.

⁸¹ G.E. VIGEVANI, *Piattaforme digitali private, potere pubblico e libertà di espressione*, cit., p. 46.

⁸² V. CRISAFULLI, *Problematica della "libertà d'informazione"*, in *Il Politico*, 1964, 287; C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 1958, 40; A. PACE-M. MANETTI, *La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in *Commentario della Costituzione* fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, *Rapporti civili (Art. 21)*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, 2006, 52 e 345 ss.

Date queste premesse, la delega, di cui si diceva, alle piattaforme digitali (soggetti privati) di compiti di controllo sul discorso pubblico che tradizionalmente spetterebbero alle autorità pubbliche è oltremodo problematico, in quanto comporta un'elusione delle regole costituzionali che le autorità pubbliche sono tradizionalmente tenute a rispettare in questi casi.

Riserva di legge e di giurisdizione sono evidentemente aggirate, nella misura in cui, per un verso, la configurazione di contenuti come illeciti non riposa più esclusivamente sul dato legislativo ma dalla scelta compiuta attraverso una serie di atti di *soft law*, molto fumosi, frutto della cooperazione tra organi pubblici e privati e, per altro verso, è carente qualsiasi organo terzo e imparziale – oltre che qualsiasi garanzia di contraddittorio – nel momento in cui la limitazione è eseguita⁸³.

Allo stesso tempo, il divieto di censura preventivo è sostanzialmente oggetto di elusione proprio nella misura in cui piattaforme che agiscono secondo queste coordinate sono potenzialmente asservite ai poteri pubblici, divenendone la *longa manus*⁸⁴. Se è vero, come sostiene Tim Wu, che «*what Facebook and other platforms are building can also be described, without exaggeration, as among the most comprehensive censorship machines ever built*»⁸⁵, questo schema finisce con il dotare i pubblici poteri di un potere mai visto prima, consentendo loro di aggirare il divieto di interventi preventivi e di interferire in concreto sulla libertà di espressione e sul diritto di essere informati dei cittadini.

È allora evidente l'equivoco del costituzionalismo "digitale": distogliere lo sguardo dal potere da limitare in via prioritaria, ossia quello pubblico, che potrebbe evidentemente trarre soltanto vantaggi e dunque coltivare interesse nel limitare il "potere" di attori privati: non però per finalità virtuose, bensì per servirsene.

4.5. Disciplina europea del digitale e principi "classici" del *free speech*

Solo di recente, con il pacchetto di provvedimenti costituito dal *Digital Services Act*⁸⁶ e dal *Digital Markets Act*⁸⁷, la strada intrapresa pare forse scongiurare alcuni di questi pericoli e assecondare un graduale recupero di alcune garanzie in grado di assicurare che il rapporto tra informazione e potere ripeta anche nello spazio digitale i suoi connotati tipici.

Il *Digital Services Act* parrebbe prendere atto del pericolo di una deriva censoria derivante da logiche di co-regolamentazione tra pubblico e privato. Il regolamento, per un verso, agisce sul versante della trasparenza, rafforzando la posizione degli utenti al cospetto delle piattaforme, anche sul piano delle garanzie procedurali. Per altro verso, il

⁸³ Ivi, p. 47.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ T. WU, *Will Artificial Intelligence Eat the Law? The Rise of Hybrid Social-Ordering Systems*, in *Columbia Law Review*, cit., 2022.

⁸⁶ Regolamento (UE) 2022/2065 del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali.

⁸⁷ Regolamento (UE) 2022/1925 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali).

DSA concede a sua volta uno spazio alla co-regolamentazione, ammettendo il ricorso allo strumento dei codici di condotta per facilitare la corretta applicazione delle sue norme (così l'art. 45). Nondimeno, quest'ultima opzione è percorsa con cautela, non per subordinare l'operato degli attori privati alla mano pubblica e senza stabilire alcun procedimento stringente, come era accaduto in alcune esperienze nella vigenza della Direttiva sul commercio elettronico.

Come già affermato altrove⁸⁸, questa scelta trasforma la co-regolamentazione in una sostanziale autoregolamentazione, in cui spetta in primo luogo alle piattaforme individuare, nel perimetro definito genericamente dal regolamento, i contenuti da rimuovere. Per quanto si mantenga una delega di funzioni (inevitabile, stante il centrale ruolo di intermediazione tecnica delle piattaforme), essa non comporta alcuna "regia pubblica".

È una forma di cooperazione da salutare come il minore dei mali che, pur preservando alle piattaforme la discrezionalità nella moderazione dei contenuti, le "inchioda" a obblighi di trasparenza tanto più stringenti quanto più rilevante è il loro ruolo per l'esercizio della libertà di espressione, che contribuiscono a rendere anche la prospettiva della collaborazione con i poteri pubblici meno pericolosa⁸⁹.

Nell'ottica di fare di Internet uno spazio che possa preservare il rapporto tra autorità e libertà, vi sono altri correttivi "classici" che, lungi dalla retorica del costituzionalismo "digitale", potranno ulteriormente prestare una loro utilità.

La dimensione della trasparenza già presente nel *DSA* è sicuramente incoraggiante ed è idealmente il punto di saldatura con le norme costituzionali sulla libertà di espressione, *in primis* l'art. 21 della Costituzione italiana. È un punto di partenza che può essere salutato con favore e merita un'applicazione su aspetti centrali come la provenienza e l'autenticità dei contenuti, che potrebbero favorire il contrasto alla disinformazione senza scomodare pericolosamente l'intervento del potere pubblico entro queste dinamiche.

Il rimedio della trasparenza pare altrettanto utile, anche alla luce delle indicazioni della normativa europea sull'intelligenza artificiale, a spiegare le decisioni assunte dalle piattaforme in sede di moderazione dei contenuti: così, la trasparenza non riguarda soltanto l'algoritmo in sé, ma anche le scelte compiute dalle piattaforme che possono talvolta riposare su decisioni automatizzate.

Ma, ancora, la trasparenza viene in rilievo per quanto concerne un ulteriore profilo, ossia la provenienza dei contenuti. Trattasi di un principio sancito all'art. 21, comma 3, Cost., ove si statuisce la responsabilità personale di chi divulga informazioni e, quindi, si

⁸⁸ G.E. VIGEVANI, *Piattaforme digitali private, potere pubblico e libertà di espressione*, cit., p. 52.

