
Libertà di espressione e verità artificiali.

Quale *marketplace of ideas* nella società dell'algoritmo?*

Luca Catanzano

Abstract

Il nuovo ecosistema dell'informazione - rivoluzionato dalle nuove tecnologie e dominato dalle piattaforme digitali - ha avuto un impatto significativo sulla libertà di espressione e sul diritto ad una informazione veritiera. La stagione del costituzionalismo digitale si caratterizza per il tentativo europeo di limitare il potere delle big tech, che da attori economici si sono trasformati in poteri privati digitali, incidendo significativamente su una pluralità di diritti degli utenti ed esercitando de facto funzioni di natura para-costituzionale. Partendo da una riflessione sulla inattuabilità di un *free marketplace of ideas* ci si sofferma sui rischi derivanti dal perfezionamento del *deepfake* e dal tentativo di una sua regolazione nell'AI act, alla luce delle problematiche che le strategie di contrasto alla disinformazione pongono - nella prospettiva del diritto costituzionale - alla limitazione della libertà di espressione.

The new information ecosystem - revolutionized by new technologies and dominated by digital platforms - has had a significant impact on freedom of expression and the right to truthful information. The season of digital constitutionalism is characterized by the European attempt to limit the power of big tech companies, which have transformed from economic actors into private digital powers, significantly impacting on a plurality of user rights and exercising “de facto” para-constitutional functions. Starting from a reflection on the impracticability of a free market place of ideas we focus on the risks deriving from the improvement of the deepfake and the attempt to regulate it in the AI Act, in light of the problems that strategies to combat disinformation pose - from the perspective of constitutional law - to the limitation of freedom of expression.

Sommario

1. Introduzione. – 2. Libertà di espressione e disinformazione nell'era dell'intelligenza artificiale. Quale libero mercato delle idee? – 3. Il formante tecnologico: dalle *fake news* al *deepfake*. – 4. La regolazione europea dell'Intelligenza Artificiale. 5. Conclusioni.

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a referaggio “a doppio cieco”.

Keywords

disinformazione – piattaforme – Intelligenza Artificiale – regolazione - costituzionalismo

1. Introduzione

La rivoluzione digitale ha stravolto tutti i settori dell'esistenza collettiva e in particolare modo quella giuridica¹, tanto da potersi considerare – con Marcel Mauss – un fatto sociale totale² che mette in moto, in alcuni casi, la totalità della società e delle sue istituzioni. La filosofia dell'informazione ha dimostrato come gli sviluppi della digitalizzazione abbiano creato le condizioni per la diffusione dei sistemi di Intelligenza Artificiale³, il cui utilizzo interagisce con un ampio spettro di diritti fondamentali⁴, con particolare riferimento alla libertà di manifestazione del pensiero e al diritto all'informazione⁵. Quello che appare come uno dei principali temi del momento per chi si occupa di diritto dell'informazione nell'attuale “stagione algoritmica”, emerge in maniera dirompente nella recente *European Declaration on Digital Rights and Principles for the Digital Decade* che nel capitolo IV, dedicato alla partecipazione allo spazio pubblico digitale, dopo aver enunciato nell'art. 13⁶ il diritto di ogni persona alla libertà di espressione e informazione nell'ambiente digitale, nell'art. 15 lett. d)⁷ enuncia l'impegno (di Parlamento europeo, Consiglio e Commissione) a creare un ambiente digitale in cui le persone siano protette dalla disinformazione e dalla manipolazione delle informazioni.

Nella consapevolezza dello stretto legame tra libertà di espressione e innovazione tecnologica⁸ l'obiettivo di questo saggio concerne i profili costituzionalmente problematici dell'impatto dei sistemi di intelligenza artificiale sulla libertà di manifestazione del pensiero e sul diritto ad una informazione veritiera. La multiformità dei poli che costituiscono l'oggetto di questo tipo di analisi rende particolarmente complesso il tentativo di riassumere le possibili intersezioni tra libertà di espressione e IA⁹. In particolare, ci si concentrerà sui rischi derivanti dall'utilizzo dell'IA nell'ambito di strategie

¹ A. Garapon – J. Lassegue, *Justice Digitale: Révolution Graphique et Rupture Anthropologique*, Paris, 2018; trad. it. *Giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, Bologna, 2021, 79.

² M. Mauss, *Saggio sul dono. Forma e motivo dello scambio nelle società arcaiche*, Torino, 2002, 134.

³ L. Floridi, *Etica dell'intelligenza artificiale. Sviluppi, opportunità, sfide*, Milano, 2022, 21.

⁴ La relazione dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali *Preparare un futuro giusto. L'intelligenza artificiale e i diritti fondamentali*.

⁵ O. Pollicino – P. Dunn, *Intelligenza artificiale e democrazia. Opportunità e rischi di disinformazione e discriminazione*, Milano, 2024.

⁶ *European Declaration on Digital Rights and Principles for the Digital Decade*, art. 13.

⁷ Ivi, art. 15 lett. d).

⁸ G.E. Vigevari, *La libertà di manifestazione del pensiero*, in M. Bassini - M. Cuniberti – C. Melzi d'Eril – O. Pollicino - G. E. Vigevari, *Diritto dell'informazione e dei media*, Milano, 2022, 4.

⁹ C. M. Reale – M. Tommasi, *Libertà di espressione, nuovi media e intelligenza artificiale: la ricerca di un nuovo equilibrio nel nuovo ecosistema costituzionale*, in *DPCE Online*, 1, 2022, 326 ss.

di contrasto alla disinformazione da un lato¹⁰ e all'utilizzo di tali sistemi per diffondere contenuti disinformativi come *fake news* e *deepfake* dall'altro. Per rispondere a tale interrogativo, dopo una analisi della libertà di manifestazione del pensiero, della metafora del libero mercato delle idee e del formante tecnologico della disinformazione, si proverà a riflettere su alcune conseguenze derivanti dal mutamento della sfera pubblica¹¹, dominata da attori economici che sono divenuti poteri privati digitali incidendo significativamente sulle libertà fondamentali in questione e sul connesso ripensamento delle strategie regolatorie da parte dell'Unione. La dottrina ha da tempo messo in luce il come dopo una prima fase di liberismo digitale e una seconda di attivismo giudiziale¹², siamo entrati in una nuova stagione rappresentata dal costituzionalismo digitale, definita come il plesso di interventi legislativi dell'Unione volto a limitare i nuovi poteri privati con il fine di salvaguardare e promuovere i valori intrinseci del costituzionalismo europeo. Il fenomeno in corso non va considerato come una semplice disintermediazione, ma più propriamente come una "reintermediazione", in cui i mediatori sono sostituiti dalle piattaforme, che orientano la nostra vita quotidiana in misura maggiore rispetto ai mediatori tradizionali¹³. Una delle caratteristiche principali della società dell'algoritmo¹⁴ - oltre al sempre maggiore rilievo dello strumento che la definisce - è proprio l'emersione di questi nuovi attori privati. Le "compagnie del digitale" hanno un potere politico che nessuno ha mai avuto¹⁵, creano opinioni, hanno una funzione regolatrice della vita dei privati e degli Stati condizionando l'attività privata e pubblica. In questo contesto, problemi classici del costituzionalismo come la difesa dagli abusi dei pubblici poteri si arricchisce di un capitolo nuovo: «Condurre le oligarchie del digitale all'interno dei valori propri delle democrazie occidentali. È il costituzionalismo digitale»¹⁶.

2. Libertà di espressione e disinformazione nell'era dell'intelligenza artificiale. Quale libero mercato delle idee?

Norberto Bobbio, quasi sessant'anni fa, sostenne che lo sviluppo della tecnica, l'ampiamiento delle conoscenze e l'intensificazione dei mezzi di comunicazione avrebbero

¹⁰ L'intelligenza artificiale nella sua funzione "selettiva" rappresenta uno dei più promettenti argini alle *fake news*. Ivi, 328

¹¹ J. Habermas, *Nuovo mutamento della sfera pubblica e politica deliberativa*, Milano, 2023.

¹² G. De Gregorio, *The Rise of Digital Constitutionalism in the European Union*, in *International Journal of Constitutional Law*, 19-1, 2020, 41.

¹³ L. Violante, Prefazione a *Intelligenza artificiale e democrazia*, cit., 2.

¹⁴ J. M. Balkin, *Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation*, in *U.C Davis Law Review*, 51, 2018, 1149 ss.

¹⁵ Tra i contributi apripista che hanno denunciato aspetti e ricadute problematiche di tale fenomeno vi è S. Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, New York, 2019; trad. it. *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, 2019.

¹⁶ Ivi, 4.

profondamente mutato l'ordine della vita e dei rapporti sociali, creando occasioni favorevoli alla nascita di nuovi bisogni e quindi, a nuove richieste di libertà e poteri¹⁷. Nello sviluppare questa sua riflessione fece riferimento all'ecosistema dell'informazione: «La crescente quantità e intensità di informazioni cui l'uomo oggi è sottoposto fa sorgere sempre più forte il bisogno di non essere ingannati, eccitati, turbati da una propaganda assillante e deformante; si profila, di contro al diritto di esprimere le proprie opinioni, il diritto alla verità delle informazioni»¹⁸. Alcuni decenni dopo rispetto al suo discorso – precisamente nel 2016 – *post-truth* si affermerà come parola dell'anno nel *Oxford Dictionary* e le strategie di contrasto alla disinformazione si situeranno al centro di un approfondito dibattito dottrinale e istituzionale soprattutto nelle società libere e tecnologicamente avanzate¹⁹. Il *Digital Service Act*, l'*Artificial Intelligence Act*, nonché i recenti Regolamenti sulla trasparenza e il *targeting* della pubblicità politica e il Regolamento sulla libertà dei media - oltre al nuovo *strengthened Code of Practice on Disinformation* - dimostrano che sul versante europeo, pur avendo tale plesso di interventi un campo applicativo più ampio, i temi del contrasto disinformazione e della tutela della libertà di espressione sono a tutti gli effetti al centro dell'agenda europea. Secondo il noto paradosso di Ernst-Wolfgang Böckenförde: «Lo Stato liberale secolarizzato vive di presupposti che non è in grado di garantire»²⁰. La dottrina costituzionalistica italiana ha utilizzato questa formula per inquadrare la difficoltà che le misure di contrasto alle *fake news* pongono – nella prospettiva della tutela costituzionale – alla libertà di manifestazione del pensiero, che dello Stato liberale rappresenta la “cartina tornasole”²¹. La Corte costituzionale italiana ha più volte ribadito che il riconoscimento del diritto alla libertà di espressione costituisce la pietra angolare e il cardine dell'ordinamento democratico²². Tale libertà sembra attualmente attraversare un periodo sotto sforzo e potremmo dire che la sua stagione di fioritura sia ormai alle spalle²³. Una nuova tensione censoria ha individuato nel *free speech* il principale bersaglio da combattere e i confini del dicibile appaiono progressivamente sempre più incerti. Il dibattito si alimenta di posizioni apparentemente inconciliabili tra le istanze più liberarie di chi rivendica un ampio spazio alla libertà di espressione e chi – facendosi interprete di nuove sensibilità – invece sostiene la necessità di un'ulteriore limitazione di

¹⁷ Il saggio *Presente e avvenire dei diritti dell'uomo* è costituito dal testo della conferenza tenuta a Torino nel dicembre 1967 in occasione del Convegno nazionale sui diritti dell'uomo promosso dalla Società italiana per l'organizzazione internazionale, in occasione del ventesimo anniversario della Dichiarazione universale. N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1997, 28.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ H.E. Kissinger – E. D. Schmidt - D. Huttenlocher, *L'era dell'intelligenza artificiale. Il futuro dell'identità umana*, Milano, 2023, 19 ss.

²⁰ E. W. Böckenförde, *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, Bologna, 2010.

²¹ G. Pitruzzella - O. Pollicino - S. Quintarelli, *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Milano, 2017.

²² Corte cost., 19 febbraio 1965, n. 9; Corte cost., 14 aprile 1965, n. 25; Corte cost., 23 marzo 1968 n. 11; Corte cost., 10 luglio 1968, n. 98; Corte cost., 17 aprile 1969, n.84; Corte cost., 8 luglio 1971, n. 168; Corte cost., 2 maggio 1985, n.126.

²³ M. Manetti, *Una stagione di fioritura della libertà di pensiero è ormai alle spalle*, in *Rivista AIC*, 3, 2016, 1.

tale libertà²⁴. La dicotomia sembra essere quella da un lato, della democrazia militante²⁵ impegnata nella difesa di valori che l'esercizio degli stessi diritti fondamentali rischia di minacciare e dall'altro quella di una democrazia tollerante e quindi critica verso l'eccessivo controllo sull'esercizio delle libertà²⁶. Il tema del possibile contrasto alla diffusione di *fake news* e *deepfakes* intercettando l'essenza del dilemma formulato da Böckenförde tocca dunque le radici del costituzionalismo, evocando tra le varie domande di ricerca possibili quella – complessa quanto attuale – del rapporto tra verità e Stato costituzionale²⁷, che si staglia dietro ad ogni riflessione giuridica sulla libertà di espressione e il diritto ad una informazione veritiera. Nel modello di tutela della libertà di espressione si gioca la partita determinante in questo campo e la scelta di intervenire per depurare la rete dalle informazioni false sembra evocare misure che limitano la libertà di manifestazione del pensiero dentro limiti più rigorosi di quelli stabiliti dalle costituzioni degli ordinamenti democratici²⁸. Può essere utile ai fini del presente saggio fare riferimento a uno dei principali dibattiti che storicamente ha caratterizzato la dottrina costituzionale italiana in tema di libertà di espressione è quello sulla qualificazione di tale libertà come individuale o funzionale. Nel suo celebre studio su la libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano Esposito critica quella dottrina che dichiarava superata la tesi del fondamento individualistico e liberale della libertà di espressione²⁹. A favorirne il capovolgimento, aprendo a una lettura di questa libertà come “esercizio di una funzione” – da qui il nome della dottrina funzionalista – è stata l'idea che la contrapposizione tra individuo e Stato sia un'astrazione e che il rapporto tra l'uno e l'altro sia quello della parte con il tutto; alla luce di questa lettura non solo i doveri ma anche le libertà dovrebbero in tal modo essere inquadrare come modo di partecipazione del singolo alla vita della comunità. Osservava come in progresso di tempo la tendenza fosse quella di accentuare di fatto il significato sociale di diritti che tradizionalmente venivano intesi come individualistici, unita alla struttura intimamente sociale dei diritti di comunicazione, manifestazione o dichiarazione del pensiero. L'Autore, critico verso questo tipo di lettura, analizzava nella prospettiva del diritto comparato alcuni casi estremi di inquadramento funzionale di tale libertà con la finalità di dimostrare che l'ordinamento italiano si distingue profondamente da questi³⁰. L'articolo 21 Cost. al

²⁴ Il riferimento è alle nuove ondate culturali rappresentate dal *politically correct*, dalla *cancel culture* e dall'ideologia *woke*. G. Pino, *La strada dell'inferno è lastricata di buone intenzioni. Luci e ombre della cancel culture*, in *Rivista italiana di filosofia del linguaggio*, 1, 2024, 12. La *Critical race theory*, da alcuni autori considerata come una sorta di *postmodern censorship*, ha evidenziato come la protezione assoluta della libertà di espressione giochi spesso contro gli appartenenti alle minoranze quando le opinioni, le parole e i comportamenti espressivi sono funzionali a veicolare e rimarcare la differenza tra la maggioranza e la minoranza. G. Pino, *Discorso razziale e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Politica del diritto*, 39 - 2, 2008, 287.

²⁵ K. Loewenstein, *Militant Democracy and Fundamental Rights*, in *American Political Science Review*, 1937, 31, 417 ss.

²⁶ O. Pollicino, *La prospettiva costituzionale della libertà d'espressione nell'era di internet*, in questa *Rivista*, 1, 2018, 2.

²⁷ G. E. Vigevani, *La libertà*, cit., 6.

²⁸ O. Pollicino, *La prospettiva costituzionale*, cit., 49 ss.

²⁹ C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, 4 ss.

³⁰ Ivi, 7 Dove analizza l'art. 125 della Costituzione dell'URSS in cui la libertà di espressione è garantita dalla legge in armonia con gli interessi dei lavoratori ed allo scopo di rafforzare l'organizzazione socialista.

contrario, riconoscendo a tutti il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero, non attribuisce un diritto funzionale ma, secondo un'altra interpretazione, un diritto individuale. Attraverso una lettura sistematica della Carta costituzionale che tiene conto dell'inserimento dell'art. 21 nell'ambito dei "rapporti civili", dell'attribuzione a tutti e non solo ai cittadini di tale libertà e della mancanza – contrariamente ad altre enunciazioni come quello sull'iniziativa economica – di accenni alla funzione sociale di questo diritto, Esposito sostiene l'interpretazione individualistica³¹ di tale libertà, divenendo un riferimento assoluto per la dottrina fino ai nostri giorni. Quando si afferma che nella Costituzione è garantito il diritto di manifestazione del pensiero in senso individualistico si intende dire che esso è garantito al singolo in quanto tale, indipendentemente dagli svantaggi che possono derivarne allo Stato; quindi la divulgazione di un pensiero critico non verrà riconosciuta in misura differente a seconda di quelli che possono essere i vantaggi o gli svantaggi per la comunità statale ed ogni limitazione, lungi dal potersi dedurre dalla natura del diritto riconosciuto dovrà fondarsi in particolari disposizioni che ne giustifichino l'affermazione³². Esposito, tra quelle che sono le ragioni tradizionalmente addotte contro la censura e gli impedimenti al libero uso dei mezzi di diffusione del pensiero, cita esplicitamente, oltre alla sempre possibile fallibilità dei censori, l'incertezza tra una netta distinzione tra vero e falso³³, questione oggi centrale nel dibattito sulle *fake news*.