⁸⁹ Vi sono tuttavia alcune rilevanti eccezioni che segnalano un rafforzamento della cooperazione tra governi e piattaforme nella direzione di un maggiore influenza delle autorità pubbliche sui contenuti. Un esempio è il meccanismo di risposta alle crisi previsto dell'art. 48 del Regolamento ("Protocolli di crisi"), che consente alla Commissione, in presenza di circostanze straordinarie che incidono sulla sicurezza pubblica o sulla salute pubblica, di elaborare protocolli di crisi che prevedano, per le piattaforme e i motori di ricerca di dimensioni molto grandi, misure proporzionate ed efficaci da attuare nel rispetto dei diritti fondamentali, quali la «ben evidenziata visualizzazione di informazioni sulla situazione di crisi fornite dalle autorità degli Stati membri o a livello di Unione».

lega la libertà in materia di manifestazione del pensiero alla responsabilità di chi esercita questo diritto, nella convinzione che il pensiero espresso deve sempre essere riconducibile ad un soggetto specifico.

Muovendosi da questo dato costituzionale, pare una soluzione ragionevole imporre alle piattaforme di accertare e indicare chi pubblica un contenuto (ad esempio, segnalando se si tratta di una persona fisica, una persona giuridica, un organo governativo, un programma automatico come un *bot* oppure un utente anonimo) e da dove provenga, permettendo così agli utenti di valutare più consapevolmente l'informazione e facilitando la lotta ad account falsi, che rivelano indubbiamente l'esistenza di campagne disinformative.

In questa prospettiva, la trasparenza dovrebbe richiedere di regola assenza di anonimato, sull'assunto di un contesto democratico dove è tutelata – e non repressa o minacciata – la libertà di manifestazione del pensiero degli individui e dove la possibilità di partecipare liberamente a un dibattito pubblico, ossia al libero mercato delle idee, esigerebbe idealmente “in cambio” un esercizio “a volto scoperto”⁹⁰.

In terzo luogo, sulla scia dell'art. 21, comma 5, Cost., si potrebbe richiedere alle piattaforme di indicare e rendere intellegibili le fonti di finanziamento di coloro che veicolano informazioni: in questo modo, si farebbe luce su quali poteri si celano dietro talune notizie e si renderebbe l'intero processo informativo meno opaco agli occhi dell'opinione pubblica.

Altra questione cruciale riguarda il sostegno anche economico all'informazione di qualità: in questa direzione si muove, ad esempio, l'European Media Freedom Act, il regolamento adottato nel 2024 che prevede, tra l'altro, l'introduzione di garanzie sulla trasparenza dei finanziamenti, contro le interferenze politiche nelle decisioni editoriali e contro il fenomeno del c.d. “media capture” nei confronti dei fornitori di servizi di media pubblici e privati ma anche una serie di garanzie specifiche nei confronti delle piattaforme online di dimensioni molto grandi, qualora esse intervengano per sospendere o limitare la visibilità di contenuti generati da imprese che esercitano la responsabilità editoriale su di essi.

In sintesi, a mio avviso, piuttosto che implementare meccanismi che consentano un rapido controllo e una pronta rimozione dei contenuti, con l'inevitabile rischio le piattaforme diventino la *longa manus* di un'autorità pubblica che volesse limitare le voci eterodosse, anticonformiste e dar vita a nuove forme di censura, ci si dovrebbe orientare verso l'imposizione di regole di pluralismo, trasparenza e responsabilità *ex post* per chi immette contenuti illeciti, rivalutando in questo modo i principi “classici” che governano il rapporto autorità-libertà in materia di libertà di espressione.

Vi è, infine, l'innegabile dimensione del potere: potere vieppiù economico, che merita di essere frammentato nell'ottica di restituire alla sfera pubblica un sufficiente grado di

⁹⁰ Mi richiamo a quanto ho esposto in G.E. VIGEVANI, *Anonimato, responsabilità e trasparenza nel quadro costituzionale italiano*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2, 2014, p. 207 ss.

pluralismo esterno, secondo gli insegnamenti che derivano, tra l'altro, dalla nostra Corte costituzionale⁹¹: a questo scopo dovrebbe corrispondere il *Digital Markets Act*.

Certamente questa linea sconta delle criticità, ma rimane il fatto che la libera circolazione delle idee in un quadro di reale concorrenza tra pensieri differenti e in assenza di forme di censura arbitrarie rimane la strada maestra segnata dalla Costituzione, che, per quanto scritta in un periodo storico in cui la tecnologia era ancora di là da venire, dovrebbe continuare a rappresentare la bussola per orientarsi di fronte alle sfide poste dalla rivoluzione digitale, cifra distintiva del nostro tempo. E, sia concesso, nella convinzione che il “libero mercato delle idee”, se inteso non in senso caricaturale, quale spazio privo di regole, ma quale sistema basato su una effettiva concorrenza tra le piattaforme e sulla libera circolazione dei pensieri e delle informazioni, parafrasando Churchill, sia certo il peggior modo di giungere alla verità, eccezion fatta per tutte quelle altre forme che si sono finora sperimentate.

5. Intelligenza artificiale, informazione e controllo

Resta, infine, da indagare la frontiera più inesplorata, ovvero gli effetti dello sviluppo dei sistemi di intelligenza artificiale e della recentissima legislazione europea in materia sugli equilibri tra potere politico, sistema dell'informazione e cittadini.

Si tratta, evidentemente, di un'indagine ancora *in fieri*, che necessita di conferme sia sul piano della comprensione degli avanzamenti dello stato della tecnica sia su quello della concreta applicazione della disciplina introdotta con l'*AI Act* del 2024⁹².

Qualche prima considerazione può comunque essere avanzata già a questo stadio dell'evoluzione, specie in merito ai rischi di una regolazione che possa interferire sui processi di produzione e diffusione di contenuti tramite l'intelligenza artificiale generativa, ad esempio favorendo quelli graditi ai governanti e riducendo lo spazio per le opinioni dissidenti o comunque minoritarie e sgradite.