Le strategie di contrasto alla disinformazione si inseriscono nell'ambito della questione dei limiti alla libertà di espressione che, come dimostrato dalle migliori riflessioni in chiave comparata, variano fortemente a seconda delle tradizioni costituzionali di riferimento. Un approccio ormai classico che si utilizza nell'affrontare il tema della regolazione della libertà di espressione è quello di guardare, in ottica costituzionalmente comparata, al paradigma statunitense. La tradizione o famiglia giuridica raccoglie quei sistemi giuridici che condividono un complesso di atteggiamenti radicati e storicamente condizionati sulla natura del diritto e sul suo ruolo nella società e sul funzionamento di un sistema giuridico³⁴. Per Ugo Mattei, la *Rule of Professional Law* è quella famiglia che si caratterizza per l'egemonia del diritto come modello di organizzazione sociale: la tradizione giuridica occidentale dove diritto e politica, così come diritto e religione, sono separati, all'interno di questa famiglia, quella tra *common law* e *civil law* è una sotto distinzione. La tradizione costituzionale europea e quella statunitense, pur rientrando nella medesima famiglia giuridica della *Rule of Professional Law*³⁵ presentano significative differenze in relazione alla presente indagine. Il costituzionalismo europeo, infatti, pur riconoscendo una centralità alla libertà di manifestazione del pensiero, erigendola a pietra angolare di ogni società democratica, considera il campo di applicazione di questo diritto fondamentale come potenzialmente «oggetto di limitazioni o restrizioni dovute all'esigenza di prevenire abusi o bilanciarne l'esercizio con altri diritti fonda-

³¹ Ivi, 8.

³² Ivi, 10.

³³ *Ibid.*

³⁴ J.H Merryman, *The Civil Law Tradition*, Stanford 1969; trad. it. *La tradizione di civil law nell'analisi di un giurista di common law*, Milano, 1973, 9.

³⁵ U. Mattei – G.P. Monateri, *Introduzione breve al diritto comparato*, Padova, 1997, 51 ss.

mentali meritevoli di tutela»³⁶ con cui gioca alla pari³⁷ e – diversamente dall'ordinamento giuridico statunitense - la sua stella polare è la dignità umana, non a caso primo dei valori fondanti dell'Unione citati nell'art. 2 del TUE. Se osserviamo, inoltre, i parametri fondamentali espressi dalla CEDU in materia di libertà di espressione, possiamo capirne il margine di protezione di quelle espressioni che ne concretano un esercizio e provare a delineare il perimetro entro il quale circoscrivere il tema della rilevanza costituzionale delle *fake news* e dei *deepfakes* e l'impatto sulla libertà in questione che possono causare eventuali misure di contrasto alla loro diffusione.

L'art. 10 della CEDU³⁸ dopo la solenne affermazione di una libertà di manifestazione del pensiero – che in questa formulazione include il diritto a ricevere informazioni – la norma convenzionale esplicita le possibili limitazioni a tale libertà e le loro caratteristiche essenziali: devono essere previste da una legge, essere proporzionali e orientate al raggiungimento di uno degli obiettivi enunciati esplicitamente da tale articolo, che inquadra quelle che nella topografia di un conflitto tra libertà di espressione ed altre situazioni giuridicamente protette dall'ordinamento convenzionale possono comportare una limitazione. I limiti sopra enunciati, con particolare riferimento alla sicurezza pubblica e alla protezione della salute, rappresentano ipotesi tipiche di situazioni che possono essere lese da una informazione falsa o da un *deepfake*; basti pensare solamente alle *fake news* che sono state essere divulgate nel contesto pandemico dall'area no-vax.

In tema di copertura convenzionale della libertà d'espressione l'armamentario della Corte di Strasburgo è arricchito dall'art.17 della Convenzione, che – con un accento di democrazia militante – disciplina l'abuso di diritto, ai sensi di tale disposizione «Nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata nel senso di comportare il diritto di uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla stessa Convenzione»³⁹. Mentre l'applicazione dell'art.10 della Convenzione postula una logica di bilanciamento con altri interessi meritevoli di tutela con cui l'esercizio della libertà di espressione dovrà conciliarsi, il ricorso all'art.17 risponde a logiche giuridiche differenti andando a punire l'abuso di un diritto sancito dalla CEDU in funzione strumentale alla distruzione di altri diritti o libertà o alla limi-

³⁶ O. Pollicino, *La prospettiva costituzionale della libertà d'espressione nell'era di internet*, in questa *Rivista*, 1, 2018, 51.

³⁷ O. Pollicino – P. Dunn, *Intelligenza artificiale*, cit., 11.

³⁸ Art. 10 CEDU: «Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive. 2. L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario».

³⁹ Art. 17 CEDU

tazione degli stessi in modo più severo rispetto a quanto stabilito dalla convenzione; tale “strumento” viene utilizzato nei casi in cui si esclude *ab origine* la possibilità di un bilanciamento, come si è verificato per esempio nel caso *Garaudy* contro Francia⁴⁰ in tema di negazionismo. Questo strumento è stato considerato dalla dottrina che si è occupata di comparazione del *free speech* tra Europa e USA come qualcosa di irricevibile nell’ordinamento statunitense. Occorre dire sin da subito che in quel sistema la libertà di espressione non è illimitata, ma meno limitata – per ragioni storiche e giuridiche – rispetto al continente europeo e che anche lì sono state elaborate delle critiche sulla eccessiva espansività della sua tutela. All’impostazione giuridica statunitense sul *freedom of speech* corrisponde l’intento di legittimare la repressione del pensiero solamente a partire dal danno, oggettivamente valutabile, che esso possa arrecare agli interessi della collettività, conducendo alla distinzione tra puro pensiero e principio di azione applicata dapprima con la dottrina del *clear and present danger* e poi con la categorizzazione di messaggi non protetti in quanto dannosi in via di principio⁴¹.

Per quanto riguarda la disciplina della libertà di espressione nel contesto dell’Unione Europea occorre considerare il fatto che l’attenzione per i diritti fondamentali di prima generazione si è sviluppata in ambito sovranazionale di matrice euro-unitaria solo a partire dalla Carta di Nizza, che attraverso l’Art.11 offre il parametro più rilevante per quanto riguarda la libertà d’espressione, ai sensi del quale: 1. Ogni persona ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. 2. La libertà dei media e il loro pluralismo sono rispettati.

Sin dalla sua fondazione, il *dna* della libertà di espressione nel contesto giuridico europeo, si caratterizza per la sua sostanziale cedevolezza, forgiandosi dentro quella che potremmo definire come una “filosofia del limite” fondata sulle seguenti coordinate: possibile abuso del diritto, non assolutezza, bilanciamento e pari ordinazione rispetto agli altri diritti fondamentali. Il modello statunitense, invece, si caratterizza per una eccezionalità del *free speech*, di cui emblematica è la formulazione del Primo Emendamento, stella polare del diritto costituzionale statunitense e libertà che segna la caratterizzazione di quell’ordinamento⁴².

Una delle espressioni che ha avuto maggiore successo nella letteratura sulla libertà di manifestazione del pensiero è quella rappresentata dalla metafora del *market place of ideas*, coniata dall’ampia riflessione statunitense in tema di primo emendamento della Costituzione⁴³. Secondo Giuliani la storia del diritto potrebbe essere studiata, dal punto di vista linguistico, come un susseguirsi di metafore. In questo campo di studi è divenuta celebre la leggendaria *dissenting opinion* del *Justice* Holmes nel 1919⁴⁴, con cui viene utilizzata la suddetta metafora – appartenente all’immaginario economico – che

⁴⁰ CEDU, *Garaudy c. Francia*, ric. 65831/01 (2003)

⁴¹ A. Pace – M. Manetti, *Commentario della Costituzione. Art. 21 Rapporti civili*, Bologna, 2006, 228.

⁴² O. Pollicino, *Potere digitale*, in *Enciclopedia del diritto – I tematici*, 5, 2023, 411 ss.

⁴³ V. Zeno-Zencovich, *La libertà di espressione. Media, mercato, potere nella società dell’informazione*, Bologna, 2004, 95.