Invero, se la declinazione del rapporto tra diritto e tecnica attraverso le precedenti transizioni tecnologiche ha raccontato di scelte non sempre felici e in grado di preservare effettivamente un rapporto equilibrato tra informazione e potere, la reazione del legislatore dell'Unione europea all'avvento dei sistemi di intelligenza artificiale lascia forse intravedere qualche cauto segnale di ottimismo.

È vero che l'Unione europea, confermando la sua diffidente attitudine verso l'affermazione di nuovi mezzi di comunicazione, ha inteso per prima regolare, con l'*AI Act*, i sistemi di intelligenza artificiale, con una scelta che suscita però qualche dubbio

⁹¹ Sull'intersezione tra concorrenza e tutela dei diritti costituzionali v. A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Le regole di Internet tra poteri pubblici e privati*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023; v. anche M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, cit.

⁹² Regolamento (UE) 2024/1689 del 13 giugno 2024 che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale).

sulle sue *chances* di successo⁹³ oltre che qualche feroce satira⁹⁴. Il fatto che il legislatore si sia affannato per costruire in tempi brevi un quadro di regole rappresenta sicuramente una scommessa e traduce il pregiudizio che ha animato altre transizioni, in cui ha trovato spazio un diffuso timore che l'evoluzione tecnologica di turno potesse rivelarsi "pericolosa".

Con specifico riguardo alle possibili conseguenze sulla tutela della libertà di espressione, perlomeno a uno sguardo "astratto" e ancora privo di riscontri pratici, sembrerebbe però scongiurato il rischio che la disciplina europea sull'intelligenza artificiale possa favorire tentazioni censorie da parte dei poteri pubblici e incidere negativamente sul rapporto tra autorità politica e informazione nonché sullo spazio di libertà garantito al confronto delle idee.

Questa impressione parrebbe corroborata da alcuni elementi.

Anzitutto, il fatto che il regolamento sia nato nel quadro del *New Legislative Framework* (ossia del "pacchetto" di misure con le quali l'Unione europea ha inteso rafforzare la libera circolazione delle merci nel mercato unico, anche impattando sulla sicurezza dei prodotti⁹⁵) e attinga al relativo strumentario consente di cogliere una prima anima nell'*AI Act* di legislazione sulla sicurezza dei prodotti (e dei servizi). Questa connotazione si evince anche dalla base giuridica, indicata anzitutto nell'art. 114 del TFUE, che radica nell'Unione europea la competenza per l'adozione di misure finalizzate al ravvicinamento delle disposizioni nazionali che hanno per oggetto l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno.

Questa prima anima non esclude una seconda e ulteriore natura del regolamento quale atto inteso a proteggere i diritti fondamentali degli individui⁹⁶: il secondo pilastro su cui si radica la base giuridica è dato dall'art. 16 TFUE, che sancisce la natura di diritto fondamentale della protezione dei dati personali. Questo riferimento così specifico non significa, ovviamente, che il raggio di azione a tutela dei diritti del regolamento sia limitato ma evidenzia la grande contiguità con la normativa europea sulla protezione dei dati personali, il GDPR. La "lente" attraverso la quale l'Unione europea guarda all'intelligenza artificiale è soprattutto quella dei dati.

⁹³ Per esempio, v. E. CIRONE, *L'AI Act e l'obiettivo (mancato?) di promuovere uno standard globale per la tutela dei diritti fondamentali*, in *Quaderni AISDUE - Rivista quadrimestrale*, 2, 2024; M. ALMADA-A. RADU, *The Brussels Side-Effect: How the AI Act Can Reduce the Global Reach of EU Policy*, in *German Law Journal*, 2024, p. 3; U. PAGALLO, *Why the AI Act Won't Trigger a Brussels Effect*, in *ssrn.com*, 2023. A proposito del c.d. *Brussels effect*, v. A. BRADFORD, *The Brussels Effect. How the European Union Rules the World*, Oxford University Press, Oxford, 2020.

⁹⁴ Così, ad esempio, l'editoriale di V. ZENO-ZENCOVICH, *Artificial intelligence, natural stupidity and other legal idiocies*, in *Rivista di diritto dei media*, 1, 2024, 9-12.

⁹⁵ Regolamento (CE) n. 765/2008, che pone norme in materia di accreditamento e vigilanza del mercato per quanto riguarda la commercializzazione dei prodotti e che abroga il regolamento (CEE) n. 339/93; la decisione n. 768/2008/CE relativa a un quadro comune per la commercializzazione dei prodotti e che abroga la decisione 93/465/CEE; il regolamento (UE) 2019/1020 sulla vigilanza del mercato e sulla conformità dei prodotti e che modifica la direttiva 2004/42/CE e i regolamenti (CE) n. 765/2008 e (UE) n. 305/2011.

⁹⁶ Sulla "doppia anima" dell'*AI Act*, v. M. ALMADA-N. PETIT, *The EU AI Act: A Medley of Product Safety and Fundamental Rights?*, RSC Working Paper 2023/59, Robert Schuman Centre for Advanced Studies.

Queste considerazioni non sono ovviamente sufficienti, da sole, ad avallare un pronostico positivo sulla possibilità che questa normativa non produca conseguenze distorsive sul sistema dell'informazione.

Del resto, anche l'avvento dei sistemi di intelligenza artificiale, al pari delle altre rivoluzioni tecnologiche che si sono poste finora in rassegna, è stato accompagnato dall'affacciarsi di alcune velleità di controllo da parte del potere politico. Come evidenziato, non pare che il legislatore dell'Unione europea abbia immediatamente percepito l'intelligenza artificiale alla stregua di un mezzo di comunicazione. È vero, però, che i principali momenti di *impasse*⁹⁷ nell'iter legislativo si sono avuti a mano a mano che si sono disvelate le potenzialità dell'intelligenza artificiale anche quale mezzo di espressione, grazie soprattutto alla diffusione dell'IA generativa. Proprio a questa prepotente affermazione hanno fatto seguito, infatti, alcuni tentativi – fino ad allora non emersi – di “imbrigliare” l'intelligenza artificiale generativa, coniando regole che ne cogliessero il potenziale rispetto all'impatto sulla sfera pubblica.