⁴⁴ Corte suprema degli Stati Uniti, *Abrams c. Stati Uniti*, 250 US 616, 1919.

successivamente verrà riproposta dalla Corte suprema americana nella sfida della regolazione di internet⁴⁵. Per provare ad inquadrare questa metafora dal punto di vista giuridico può essere utile una breve ricognizione della sua elaborazione sul piano più strettamente filosofico. Nella storia del pensiero l'elaborazione di questa teoria si suole far risalire a John Milton (1608-1674) e a John Stuart Mill (1806-1873), pur dovendosi considerare sempre che queste costituiscono difese della libertà di espressione proprie del loro tempo. John Milton, tra i primi difensori della libertà di espressione in Età moderna, nel suo celebre pamphlet di *Areopagistica*⁴⁶, aveva lanciato uno storico appello contro la censura⁴⁷, rivendicando il libero scambio delle idee e delle opinioni come requisito ineludibile del progresso della conoscenza volto al raggiungimento della verità. Secondo questa teoria la libertà di espressione è uno strumento necessario per la ricerca della verità, di conseguenza, lo Stato non deve intervenire in questo processo perché la verità ha sufficiente forza per imporsi di fronte all'errore⁴⁸. È grazie alla successiva riflessione di John Stuart Mill che si deve una delle principali argomentazioni classiche in lingua inglese secondo cui la libertà di espressione farebbe emergere spontaneamente la verità attraverso il libero mercato delle opinioni che consente di scansare ciò che è falso. In *On Liberty*, ad esempio egli sostenne che impedire l'espressione delle opinioni «è un crimine, [...] perché significa derubare la razza umana, i posteri altrettanto che i vivi, coloro che dall'opinione dissentono ancor più di chi la condivide»⁴⁹ privando l'uomo di una doppia opportunità: «se l'opinione è giusta, sono privati dell'opportunità di passare dall'errore alla verità; se è sbagliata, perdono un beneficio quasi altrettanto grande, la percezione più chiara e viva della verità, fatta risaltare dal contrasto con l'errore»⁵⁰. Come dimostrato dal dibattito filosofico politico successivo, che ha messo in luce alcune criticità di queste teorie, la libertà di manifestazione del pensiero è una condizione sicuramente necessaria ma non sufficiente per salvaguardare “standard aletici” decenti: i pesi e contrappesi del *free marketplace of ideas*, che la tradizione liberale ha storicamente considerato come il più efficace argine contro la falsità delle informazioni, «hanno in realtà finito per conferire a chiunque licenza di mentire»⁵¹. Nella società dell'algoritmo, le democrazie costituzionali hanno mostrato di poter lasciar spazio alla proliferazione massiva di informazioni false, considerabili come una sindrome autoimmune della formula democratica. È come se l'anticorpo della libertà di espressione attaccasse sé stesso, invece di generare la verità attraverso la collisione con l'errore e facendo sì che le informazioni che sopravvivono ai processi di selezione possano essere quelle non veritiere⁵², potendo ledere beni giuridici individuali, come l'onore e la reputazione o incidere direttamente o indirettamente sulla libertà di cittadini di esercitare il diritto di voto e quindi sul corretto funzionamento

⁴⁵ Corte suprema degli Stati Uniti, *Reno c. ACLU*, 521 US 844, 1997.

⁴⁶ J. Milton, *Areopagistica. Discorso per la libertà di stampa*, Milano, 2022.

⁴⁷ G. E. Vigevani, *La libertà*, cit., 6.

⁴⁸ F. J. Ansuategui Roig, *Libertà di espressione: ragione e storia*, Torino, 2018, 65 ss.

⁴⁹ J. S. Mill, *Saggio sulla libertà*, Milano, 2014, 35.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ F. D'Agostini – M. Ferrera, *La verità al potere. Sei diritti aletici*, Torino, 2019, 82.

⁵² Ivi, 83 ss.

delle istituzioni democratiche. Sono infatti numerosi gli interessi pubblici e privati che circondano la libertà di espressione: dalla tradizionale tutela dell'onorabilità delle persone, all'interesse a proteggere i mercati passando per il più generale interesse di tutti ad un'informazione attendibile e quindi "vera"⁵³.

La metafora del libero mercato delle idee non appartiene alla tradizione costituzionale europea e la migrazione e importazione di metafore costituzionali appartenenti a tradizioni diverse (il campo di origine) può causare delle crisi di rigetto nel campo di destinazione⁵⁴. Zeno-Zencovich, nel riflettere sulla validità di questa metafora, si domanda se il mercato delle idee possa davvero considerarsi un mercato oppure no e cosa sia ciò che lo distingue dagli altri mercati. Mentre in un mercato tradizionale i fattori dominanti sono i rapporti quantità/prezzo, correlati alla qualità e al tempo, nel *marketplace of ideas* paiono preminenti alcuni valori diversi: in primis tutte le idee sono qualitativamente uguali (con esclusione di alcune estreme); le idee sono beni non consumabili e condivisibili e quindi non vi è un rapporto diretto quantità/prezzo; l'obiettivo che si persegue non è l'efficienza economica ma la massima accessibilità a idee diverse. Non ci si trova quindi di fronte ad un mercato tradizionale e la formula magica secondo questo orientamento dottrinale nasconderebbe in realtà le incoerenze di una teoria politico-giuridica volta a espandere al massimo il principio della libertà di manifestazione del pensiero⁵⁵.

Oltre alle ragioni giuridiche summenzionate bisogna considerare un ulteriore fattore rappresentato dalla tecnologia: il nuovo ecosistema dell'informazione dominato dalle piattaforme digitali, che da operatori economici sono diventati veri e propri poteri privati che incidono significativamente sulle libertà e sul pluralismo del dibattito pubblico, rende impossibile l'applicazione di questa metafora. Nell'attuale stagione algoritmica la realtà digitale è ormai transitata verso una dimensione oligopolistica, nonostante la sua iniziale tensione libertaria, sottoponendo la sfera pubblica⁵⁶ a un cambio radicale⁵⁷ definito da alcuni autori come "piattaformizzazione". Questa metamorfosi ha fatto emergere problematiche considerevoli nella prospettiva del diritto costituzionale considerando che le big tech, in quanto operatori privati sono orientati al profitto economico e non alla tutela del pluralismo informativo o dal diritto ad una informazione veritiera, ma allo stesso tempo hanno progressivamente ottenuto il potere di poter limitare delle libertà fondamentali tra cui quella di espressione esercitando *de facto* dei poteri di natura para-costituzionale⁵⁸. Rodotà individuava come mito fondativo della comunicazione via Internet l'agorà democratica di Atene e tale discorso vale a maggior ragione oggi, considerando che le piattaforme, sono diventati dei veri e propri forum pubblici in cui si sviluppa il dibattito politico e il confronto delle idee, costituendo

⁵³ R. Bin, *Critica della teoria dei diritti*, Milano 2018, 50.

⁵⁴ Come di fatto avvenuto con il parziale fallimento del primo Codice di contrasto alla disinformazione che secondo una certa dottrina era orientato da tale strategia.

⁵⁵ V. Zeno-Zencovich, *La libertà*, cit., 100.

⁵⁶ J. Habermas, *Nuovo mutamento della sfera pubblica e politica deliberativa*, Milano, 2023.

⁵⁷ O. Pollicino, *Potere*, Cit., 422 ss.

⁵⁸ M. Bassini, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi "spazi pubblici" e "poteri privati". Spunti di comparazione*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2, 2021, 43.

quindi delle – seppur anomale - “agorà digitali”. È evidente come non si possa lasciare a tali piattaforme, orientate dalla logica del *business*, la possibilità di operare la pratica del bilanciamento sui diritti fondamentali. I grandi operatori delle piattaforme digitali, veri proprietari della sfera pubblica, governano con strumenti algoritmici che se inizialmente sfuggivano a un controllo pubblico diretto oggi, nel più ampio cambio di paradigma regolatorio, che dopo una fase essenzialmente liberista passa ad una marcatamente costituzionale, che è stata definita come la seconda fase del costituzionalismo digitale affronta i pericoli in questione. Con l’entrata in vigore del DSA in particolare, l’UE ha affrontato il tema della limitazione del potere di tali soggetti transnazionali che operano orientati da scopo di lucro tentando di salvaguardare i diritti fondamentali degli utenti tra i quali libertà di espressione e il diritto all’informazione nella cornice del pluralismo informativo.

3. Il formante tecnologico: dalle *fake news* al *deepfake*

Con il progressivo prendere forma della rete, ai suoi albori, si affermò come maggioritaria, in quella che comunque era una piccola *elite* di pionieri del *web* una filosofia cyberlibertaria, che vedeva internet come uno strumento rivoluzionario che avrebbe comportato un avanzamento di processi di democratizzazione, cogliendone le opportunità, ma non intravedendo quelle che sarebbero potute diventare problematiche infiorescenze del sistema. Emblematica di questa *weltanschauung* è la *Dichiarazione di indipendenza del cyberspazio* in cui l’autore John Perry Barlow descriveva la rete come spazio franco dove gli stati non hanno sovranità, riflettendo il sentire di un mondo che si identificava con una visione libertaria quasi fino all’anarchismo. Tra le pagine di *Code and other laws of cyberspace* di Lessig si respira questo clima palpitante di entusiasmo presente negli ambienti universitari, nei centri di ricerca e in generale nella società, nel momento in cui il cyberspazio si converte nell’obiettivo delle utopie libertarie⁵⁹. Internet è il più grande spazio comune che l’umanità abbia mai conosciuto e la sfida epocale che ha posto al mondo giuridico – oggi accelerata nell’era dell’Intelligenza Artificiale – è stata paragonata ad altre avvenute nella storia del diritto quando le regole hanno dovuto abbandonare il tradizionale e rassicurante riferimento alla terra e fare i conti con realtà mobili come il mare⁶⁰, passando dall’assodato nomos della realtà tellurica all’incerta e nuova questione della regolamentazione talassica⁶¹. Come all’epoca ci si trovò di fronte a un diritto nuovo modellato sulla natura delle cose che, liberato da vecchi schemi, si apriva a una stagione inedita, così è avvenuto anche per lo spazio giuridico digitale. Per Rodotà non è un caso che la metafora dello stare in rete sia quella – appartenente all’immaginario talassico – del navigare e che proprio nel diritto del mare abbiano cercato risposte coloro che per primi hanno dovuto affrontare le sfide istituzionali volte a garantire la libertà e la sicurezza di questo mare⁶². Internet venne esaltato dai cy-

⁵⁹ L. Lessig, *El código y otras leyes del ciberespacio*, Madrid, 2001, 21.

⁶⁰ A. Celotto, *L’età dei (non) diritti*, 2017, 115.

⁶¹ S. Rodotà, *Il mondo della rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Roma-Bari, 2014, 4.

⁶² Ivi, 5 ss.

berlibertari, soprattutto oltreoceano, come amplificatore delle libertà preesistenti, con particolare riferimento a quella di espressione e come potenziale *new free market place of ideas*. Ma l'illusione cyberlibertaria che vedeva nel *web* uno spazio franco non regolabile e ne metteva in risalto i soli aspetti positivi è stata smentita dalla storia, infatti il cyberspazio è stato oggetto di iper-regolazione ponendo delle sfide ad alta complessità al costituzionalismo, tra le quali – con Peter Häberle – bisogna annoverare proprio il diffuso aumento delle *fake news*⁶³.

Le problematiche poste da questo “dispositivo”, onnipresenti nel dibattito culturale tanto da aver quasi monopolizzato il dibattito tra gli studiosi di diritto dell'informazione negli anni passati⁶⁴ sono oggi tornate alla ribalta durante la nuova primavera dell'IA ripresentandosi con nuovi profili di complessità sia sul piano qualitativo che quantitativo. Se da un lato tale espressione rischia di essere strumentalizzata, causando una eccessiva limitazione della libertà di espressione e rischiando di costituire uno dei numerosi strumenti che nella storia del pensiero politico hanno contribuito alla demonizzazione del nemico con la finalità di eliminarlo dall'arena delle libere opinioni, dall'altro, se totalmente lasciato al libero mercato delle idee, rischia di portare a un punto di non ritorno, con un impatto significativo alla luce della sua incidenza su una pluralità di diritti fondamentali. Nonostante l'utilizzo di tale espressione sia andato progressivamente incontro a varie critiche sia in ambito accademico che istituzionale⁶⁵, soprattutto in relazione ai rischi di strumentalizzazione oltre che per il rischio di escludere una serie di manifestazioni del fenomeno della disinformazione, reputiamo necessaria una sua ricognizione alla luce della loro centralità nell'economia del tema oggetto di indagine. Pur essendo la prospettiva privilegiata quella del diritto costituzionale (soprattutto sotto il profilo della limitazione della libertà di espressione e di quello al diritto ad una informazione veritiera) il tema in questione necessita di una pluralità di lenti analitiche che vanno dalla filosofia alle scienze della comunicazione passando per la sociologia, aprendosi ad una interdisciplinarietà oggi sempre più necessaria nell'economia di uno studio sulla disinformazione, fenomeno altamente complesso che coinvolge molteplici realtà sociali.

Nella comunità dei linguisti non vi è una posizione unanime sulla qualificazione delle *fake news*. L'enciclopedia Treccani così definisce il neologismo: «Locuzione inglese [...] entrata in uso nel primo decennio del XXI secolo per designare un'informazione in parte o del tutto non corrispondente al vero, divulgata intenzionalmente o inintenzionalmente attraverso il Web, i media o le tecnologie digitali di comunicazione, e caratterizzata da un'apparente plausibilità, quest'ultima alimentata da un sistema distorto di aspettative dell'opinione pubblica e da un'amplificazione dei pregiudizi che ne sono alla base, ciò che ne agevola la condivisione e la diffusione pur in assenza di una verifica delle fonti»⁶⁶; specificandone l'uso prevalentemente politico e l'entrata nel lessico gior-

⁶³ P. Häberle, *Il costituzionalismo come progetto della scienza*, in *Nomos quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato e storia costituzionale*, 1, 2018.

⁶⁴ M. Bassini- G. E. Vigevani, *Primi appunti su fake news e dintorni*, su questa *Rivista*, 1, 2017, 13.

⁶⁵ O. Pollicino – P. Dunn, *Disinformazione e intelligenza artificiale nell'anno delle global elections: rischi (ed opportunità)*, in *Federalismi.it Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, 12, 2024, 5.

⁶⁶ Treccani, *Fake news*.

nalistico grazie all'impiego fattone da Trump nell'anno della sua prima elezione, oltretutto la sua stretta connessione con la post-verità⁶⁷, che se per alcuni autori rappresenta una nozione confusa e poco utile⁶⁸ per descrivere il presente, altri per altri è importante a tal punto da definire le caratteristiche essenziali dell'opinione pubblica contemporanea, rintracciandovi, nel quadro di un forte appello all'emotività, il risultato di «un filone conservatore che ha trovato nel postmoderno la propria legittimazione filosofica e nel populismo la propria diffusione politica»⁶⁹. La domanda centrale che gli addetti ai lavori si sono posti è se questa locuzione rappresenti una nuova modalità volta a definire processi di disinformazione che da sempre sono presenti nella lotta politica o il risultato di un lavoro di “ingegneria comunicativa” nuovo rispetto al passato⁷⁰. Tra le loro caratteristiche fondamentali è stata infatti rilevata una capacità di influenzare soggetti con una velocità e un coinvolgimento inediti. Il concetto di informazione falsa è antico quanto la storia dell'umanità, mentre il termine *fake news* – di origine anglosassone – pur nascendo verso la fine del XIX secolo per descrivere una notizia inventata in ambito politico, esce dall'ambito specialistico degli addetti ai lavori e diventa popolare nelle elezioni americane del 2016, culminate con l'elezione di Donald Trump, rivelando la sua natura essenzialmente politica e una sua stretta relazione con il fenomeno populista. L'utilizzo di tale tecnologia modifica la percezione della realtà del soggetto influenzandolo a tal punto da spingerlo a condividere spontaneamente ed in tempo reale tali notizie; l'elemento principale che caratterizza le *fake news* moderne secondo gli psicologi della comunicazione sarebbe la capacità di impattare sui soggetti e sui gruppi sociali con una velocità e un coinvolgimento unici nella storia dell'informazione⁷¹.

Ma se una storia falsa⁷² – per dirla con Canfora – è sempre esistita, che cosa distingue le attuali *fake news* dalle tradizionali informazioni false? Oltre alla capacità di toccare la dimensione emotiva dello sciame digitale, popolo anonimo che vive sulla rete, vi è un elemento fondamentale costituito dal mezzo attraverso il quale le *fake news* vengono veicolate: l'utilizzo delle tecnologie digitali. Bisogna infatti considerare che il rapporto tra informazione e mezzo è tutt'altro che secondario, anzi potremmo dire con McLuhan che il “medium è il messaggio”, poiché il modo in cui un *medium* organizza e struttura i propri contenuti non è neutrale, ma ne influenza in modo decisivo la ricezione e la comprensione⁷³. I media digitali hanno sottoposto la sfera pubblica a un radicale cambio di struttura causandone la frammentazione; la sfera del discorso pubblico è stata minacciata dall'infodemia⁷⁴ suscitando nuove riflessioni alla luce

⁶⁷ M. Ferraris, *Post verità ed altri enigmi*, Bologna, 2017, 9.

⁶⁸ F. Paglieri, *La disinformazione felice. Cosa ci insegnano le bufale*, Bologna, 2020, 21.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ G. Riva, *Fake news. Vivere e sopravvivere in un mondo post-verità*, Bologna, 2018, 15.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² L. Canfora, *La storia falsa*, Milano, 2008.

⁷³ M. McLuhan, *Gli strumenti del comunicare*, Milano, 2008, 6.

⁷⁴ Secondo l'Accademia della Crusca per *Infodemia* si intende un abnorme flusso di informazioni di qualità variabile su un argomento, prodotte e messe in circolazione con estrema rapidità e capillarità attraverso i media tradizionali e digitali, tale da generare disinformazione, con conseguente distorsione della realtà ed effetti potenzialmente pericolosi sul piano delle reazioni e dei comportamenti sociali.

dell'inedita dimensione pervasiva dei fornitori di servizi digitali e ponendo domande rilevanti sull'adeguatezza degli strumenti disponibili per il diritto costituzionale nella società dell'algoritmo. Le questioni precedentemente sollevate hanno comportato un cambio di paradigma nelle scelte di politica del diritto dell'Unione Europea che, lasciata alle spalle l'impostazione marcatamente liberista, ha risposto alle sfide poste dallo spazio giuridico digitale attraverso un ripensamento delle proprie strategie regolatorie⁷⁵ avviando una nuova stagione di costituzionalismo digitale⁷⁶. Con tale espressione si intende: «il plesso di interventi legislativi dell'Unione volti a direttamente a regolare il fenomeno tecnologico e digitale, nelle sue varie forme. Al fine precipuo di salvaguardare e promuovere i valori intrinseci del costituzionalismo europeo»⁷⁷.