La regolazione di questa peculiare tecnologia è così assurda, rapidamente, a nodo critico che ha visto confrontarsi posizioni distanti tra Parlamento e Consiglio nel corso del procedimento legislativo, causate anche da disparità di vedute⁹⁸ che soltanto il trologo ha potuto (parzialmente) riconciliare e condurre a una sintesi che è confluita nell'AI Act. Non è forse casuale che lo spauracchio della disinformazione – che, a onta di ogni equivoco, costituisce senz'altro un problema reale – sia stato agitato al cospetto del diffondersi di sistemi di intelligenza artificiale generativa per reclamare, anche in quella sede, un intervento regolamentare forte. Il timore che ha accompagnato questa fase di progresso tecnologico è che i sistemi di intelligenza artificiale potessero agevolare la produzione di contenuti falsi o l'alterazione di contenuti autentici, facilitandone altresì la propagazione, con l'obiettivo precipuo di condizionare i processi democratici, *in primis* le elezioni.

Motivi di preoccupazione sono emersi anche in relazione alla salvaguardia del ruolo dell'informazione come presidio democratico. L'affermazione di sistemi come ChatGPT, ossia *large language models* che consentono di soddisfare la curiosità di una persona rispondendo a una semplice loro domanda, rischia infatti di distogliere i cittadini dai mezzi di informazione tradizionali dotati di una struttura editoriale, per ripiegare su un'alternativa apparentemente personalizzata.

Non solo: come dimostra la causa intentata da New York Times nei confronti di OpenAI negli Stati Uniti nel dicembre 2023⁹⁹, vi è il rischio che i sistemi di intelligenza artificiale generativa si affermino come nuovi modelli di business che si alimentano dei contenuti protetti dal diritto d'autore (dunque, violando le privative dei titolari dei diritti)

⁹⁷ B. CALDERINI, *AI Act, stallo per colpa dell'IA generativa: trologo in disaccordo*, in *Agenda Digitale*, 15 novembre 2023.

⁹⁸ F. PALMIOTTO, *The AI Act Roller Coaster: How Fundamental Rights Protection Evolved in the EU Legislative Process*, in *ssrn.com*, 4 giugno 2024.

⁹⁹ United States District Court Southern District of New York, *New York Times Co., v. Microsoft Corp., OpenAI, Inc., et al.*, Case 1:23-cv-11195, filed 12/27/23.

per riproporre *output* che, di fatto, si affermerebbero come alternative di consumo più *user-friendly* e personalizzate per gli utenti¹⁰⁰.

5.1. Le scelte del legislatore europeo tra co-regolamentazione e trasparenza

Per cogliere il possibile impatto del regolamento europeo sull'intelligenza artificiale sul rapporto tra informazione e potere è dunque necessario esplorare quali soluzioni abbia adottato in concreto il legislatore in questa sede¹⁰¹. Tra le soluzioni già sperimentate dal legislatore in passato, pur con conseguenze non sempre felici, il ricorso alla co-regolamentazione e la previsione di obblighi di trasparenza costituiscono due strumenti che si ritrovano anche nel testo dell'AI Act.

Muovendo dalla co-regolamentazione, va premesso che, a differenza delle “deleghe di potere” che si sono potute osservare nell'ambito di Internet, e con particolare riferimento alle piattaforme sociali, non sembra che il regolamento confezioni un analogo spostamento di funzioni, radicandole in capo ai fornitori o utilizzatori di sistemi di intelligenza artificiale.

È vero che anche quest'atto attribuisce, come già il *DSA*, uno spazio importante alla co-regolamentazione, in particolare con riguardo ai modelli di intelligenza artificiale per finalità generali¹⁰². Ma a differenza di quanto accade nell'ambito di Internet, non pare che la co-regolamentazione sia destinata a occupare un terreno in grado di incidere direttamente sui contenuti disponibili nella sfera pubblica e sul ruolo dell'informazione. È evidente come questi tentativi si iscrivono nella direzione di governare la complessità di questi modelli, anche alla luce del rischio sistemico che il loro utilizzo può determinare. Non sembrano però affacciarsi, in questo particolare contesto tecnologico, dei veri e propri “poteri privati”; semmai, si tratta di soggetti imprenditoriali con un rilevantissimo potenziale economico.

In secondo luogo, è certamente apprezzabile, in un mondo che si fa “artificiale”, la preoccupazione del legislatore dell'Unione europea di elevare la trasparenza a requisito applicabile ai sistemi di natura generativa. È l'art. 50 del regolamento, in particolare, a specificare gli obblighi in tal senso applicabili ad alcuni sistemi di intelligenza artificiale. Merita anzitutto precisare che i fornitori debbono garantire che i sistemi destinati a interagire direttamente con le persone fisiche siano progettati e sviluppati in modo che

¹⁰⁰ Un problema analogo si è posto in tempi non lontani con riferimento ai servizi di alcuni prestatori di servizi della società dell'informazione che rassegnavano mediante brevi estratti consistenti in stringhe di testo (i c.d. *snippet*) i contenuti di notizie reperite presso siti terzi di testate giornalistiche. Tra questi, il servizio *Google News* è stato spesso al centro delle principali recriminazioni da parte degli editori, timorosi che l'offerta di un mero link accompagnato da una breve descrizione del contenuto della notizia fosse sufficiente ad appagare i bisogni informativi degli utenti, così da dispensarli dalla consultazione delle fonti così rassegnate, con conseguente indebolimento non soltanto degli introiti derivanti agli editori ma anche della funzione democratica insita nel sistema dell'informazione.

¹⁰¹ Per una panoramica sulle scelte compiute dal legislatore nella regolamentazione dei modelli di intelligenza artificiale c.d. *general purpose*, v. O.J. GSTREIN-N. HALEEM-A. ZWITTER, *General-purpose AI regulation and the European Union AI Act*, in *Internet Policy Review*, 13(3), 2024, p. 1 ss.