Il formante tecnologico – che potremmo definire anche formante algoritmico – è centrale nell'economia del presente saggio, poiché senza internet e i *social media* le *fake news* non avrebbero assunto la rilevanza che oggi hanno essendo la loro caratteristica fondamentale l'essere progettate e diffuse tramite il web⁷⁸.

Sul piano comunicativo, il fenomeno che si è venuto a creare è stato definito come disintermediazione, processo mediante il quale vengono eliminate le strutture di mediazione – come i corpi intermedi o i filtri – tra due o più utenti in un processo di comunicazione. La rivoluzione digitale ha infatti comportato un cambiamento radicale del rapporto lettore-*media* e la disintermediazione – costituente il terreno ideale per lo sviluppo delle *fake news* – ha fatto acquisire al cittadino un potere maggiore permettendogli di usufruire di un accesso diretto alle informazioni immergendosi in un flusso di dati che, oltre a poter controllare, può modificare creare e diffondere attraverso strumenti progressivamente sempre più alla portata di tutti. All'interno di tale ecosistema mediale completamente rivoluzionato si inseriscono le problematiche poste dall'amplificazione delle notizie false tramite sistemi di intelligenza artificiale. La disinformazione si fonda sul *confirmation bias* processo di accettazione delle informazioni che è legato alla tendenza di ogni individuo a conservare intatte le proprie credenze perturbandole il meno possibile. Tale processo si enfatizza notevolmente all'interno delle piattaforme digitali di grandi dimensioni, in cui gli spazi discorsivi vengono sostituiti da *echo-chambers*, termine che indica «quegli spazi che, sui media, determinano la creazione di uno stato di isolamento degli individui, in cui le informazioni, idee e credenze vengono amplificate e rafforzate all'interno di un sistema isolato»⁷⁹ e in cui le informazioni vengono amplificate da una ripetitiva trasmissione all'interno di un ambito omogeneo e chiuso, in cui visioni e interpretazioni divergenti finiscono per non trovare più considerazione, portando quindi l'utente a convalidare e rinforzare le proprie convinzioni e alimentan-

⁷⁵ O. Pollicino – P. Dunn, *Intelligenza Artificiale*, cit., 27.

⁷⁶ G. De Gregorio, *Digital Constitutionalism in Europe*, Oxford University Press, 2022.

⁷⁷ O. Pollicino – P. Dunn, *Intelligenza Artificiale*, cit., 30.

⁷⁸ T. Guerini, *Fake news e diritto penale. La manipolazione digitale del consenso nelle democrazie liberali*, Torino, 2020, 5. Il concetto di formante, notoriamente elaborato da R. Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)*, in *American Journal of Comparative Law*, 39(1), 1991, viene utilizzato nell'analisi delle *fake news* - in una prospettiva penalistica - da Tommaso Guerini; l'espressione "formante algoritmico" è presente in F. Sgubbi, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, 2019, 39.

⁷⁹ B.-C. Han, *Infocrazia. Le nostre vite manipolate dalla rete*, Torino, 2023, 39.

do la polarizzazione politica⁸⁰. Gli algoritmi delle piattaforme, la cui rete epistemica di informazioni a cui siamo sottoposti è influenzata dalle reti sociali in cui siamo inseriti *online*, accelera questo fenomeno attraverso gli agenti di raccomandazione, che generando un fenomeno noto come *filter bubble* tendono a presentare contenuti sempre più simili a quelli che l'utente ha già consumato⁸¹, richiamando l'idea di un pluralismo ovattato, filtrato attraverso le preferenze espresse da chi fruisce le informazioni⁸².

I sistemi di raccomandazione permettono ai fornitori delle piattaforme di garantire agli utenti di essere raggiunti da contenuti maggiormente rispondenti ai loro gusti ed interessi ma anche al loro orientamento politico, giocando quindi un ruolo fondamentale nella diffusione di informazioni e di conseguenza anche nella formazione della coscienza pubblica, potendo influenzare le preferenze degli utenti e potenzialmente guidarne le scelte sia a livello individuale che collettivo⁸³. Per descrivere tale nuovo assetto in cui il pubblico si dissolve in una miriade di bolle autoreferenziali in cui vengono rafforzati i meccanismi di polarizzazione la teoria politica ha utilizzato il concetto di *bubble democracy*⁸⁴. Inoltre bisogna considerare lo sviluppo di tali sistemi sia orientato all'interesse economico e quindi al profitto; considerando che i contenuti polarizzanti (come le notizie false) tendono a catalizzare l'attenzione del pubblico di conseguenza un ulteriore profilo problematico messo in luce dalla dottrina è quello rappresentato dal fatto che l'algoritmo, pur di suscitare l'interesse degli utenti, non solo non è disincentivato a ridurre i contenuti disinformativi ma è incentivato a promuoverli⁸⁵.

Un ulteriore profilo riguarda i rischi derivanti dalla possibilità di organizzare flussi informativi a fini strategici. La struttura algoritmica delle piattaforme e la presenza di “*cyber-truppe*” di *troll* professionisti e *social bot* favoriscono la suddivisione degli utenti in reti costruite ad arte che possono condizionare gli esiti di battaglie elettorali, creando, secondo Byung-Chul Han, le condizioni strutturali per una degenerazione della democrazia in “*infocrazia*”⁸⁶. Il diritto all'informazione, la cui elaborazione⁸⁷ dottrinale

⁸⁰ W. Quattrociocchi – A. Vicini, *Polarizzazioni. Informazioni, opinioni e altri demoni nell'infosfera*, Milano, 2023.

⁸¹ N. Cristianini, *La scorciatoia. Come le macchine sono diventate intelligenti senza pensare in modo umano*, Bologna, 2023, 144 ss.

⁸² C. M. Reale – M. Tommasi, *Libertà*, cit., 331 ss.

⁸³ O. Pollicino – P. Dunn, *Disinformazione*, cit., 13.

⁸⁴ D. Palano, *Bubble democracy: la fine del pubblico e la nuova polarizzazione*, Brescia, 2020.

⁸⁵ O. Pollicino – P. Dunn, *Disinformazione*, cit., 13.

⁸⁶ La comunicazione nelle piattaforme digitali basate sugli algoritmi secondo Han, *Infocrazia*, cit., non è né libera né democratica; è una “comunicazione senza comunità” che rende impossibile la politica dell'ascolto e segna la fine dell'agire comunicativo. La presenza dell'altro è infatti fondamentale e costitutiva dell'agire comunicativo in habermassiano che ci obbliga a pensare l'altro come parlante e ascoltante, che riflette la propria visione del mondo nel mondo oggettivo, sociale o soggettivo attraverso affermazioni che possono essere accettate e discusse. La fine dell'agire comunicativo è determinata dalla scomparsa dell'altro – inteso come parlante e ascoltante - che segna la fine del discorso rafforzate dalla polarizzazione e dalla propaganda delle camere dell'eco che generano una personalizzazione algoritmica della rete fomentando una mentalità tribale in una guerra delle identità particolaristiche.

La comunicazione digitale – nella prospettiva piuttosto pessimistica dell'A. - disintegra la società e determina la crisi della verità divenendo indifferente qualsiasi concetto che aiuti a designare di una forma vincolante le cose facendogli perdere la sua funzione di regolatore sociale.

⁸⁷ Secondo Martines il fondamento costituzionale di tale diritto è da rinvenirsi principalmente nella

e giurisprudenziale risale a un momento storico in cui non si erano ancora sviluppate le nuove tecnologie, necessità in questo momento storico, secondo una certa dottrina, di una nuova configurazione che va oltre il tradizionale diritto ad essere informati per configurarsi come diritto a non essere disinformati .

L'ultima frontiera della disinformazione è costituita dal *deepfake*, neologismo derivante da *deep learning* e *fake*, insieme di tecniche che – attraverso *software* di Intelligenza Artificiale – partendo da contenuti reali riescono a modificare o ricreare in modo realistico le caratteristiche e i movimenti di un volto o di un corpo e a imitare fedelmente una voce. Nella definizione fornita dal Garante: I deepfake sono foto, video e audio creati grazie a software di intelligenza artificiale (AI) che, partendo da contenuti reali (immagini e audio), riescono a modificare o ricreare, in modo estremamente realistico, le caratteristiche e i movimenti di un volto o di un corpo e a imitare fedelmente una determinata voce.