¹⁰² M. CANTERO GAMITO-C.T. MARDSEN, *Artificial intelligence co-regulation? The role of standards in the EU AI Act*, in *International Journal of Law and Information Technology*, 32(1), 2024.

queste ultime siano informate del fatto di stare interagendo con un sistema di intelligenza artificiale.

Il par. 2, poi, stabilisce che i fornitori di sistemi di intelligenza artificiale che generano contenuti audio, immagine, video o testuali sintetici debbono garantire che gli output siano marcati in un formato leggibile meccanicamente e rilevabili come generati o manipolati artificialmente¹⁰³. Questo requisito consente di stabilire una prima barriera a salvaguardia dell'autenticità dei contenuti, fermo restando che un contenuto generato artificialmente non corrisponde necessariamente a un contenuto non affidabile o inaccurato: semplicemente, l'*AI Act* impone che un contenuto artificiale sia riconoscibile come tale.

Analogamente, il par. 4 dell'art. 50 prevede alcuni obblighi che fanno capo agli utilizzatori, curiosamente accomunando i produttori di *deep fakes* e i produttori di informazione.

Infatti, per un verso, la norma richiede agli utilizzatori di un sistema che genera o manipola immagini o contenuti audio o video di rendere noto che il contenuto è stato generato o manipolato artificialmente. Inoltre, se il contenuto fa parte di un'analogia opera o di un programma manifestamente artistici, creativi, satirici o fittizi, gli obblighi di trasparenza sono limitati al rivelare l'esistenza di tali contenuti generati o manipolati. Tale obbligo andrà assolto in modo adeguato, senza ostacolare l'esposizione o il godimento dell'opera.

Si apprezza, in questa disposizione, l'assenza di un atteggiamento eccessivamente "paternalistico": i *deep fakes*¹⁰⁴ non sono in sé vietati; ciò non toglie che lo diventino nel caso corrispondano a contenuti illeciti (come nel caso dei contenuti pornografici generati artificialmente associando immagini di persone reali, che formano la maggior parte dei *deep fakes* esistenti)¹⁰⁵.

Per altro verso, invece, la norma stabilisce che gli utilizzatori di un sistema che genera o manipola un testo pubblicato allo scopo di informare gli utenti su questioni di interesse pubblico devono rendere noto che il testo è stato generato o manipolato artificialmente. Essi sono però dispensati da tale obbligo se il contenuto è stato sottoposto a un processo di revisione umana o di controllo editoriale e una persona fisica o giuridica detiene la responsabilità editoriale della pubblicazione del contenuto¹⁰⁶.

¹⁰³ Quest'obbligo conosce un'area di eccezione, per esempio, nel caso di sistemi di intelligenza artificiale che svolgano una funzione di assistenza per l'editing standard o non modificano in modo sostanziale gli input forniti dall'utilizzatore o la relativa semantica.

¹⁰⁴ Sul tema, specialmente in rapporto alla disinformazione, v. anche M. CAZZANIGA, *Una nuova tecnica (anche) per veicolare disinformazione: le risposte europee ai deepfakes*, in *Rivista di diritto dei media*, 1, 2023, p. 170 ss.

¹⁰⁵ B. VAN DER SLOOT-Y. WAGENSVELD, *Deepfakes: regulatory challenges for the synthetic society*, in *Computer Law & Security Review*, 46, 2022, 105716. Per un più ampio approfondimento sui sistemi di intelligenza artificiale generativa v. B. VAN DER SLOOT, *Regulating the Synthetic Society*, Bloomsbury, London, 2024.

¹⁰⁶ Analogo principio è stato sancito, tra l'altro, anche nell'EMFA, che impone ai fornitori di servizi di media su piattaforme online di dimensioni molto grandi di fornire una funzionalità che consenta ai destinatari dei loro servizi di «dichiarare che non forniscono contenuti generati da sistemi di intelligenza

Si coglie in queste pieghe del regolamento la volontà del legislatore europeo di integrare l'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale generativa nel sistema dell'informazione, evitando che sistemi come ChatGPT possano ergersi indiscriminatamente a *competitor* inaffidabili privi di una struttura editoriale ma egualmente appetibili per il pubblico a causa della semplicità con la quale sanno restituire risposte specifiche in base alle richieste degli utenti.

Il legislatore pare essersi avveduto, così, dell'utilità che il requisito della trasparenza può acquisire nel governo del più innovativo tra i mezzi (anche) di comunicazione, intuendo il potenziale senz'altro dirompente insito nei sistemi di intelligenza artificiale generativa.

La strada percorsa dal legislatore appare in linea di principio condivisibile, in quanto, anziché propendere per una regolamentazione dei contenuti dettata dai timori legati all'innovatività della tecnologia, si spoglia di qualsiasi presunta velleità "censoria" per lasciare il campo "metaforicamente" al libero mercato delle idee. Un mercato realmente libero, anzitutto, perché non costretto da vincoli precostituiti né condizionato da logiche di potere come quelle che sono state identificate sullo sfondo delle piattaforme digitali.¹⁰⁷ È un mercato nel quale le idee sono "nude", ossia non occultate nella loro provenienza artificiale ma proposte come tali, come prodotti artefatti il cui valore, pertanto, deve essere correttamente inteso.

5.2. L'intersezione tra libertà di espressione e intelligenza artificiale

Se le scelte del legislatore europeo paiono condivisibili nella misura in cui sembrano mettere a profitto uno strumentario di cui si è fatto uso, non sempre virtuoso, al cospetto di precedenti transizioni tecnologiche, e soprattutto all'avvento di Internet, vi è sicuramente un nodo centrale che merita considerazione in un'analisi in chiave costituzionale delle dinamiche tra potere e informazione sullo sfondo dell'intelligenza artificiale.

Il rapporto tra libertà di espressione e intelligenza artificiale è un tema che, finora, ha incontrato un'attenzione ancora limitata in ambito europeo, mentre negli Stati Uniti ha conosciuto una maggiore elaborazione dottrinale. L'intersezione tra tale diritto e la nuova tecnologia può essere letta secondo due prospettive: una legata all'uso che i sistemi di intelligenza artificiale promettono, ad esempio, per la moderazione di contenuti¹⁰⁸; l'altra connessa alla copertura costituzionale dei contenuti prodotti dall'intelligenza artificiale

artificiale senza sottoporre tali contenuti al riesame umano e al controllo editoriale» (art. 18, par. 1, lett. e, Regolamento (UE) 2024/1083).

¹⁰⁷ O. POLLICINO, *Fake News, Internet and Metaphors (to be handled carefully)*, in *Rivista di diritto dei media*, 2017, p. 23 ss.

¹⁰⁸ Su cui v. O. POLLICINO-P. DUNN, *Disinformazione e intelligenza artificiale nell'anno delle global elections: rischi (ed opportunità)*, in *Federalismi.it*, 12, 2024 e G. DE GREGORIO-P. DUNN, *Artificial Intelligence and Freedom of Expression* in J. TEMPERMAN-A. QUINTAVALLA (eds.), *Artificial Intelligence and Human Rights*, OUP, Oxford, 2023, p. 76 ss.

generativa come manifestazioni di pensiero¹⁰⁹. Questa prospettiva di indagine vede, in un caso, l'intelligenza artificiale in gioco come strumento in grado di impattare sull'esercizio della libertà di espressione altrui (specialmente da parte delle piattaforme digitali), nell'altro caso come mezzo di creazione di contenuti.

Entrambe le dimensioni condividono però un nucleo critico: la possibilità che l'interferenza con il funzionamento dell'algoritmo sottostante si traduca in una compressione della libertà di espressione e dunque in un complessivo indebolimento della democrazia. Il rischio è, in altri termini, che l'intermediazione della tecnica in queste dinamiche finisca per farsi portatrice di scelte arbitrarie, non rispettose delle medesime garanzie costituzionali per le "altre" manifestazioni di pensiero, non intermedie, per l'appunto, da questa tecnologia. In altri termini, come già notato nell'ambito del cyberspazio¹¹⁰, la scelta di "passare dall'algoritmo" comporterebbe il rischio che le stesse espressioni possano ricevere una tutela differente a seconda che percorrano il mondo reale o quello digitale.

Nell'ipotesi dell'utilizzo di intelligenza artificiale per attività di moderazione di contenuti, il rischio di una distorsione è ben visibile allorché l'intelligenza artificiale "traduca" una serie di pre-orientamenti assorbiti nell'attività di *training* nelle proprie attività di "polizia dei contenuti". Sono ben note le preoccupazioni legate al rischio che l'intelligenza artificiale possa assorbire stereotipi o svolgere inferenze non propriamente informate (per esempio perché "allenate" su campioni di dati non del tutto rappresentativi), così imprimendo alle proprie determinazioni un carattere discriminatorio.

Questo scenario potrebbe condurre a un non corretto, talvolta addirittura discriminatorio esercizio dei poteri di moderazione dei contenuti da parte dei soggetti che utilizzano i sistemi di intelligenza artificiale a tale fine. Va detto però che, in questa fattispecie, l'intelligenza artificiale continuerebbe a rivestire carattere servente rispetto a una moderazione dei contenuti imputabile ad altri, per esempio a piattaforme online.

Non è un caso, forse, che il *Digital Services Act*, nel prevedere un sempre più diffuso ricorso a questi sistemi da parte delle piattaforme online, abbia specificamente obbligato i prestatori di servizi intermediari a rendere conto dell'esistenza di un processo decisionale algoritmico nei termini e nelle condizioni di servizio (così all'art. 14); inoltre, il *DSA* richiede altresì ai fornitori di piattaforme online di dimensioni molto grandi di tenere conto dei sistemi algoritmici adoperati nella valutazione dei rischi e nella conseguente adozione di misure di mitigazione (così gli artt. 34 e 35).

A ben vedere, dunque, questa prima dimensione del rapporto tra intelligenza artificiale e libertà di espressione si risolve in problematiche non dissimili da quelle già emerse nel contesto delle piattaforme digitali. Non sembra, però, che esigere che l'algoritmo

¹⁰⁹ Su cui M. BASSINI, *Intelligenza artificiale generativa e media*, in R. MASTROIANNI-O. POLLICINO-M. BASSINI, *Il T.U. dei servizi di media audiovisivi*, Giuffrè, Milano, 2024, 269 ss.

¹¹⁰ Tra gli altri, in M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione. Prospettive costituzionali e sovranazionali*, Aracne, Roma, 2019; nonché in G.E. VIGEVANI, *Piattaforme digitali private, potere pubblico e libertà di espressione*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1, 2023, p. 41 ss.

conformi il proprio funzionamento a un certo paradigma, alla stregua di imporre una limitazione di matrice pubblica dell'“agire” privato, possa configurare una soluzione risolutiva.

5.3. Art. 21 Cost. e prodotti dell'intelligenza artificiale

Alcune delle risposte a questi interrogativi si possono forse cogliere muovendo alla seconda dimensione d'indagine, che mostra l'intelligenza artificiale nella sua differente veste di mezzo creativo e, dunque, anche di mezzo di comunicazione. Affrontare, in questa sede, il nodo legato a una possibile copertura costituzionale degli output prodotti dall'AI generativa acquisisce valore dirimente in ragione della possibilità di incidere sui tali contenuti. Riassuntivamente, può un legislatore stabilire che determinate manifestazioni di pensiero, ancorché lecite, non siano permesse su ChatGPT?

A ben vedere, non si tratta di un interrogativo poi così lontano da quello che concerne la sorte di un algoritmo utilizzato per effettuare moderazione di contenuti. Questa domanda identifica il nodo critico che, secondo quanto sostenuto da commentatori quali Cass Sunstein¹¹¹, permette di apprezzare l'esistenza di una copertura costituzionale soprattutto guardando alla dimensione negativa della libertà di espressione e al suo profilo passivo. Se, infatti, il legislatore fosse libero di condizionare la generazione di contenuti, complice l'assenza di una copertura costituzionale, una presunta lotta alla disinformazione potrebbe diventare il grimaldello (e la giustificazione) con il quale la maggioranza di turno potrebbe limitare la circolazione di opinioni ostili o semplicemente non gradite.