Le foto e i video *deepfake* sono prodotti da reti neurali profonde, interconnesse con strati di unità computazionali simili a neuroni⁸⁸, addestrabili tramite il *deep learning*, che regola le connessioni tra le unità in risposta al *feedback*. Il *deep learning* può addestrare le reti a svolgere molte attività, tra cui la produzione di immagini e video apparentemente veri, potendo mostrare qualcuno mentre fa qualcosa che non ha mai fatto e dice cose che non ha mai detto; la pericolosità di questo dispositivo dal punto di vista della disinformazione di massa o nel settore pornografico, dove si è principalmente sviluppato, è particolarmente alta potendo potenzialmente incidere su una pluralità di diritti fondamentali ed essendo particolarmente pericoloso soprattutto durante le campagne elettorali potendo costituire uno strumento di distorsione del dibattito pubblico e di manipolazione del consenso⁸⁹. Il rischio è che queste tecnologie migliorino tanto che secondo David Chalmers⁹⁰ in futuro non potremmo distinguere video *deepfake* da quelli reali, non potendoci fidare delle immagini in maniera così diretta come abbiamo sempre fatto e probabilmente la loro rilevabilità sarà affidata a degli algoritmi avanzati. Bisogna inoltre considerare, come giustamente messo in luce dalla dottrina più recente, le minacce derivanti da una progressiva “democratizzazione”⁹¹ degli strumenti per la realizzazione di contenuti *deepfakes*, sempre più accessibili a chiunque e non solo ad informatici esperti⁹². Lo scenario che si profila si caratterizza per una particolare pericolosità, potendo questo tipo di contenuti entrare a far parte anche della real-

democraticità dell'ordinamento. L'art. 21 Cost. oltre alla libertà di manifestazione del pensiero (libertà di dare e divulgare notizie, commenti) tutela secondo la sua lettura, dal punto di vista dei destinatari della manifestazione - sia pure indirettamente - l'interesse generale all'informazione che, in un regime democratico, implica pluralità di fonti, libero accesso alle medesime, assenza di ingiustificati ostacoli legali alla circolazione delle notizie e delle idee. T. Martines, *Diritto costituzionale*, Milano, 1992, 679.

⁸⁸ D. J. Chalmers, *Più realtà. I mondi virtuali e i problemi della filosofia*, Milano, 2023, 303.

⁸⁹ Per una ricognizione dei principali casi di *deepfakes* disinformativi si veda M. Cazzaniga, *Una nuova tecnica (anche) per veicolare disinformazione: le risposte europee ai deepfakes*, in questa *Rivista*, 171.

⁹⁰ D. J. Chalmers, *Più realtà*, cit., 304 ss.

⁹¹ E. Meskys - J.Kalpokiene - P.Jurcys - A.Liaudanskas, *Regulating Deep Fakes: Legal and Ethical Considerations*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 15 (1), 2020, 24.

⁹² M. Cazzaniga, *Una nuova tecnica*, cit., 175.

tà aumentata o virtuale⁹³. La direzione sembra essere quella di una verità artificiale, dentro un ecosistema in cui vengono diffusi massivamente contenuti creati tramite sistemi di intelligenza artificiale e a sua volta, questo ecosistema di tecnologie diviene sempre più necessario per verificare la veridicità dei contenuti, costituendo un fattore sempre più essenziale nella lotta alla disinformazione su internet venendo già adesso utilizzata dalle piattaforme online per individuare profili falsi (*bot* o *troll*) oltre ad essere utilizzata per individuare contenuti falsi sintetici o manipolati attraverso l'IA stessa, è infatti particolarmente diffusa la pratica di allenare modelli *deep learning*, fondati su reti neurali convoluzionali⁹⁴. Un profilo problematico che emerge con riferimento a questa tendenza – e che va oltre, aggiungendosi, alla tradizionale problematica della rimozione dei contenuti o del *fact-checking* umano – è che l'intelligenza artificiale applicata a sistemi di moderazione e cura dei contenuti sia esposta a errori e *bias* a danno, soprattutto di minoranze, con significativi impatti sull'effettiva promozione di un ecosistema informazionale pluralistico⁹⁵.

4. La regolazione europea dell'Intelligenza Artificiale

Quando si parla di intelligenza artificiale si utilizza spesso la metafora del passare delle stagioni. È infatti un campo che ha visto vari cicli di espansione e contrazione, con periodi di grandi aspettative e altri di investimenti sensibilmente ridotti⁹⁶. Questa volatilità, tipica nelle nuove tecnologie, caratterizza particolarmente la storia dell'intelligenza artificiale, i cui periodi caratterizzati da meno interesse e investimenti, sono definiti inverni. Basti considerare il fatto che questa espressione è stata coniata da John McCarthy nella proposta di finanziamento per la conferenza di Dartmouth del 1956, raduno dei ricercatori di quello che all'epoca era un nuovissimo campo di ricerca. Da allora ha transitato attraverso varie stagioni, passando attraverso diversi paradigmi filosofico-tecnologici e la stagione che stiamo attraversando possiamo considerarla a tutti gli effetti come una nuova primavera dell'intelligenza artificiale.

La regolazione del ricorso a sistemi decisionali automatizzati e all'algorithm ha progressivamente assunto un ruolo sempre più centrale nel contesto delle politiche dell'UE sin dalla metà degli anni 2010 e, in tal senso, il GDPR rappresenta il capostipite della strategia euro-unitaria di *governance* di tali sistemi⁹⁷. Ma tale regolamento pur avendo introdotto una importante previsione che costituisce una “riserva di umanità” con riferimento alla soggezione a decisioni prese secondo modalità automatizzate tratta tale fattispecie come residuale rispetto al trattamento umano e manca di tenere conto delle applicazioni di IA fondate sui *big data* non prendendo ancora in considerazione il fenomeno dei trattamenti di dati di massa⁹⁸. Bisogna considerare che il GDPR è stato

⁹³ D. J. Chalmers, *Più realtà*, cit., 304 ss.

⁹⁴ O. Pollicino – P. Dunn, *Disinformazione*, cit. 14.

⁹⁵ Ivi, 150.

⁹⁶ N. Cristianini, *La scorciatoia*, cit., 125 ss.

⁹⁷ O. Pollicino – P. Dunn, *Intelligenza artificiale*, cit., 59.

⁹⁸ G. Finocchiaro, *Intelligenza artificiale. Quali regole?*, Bologna, 2024, 86.

approvato nel 2016 e che negli ultimi anni abbiamo assistito ad una forte accelerazione nello sviluppo dei sistemi di IA ed a livello europeo la risposta a tali mutamenti è arrivata con l'adozione dell'AI act a giugno 2024.

Con riferimento al tema regolazione dell'algoritmo e dei processi decisionali automatizzati e dell'AI occupa uno spazio centrale il DSA con cui il legislatore europeo si dimostra consapevole dell'ormai centrale ruolo ricoperto da tali strumenti nella governance dei contenuti in rete⁹⁹, provando ad “imbrigliare il potenziale del potere computazionale dei provider e dei loro sistemi algoritmici allo scopo di promuovere gli interessi ed i valori democratici dell'Unione”¹⁰⁰. L'entrata in vigore del Digital Service Act e le misure finalizzate alla sua applicazione a quelle imprese designate dalla Commissione come *Very Large Online Platforms* e *Very Large Online Search Engines*, con riferimento ai loro rischi sistemici derivanti dai loro servizi e la conseguente istituzione del *European Center for Algorithmic Transparency*, a Siviglia, presso il *Joint Research Centre* della Commissione europea, vanno nella direzione della seconda stagione del costituzionalismo digitale, in cui il legislatore europeo nell'ambito di un più ampio processo di riaccentramento delle fonti si riappropria del ruolo di *law maker* attraverso “iniezioni” di garanzie procedurali costituzionalmente orientate con il fine di limitare l'influenza dei poteri privati e prevenirne gli abusi. Con il DSA¹⁰¹ le piattaforme e i motori di ricerca con un “raggio d'azione” di oltre 45 milioni di utenti attivi mensili – corrispondenti al 10% dei consumatori europei – in conformità agli obblighi previsti dal Regolamento sui servizi digitali dovranno analizzare e valutare i rischi sistemici derivanti dai loro servizi, che vanno dalla diffusione e amplificazione di contenuti illeciti e disinformativi fino alle eventuali ripercussioni sulle libertà di espressione e di informazione, oltre ai rischi relazionati con la violenza di genere e la sicurezza dei minori online. Un ulteriore aspetto peculiare del Regolamento è il transito da un paradigma autoregolativo a un sistema di co-regolamentazione nel contesto della regolazione dei contenuti e nella mitigazione dei rischi sistemici stabilito dall'art. 45. Il nuovo Codice rafforzato del 2022 è il primo modello di codice di condotta che interviene per realizzare tale strategia di co-regolamentazione costituendo un ulteriore tassello nella promozione del costituzionalismo digitale con riferimento all'intersezione tra libertà di espressione e intelligenza artificiale¹⁰². Se il Codice di buone pratiche sulla disinformazione del 2018 era costituito da una serie di impegni che si risolvevano in scarse petizioni di principio, il nuovo Codice rafforzato, che costituisce anch'esso un atto di *soft law*, prevede 44 impegni e 128 misure specifiche in settori come la demonetizzazione della diffusione della disinformazione, la trasparenza della pubblicità politica, la responsabilizzare gli utenti e la cooperazione con i verificatori dei fatti. Un aspetto importante di tale Codice è rappresentato dall'implicito riconoscimento della centralità dei sistemi automatizzati di moderazione dei contenuti¹⁰³ tanto nel contrasto alla disinformazione quanto nella

⁹⁹ O. Pollicino – P. Dunn, *Intelligenza artificiale*, cit., 48.