Così facendo, il legislatore inquinerebbe inevitabilmente il libero mercato delle idee, impedendo a sistemi sicuramente approssimativi e fallibili, ma comunque perfettibili e dotati di una propria utilità, di pervenire per definizione a certi risultati in base a una scelta sostanzialmente politica. In questo modo, si condizionerebbe largamente la capacità di produrre esiti neutrali rispetto ai desiderata del potere politico¹¹².

Solo affermando l'esistenza di una copertura costituzionale pare, dunque, possibile porre il funzionamento di questa tecnologia al riparo da interferenze pubbliche che, lungi dal costituire forme di “censura privata”¹¹³, finirebbero per limitare il pluralismo dell'informazione e determinare, potenzialmente, torsioni antidemocratiche.

A ben vedere, la prospettiva del riconoscimento della libertà di espressione rispetto ai sistemi di intelligenza artificiale generativa non è (necessariamente) prodromica a una

¹¹¹ C. SUNSTEIN, *Artificial Intelligence and the First Amendment*, in *ssrn.com*, 2023.

¹¹² Ritengono compatibile una copertura costituzionale al riparo del Primo emendamento per i contenuti generati dall'intelligenza artificiale anche T. MASSARO-H. NORTON-M. KAMINSKI, *SIRI-OUSLY 2.0: What Artificial Intelligence Reveals About the First Amendment*, in *Minnesota Law Review*, 101, 2017, p. 2481 ss. nonché, pur con alcuni importanti caveat, R. COLLINS-D. SKOVER, *Robotica. Speech Rights & Artificial Intelligence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.

¹¹³ Su cui, in relazione al cyberspazio, già M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 1, 2019, p. 35 ss., nonché M. BASSINI, *Fundamental rights and private enforcement in the digital age*, in *European Law Journal*, 25(2), 2019, p. 182 ss.

deregulation, nonostante il timore talvolta agitato¹¹⁴ di un “espansionismo” deleterio nella lettura del Primo emendamento.

Come abbiamo visto nel paragrafo precedente, è proprio questa lettura espansionistica che consente di rilevare le maggiori criticità nel rapporto tra potere politico e informazione, e ciò anche quando non siano necessariamente riscontrate violazioni del dettato costituzionale, come nel caso *Murthy v. Missouri*¹¹⁵.

Le riflessioni svolte in proposito da Cass Sunstein consentono di approfondire questo punto. Nell’interpretazione della *freedom of speech* elaborata dalla Corte supreme statunitense si coglie una distinzione molto rilevante a questi fini, tra limitazioni contenutisticamente neutrali (*content-neutral*) e restrizioni contenutisticamente sensibili (*content-based*). Queste ultime hanno chiaramente una maggiore capacità di incidere sulla circolazione di idee e dunque di dare vita a discriminazioni basate sui punti di vista (*viewpoint discrimination*) che si presumono, di norma, incostituzionali. Se la prospettiva delle limitazioni contenutistiche consente di apprezzare le ragioni per le quali una copertura costituzionale per le esternazioni dei sistemi di intelligenza artificiale generativa sarebbe auspicabile, l’angolo visuale delle limitazioni contenutisticamente neutrali illumina sull’esistenza di restrizioni che riguardano l’utilizzo di questi sistemi che non necessariamente mettono in discussione il rapporto tra informazione e potere, appuntandosi esclusivamente su fattori esogeni, relativi al loro utilizzo: si pensi al divieto di utilizzare sistemi di intelligenza artificiale generativa in determinate circostanze di tempo e di luogo, come per esempio nelle prove d’esame o di accesso a concorsi.

A ben vedere, questo crinale offre una linea utile a individuare i confini per un intervento del legislatore: esigere la trasparenza dell’algoritmo, per esempio, non pare inficiare la produzione di contenuti da parte dell’intelligenza artificiale generativa. In qualche modo l’*AI Act* corrisponde a questo bisogno di trasparenza nel regolare lo stesso processo “formativo” dei sistemi di intelligenza artificiale, richiedendo che, perlomeno nell’ambito dei sistemi ad alto rischio, l’addestramento, la convalida e la prova si svolgano su set di dati in grado di soddisfare una serie di requisiti di qualità (c.d. principio di qualità dei dati, così espresso dall’art. 10).

Il “controllo” pubblico sull’informazione, così, non si realizza tramite requisiti che potrebbero alterare la produzione o moderazione di contenuti, effetti più o meno involontari di un tentativo di recupero alle garanzie costituzionali rispetto a dinamiche che si dipanano in un terreno prettamente privato; al contrario, il controllo si esercita richiedendo che la “formazione dell’algoritmo” non comporti violazioni di diritti altrui e, nel caso di sistemi a rischio elevato, si alimenti di dati di una certa rappresentatività che garantiscono una maggiore affidabilità.

¹¹⁴ V. per esempio L. KENDRICK, *First Amendment Expansionism*, in *Wm. & Mary L. Rev.*, 56, 2015, p. 1199 ss.

¹¹⁵ 603 U. S. ____ (2024). Per alcune riflessioni in proposito si rinvia a D. NUNZIATO, *The Old and The New Governors: Efforts to Regulate and to The Old and The New Governors: Efforts to Regulate and to Influence Platform Content Moderation Influence Platform Content Moderation*, in *ssrn.com*, GWU Law School Public Law Research Paper 2024-60.

Così, il cittadino potrà sempre conoscere quando un contenuto risalga a un processo di generazione artificiale e verificare non tanto la correttezza di un processo inferenziale (comunque fallibile) quanto la bontà delle sue fonti. Questo modo di declinare il requisito della trasparenza pare poter conciliare l'esigenza di assicurare una circolazione ampia di informazioni – idealmente corrispondente alla tutela di un libero mercato delle idee – con la presenza di un pur minimo corredo di garanzie.

In questo modo, sarà possibile anche limitare in via preventiva il “potere” privato dei principali sviluppatori di sistemi di intelligenza artificiale, evitando che la tecnologia divenga foriera di lesioni di diritti altrui (per esempio, del diritto d'autore) e veicoli contenuti inappropriati o finanche illeciti che possono attentare a interessi pubblici come la correttezza dei processi democratici.

L'obbligo di rendere nota la provenienza artificiale dei contenuti, in particolare, in un ordinamento costituzionale che garantisce il diritto all'istruzione, promette di agevolare la selezione delle manifestazioni di pensiero più affidabili (perché provenienti da fonti tradizionali e qualificate, dotate di una struttura editoriale) rispetto a quelle esternazioni inventate, imprecise o inveritiere che potrebbero essere risultato dell'uso di sistemi di intelligenza artificiale generativa. Questo strumento dovrebbe di per sé bastare a evitare interventi di carattere paternalistico da parte dei poteri pubblici che possano distorcere in modo ancora più grave la sfera dell'informazione.

Bisogna poi evidenziare che il regolamento è ben consapevole della possibile integrazione, assai frequente, tra sistemi di intelligenza artificiale generativa e servizi della società dell'informazione che ricadono nell'ambito disciplinato dal *Digital Services Act*. Si tratta di un'ipotesi non scevra di conseguenze sul piano giuridico rispetto alle considerazioni che si sono espresse finora e nei paragrafi che precedono. Si pensi all'ipotesi in cui un motore di ricerca si avvalga di ChatGPT per fornire il proprio servizio¹¹⁶.

L'indicazione forse più interessante rispetto alla saldatura che viene disegnata dall'*AI Act* con la disciplina del *DSA* si rinviene nel considerando 120, ove si esplicita che gli obblighi volti a rendere noto che gli output sono stati generati o manipolati artificialmente rivestono un'importanza centrale nell'economia dell'attuazione del *DSA*, specialmente nel caso di piattaforme online o motori di ricerca di grandi dimensioni, che devono valutare e mitigare rischi sistemici che possono derivare dalla diffusione di contenuti generati o manipolati artificialmente, tra cui il rischio di impatti negativi sui processi democratici, sul dibattito pubblico e sui processi elettorali, anche mediante la disinformazione.

Ebbene, appare oltremodo indicativo che il legislatore recuperi alla funzionalità del *DSA* e alla sua effettiva attuazione previsioni ora stabilite dall'*AI Act* che dettano il requisito di trasparenza, da intendersi come *disclosure* della provenienza artificiale dei contenuti. È probabilmente il segnale di una inversione di rotta rispetto a un requisito

¹¹⁶ Sull'intersezione tra la normativa contenuta nel *DSA* e alcuni sistemi di intelligenza artificiale generativa, come i *large language models*, v. per esempio l'interessante analisi di B. BOTERO-ARCILA, *Is It a Platform? Is It a Search Engine? It's Chat GPT!*, in *Journal of Free Speech Law*, 3(2), 2023, p. 455 ss.

forse troppo trascurato, anche in relazione al dibattito sull'anonimato delle manifestazioni di pensiero¹¹⁷. Quando si è argomentato nel senso di una garanzia del diritto costituzionale di parola alle sole espressioni imputabili a un individuo determinato, infatti, tale argomento ha inteso non tanto facilitare l'individuazione di possibili autori di condotte offensive quanto a rivendicare un esercizio trasparente e "a volto scoperto", che impegna personalmente chi esercita tale diritto, e che non è il risultato di processi robotici meramente automatizzati.

Proprio questa sfumatura consente di ritenere coerente la sussistenza di una copertura costituzionale al riparo della libertà di espressione con la natura artificiale del processo generativo di determinati output. A prescindere dalla possibilità di imputare a un autore tali espressioni, ciò che rileva è che sia nota la provenienza artificiale. Sapere che un contenuto deriva da un processo algoritmico anziché dal ragionamento e dalle abilità di un essere umano consente al pubblico che lo riceve di apprezzarlo come tale, riponendovi un maggiore o minore affidamento.

Come la trasparenza "aiuta" rispetto all'efficace attuazione del *DSA*, così essa non risolve però ogni nodo: come precisa il considerando 136, l'obbligo di "etichettatura" dei contenuti prodotti da intelligenza artificiale generativa non pregiudica l'applicazione del meccanismo di *notice-and-action* previsto dall'art. 16 del *DSA* per i prestatori di servizi di memorizzazione: questo implica, in altri termini, che l'ottemperanza al requisito di trasparenza non potrà in alcun modo influenzare la decisione del fornitore di servizi in merito alla illiceità del contenuto, valutazione che riposa esclusivamente sulle norme in materia.

Si tratta evidentemente di un terreno da esplorare. Resta che tale orizzonte, che non pone restrizioni aprioristiche alla costruzione della sfera pubblica ma valorizza l'obbligo di intervenire nel libero mercato delle idee "a volto scoperto" anche per le macchine e non solo per gli uomini, appare coerente con l'ordinamento costituzionale italiano, che richiede, di regola, la rivelazione dell'identità, qualora attraverso l'esercizio di un diritto fondamentale (riunione, associazione, manifestazione del pensiero attraverso la stampa) il soggetto voglia in qualche modo partecipare alla vita pubblica e influenzare le istituzioni democratiche.

E conferma, sia concessa una chiusa un poco retorica, la perdurante attualità della concezione "aperta" della nostra Costituzione, che lascia dischiusa ogni via per la diffusione del pensiero e accetta il rischio della libertà. Infine, attesta la modernità del monito di Carlo Esposito alla fine della sua celebre prolusione al corso di diritto costituzionale dell'Università di Roma del 1957: «l'esegeta della nostra Costituzione deve però dichiarare da un lato che la eventualità dei casi straordinari e dei modi di farvi fronte è esplicitamente prevista e molto saggiamente disciplinata nel nostro testo costituzionale contro i pericoli di abuso, dall'altro che la proclamazione dell'art. 21 della nostra Costituzione, a differenza da altre proclamazioni di altre costituzioni

¹¹⁷ Si v. G.E. VIGEVANI, *Anonimato, responsabilità e trasparenza nel quadro costituzionale italiano*, in *Osservatorio AIC*, aprile 2014.

contemporanee, è espressione di fiducia e di speranza; e che perciò in tale spirito va ricostruita e che non è lecito all'interprete timoroso (si tratti pure del legislatore ordinario) di sostituire a quella fede il proprio scetticismo, la propria sfiducia ed i propri dubbi»¹¹⁸.

¹¹⁸ C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, 54-55.