¹⁰⁰ Ivi, 55.

¹⁰¹ M. A. Aranzazu Toquero, *Entre Scilla y Caribdis: los intermediarios digitales y la moderación de contenidos*, in *Revista AIC Associazione italiana dei Costituzionalisti*, 4, 2023.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ *Ibid.*

disseminazione di contenuti falsi. Con il fine di limitare la circolazione di *fake news*, contiene delle previsioni anche in relazione al *deepfake*, in particolare il *commitment* numero 14 che stabilendo che i sottoscrittori devono mettere a punto, o implementare se già ne avevano predisposte prima della sottoscrizione del nuovo codice, una serie di *policies* di contrasto alla disinformazione veicolata attraverso tali tecnologie¹⁰⁴. Mentre l'impegno 15 richiede ai firmatari i quali sviluppino o operino sistemi di IA e diffondano attraverso i loro servizi contenuti generati o manipolati attraverso l'uso di IA (come il *deepfake*) di applicare diligentemente le regole concernenti gli obblighi di trasparenza previste dall'*AI Act*. Le osservazioni della dottrina hanno messo in luce come con riferimento al tema dei *deepfakes* l'adozione del codice non pare essere stata particolarmente influente orientando in maniera decisiva le scelte delle piattaforme in tale settore¹⁰⁵. Costituendo di fatto il primo tentativo al mondo di regolazione di questa tecnologia, l'Europa si afferma come leader a livello globale sotto il profilo della regolamentazione dell'Intelligenza Artificiale e di un suo sviluppo etico e affidabile nella prospettiva del rispetto dei diritti fondamentali¹⁰⁶. È una sfida profondamente ambiziosa che si caratterizza per la sua particolare complessità: in primis quella di dover regolare, a livello continentale, una tecnologia che per sua natura è globale. Ulteriore difficoltà è quella di "inseguire" lo sviluppo tecnologico di un ecosistema in continua evoluzione, come ha dimostrato il caso dell'intelligenza artificiale generativa, inizialmente non prevista nella proposta di regolamento.

La complessità di questa sfida epocale è costituita inoltre dalla necessità di proteggere i diritti fondamentali e i valori europei, ma al tempo stesso non frenare – attraverso un eccesso di regolazione – sproporzionatamente lo sviluppo tecnologico, la libertà di iniziativa economica, la libertà di scienza e tecnica e il mercato, rischiando di aumentare eccessivamente il costo dell'immissione sul mercato di tecnologie IA. Questo è lo scopo principale che si prefigge il regolamento: promuovere lo sviluppo di una intelligenza artificiale antropocentrica garantendo un elevato livello di protezione della salute, dell'ambiente e della sicurezza. Lo sviluppo di un ecosistema di fiducia dentro un quadro giuridico per una intelligenza artificiale affidabile è in perfetta coerenza con gli obiettivi della Commissione 2019-2024 e con la pubblicazione nel 2020 del *Libro bianco sull'Intelligenza artificiale. Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*, dove venivano delineati i principi fondamentali di un futuro quadro normativo dell'UE per l'IA, basato sui valori e sui diritti fondamentali europei ed avente l'obiettivo di garantire una tutela della persona e al tempo stesso incoraggiare le imprese a sviluppare tali sistemi, ma sempre nel rispetto di questi valori.

La scelta del regolamento come atto giuridico è giustificata dalla necessità di un'appli-

¹⁰⁴ M. Cazzaniga, *Nuove tecniche*, cit., 179.

¹⁰⁵ Per un'analisi del Report presentato il 9 febbraio 2023 dai firmatari. *Ivi*, 180

¹⁰⁶ Il primato europeo riguarda la capacità di elaborazione di requisiti legali finalizzati alla protezione di una intelligenza artificiale a dimensione antropocentrica, non un primato sul suo sviluppo tecnologico. L'esplosione di ricerca, sviluppo e commercializzazione dell'IA, con particolare riferimento all'apprendimento automatico, è come abbiamo detto, globale, ma si è concentrata in larga misura negli Stati Uniti e in Cina. Oggi è in atto una corsa tra queste due potenze per ottenere il vantaggio strategico nell'ambito dell'IA, come emerge dallo studio di H.E. Kissinger – E. D. Schmidt - D.Huttenlocher, *L'era dell'intelligenza artificiale*, cit., 70.

cazione uniforme delle nuove regole su questa tecnologia, poiché l'applicabilità diretta del regolamento dovrebbe ridurre i rischi di una frammentazione giuridica e facilitare lo sviluppo di un mercato unico per tutti quei sistemi che sono leciti e affidabili. Normative nazionali divergenti potrebbero infatti determinare una rischiosa frammentazione del mercato interno e allo stesso tempo diminuire la certezza del diritto per gli operatori che sviluppano o utilizzano sistemi di intelligenza artificiale.

Parte della dottrina¹⁰⁷ ha sostenuto che di fatto si tratta di una “direttiva mascherata” come in parte lo è stata anche il GDPR, perché vi sono delle clausole aperte che lasciano un margine discrezionale agli Stati membri e che quindi aprono a possibili scelte strategiche diverse.

Il regolamento europeo sull'Intelligenza Artificiale¹⁰⁸, finalmente pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'UE il 12 luglio ed entrato in vigore il 1 agosto 2024, costituisce il primo tentativo al mondo di regolazione di questo ecosistema di tecnologie, pur avendo un campo applicativo più ampio rispetto a quello dello del contrasto alla disinformazione e della tutela della libertà di espressione e di informazione, ha introdotto una norma importante finalizzata a disciplinare l'utilizzo dei sistemi *deepfake*. Nella definizione fornita nell'art. 3, 60) del *AI Act* per *deep fake* si intende: «un'immagine o un contenuto audio o video generato o manipolato dall'IA che assomiglia a persone, oggetti, luoghi, entità o eventi esistenti e che apparirebbe falsamente autentico o veritiero a una persona». L'art. 50 che disciplina gli obblighi di trasparenza per i fornitori e i deployers di determinati sistemi di IA stabilisce che i fornitori che garantiscono che i sistemi di IA destinati a interagire direttamente con le persone fisiche siano progettati e sviluppati in modo tale che le persone fisiche interessate siano informate del fatto di stare interagendo con sistema di IA, a meno che ciò non risulti evidente dal punto di vista di una persona fisica ragionevolmente informata, attenta e avveduta, tenendo conto delle circostanze e del contesto di utilizzo. Tale obbligo non si applica ai sistemi di IA autorizzati dalla legge per accertare, prevenire, indagare o perseguire reati, fatte salve le tutele adeguate per i diritti e le libertà dei terzi, a meno che tali sistemi non siano a disposizione del pubblico per segnalare un reato.

I fornitori di sistemi di IA, compresi i sistemi di IA per finalità generali, che generano contenuti audio, immagine, video o testuali sintetici, garantiscono che gli output del sistema di IA siano marcati in un formato leggibile meccanicamente e rilevabili come generati o manipolati artificialmente. I fornitori garantiscono che le loro soluzioni tecniche siano efficaci, interoperabili, solide e affidabili nella misura in cui ciò sia tecnicamente possibile, tenendo conto delle specificità e dei limiti dei vari tipi di contenuti, dei costi di attuazione e dello stato dell'arte generalmente riconosciuto, come eventualmente indicato nelle pertinenti norme tecniche. Per poi successivamente delineare delle eccezioni a questo dovere di etichettamento: tale obbligo infatti non si applica se i sistemi di IA svolgono una funzione di assistenza per l'editing standard o non modificano in modo sostanziale i dati di input forniti dal deployer o la rispettiva semantica, o se autorizzati dalla legge ad accertare, prevenire, indagare o perseguire reati. I deployer di un sistema di riconoscimento delle emozioni o di un sistema di ca-

¹⁰⁷ G. Rutelli, *L'AI Act sarà una direttiva mascherata. Dialogo con Pollicino (Bocconi)*, in *Formiche*.

¹⁰⁸ Regolamento (UE) 2024/1689, art. 50.

tegorizzazione biometrica informano le persone fisiche che vi sono esposte in merito al funzionamento del sistema e trattano i dati personali in conformità dei regolamenti (UE) 2016/679 e (UE) 2018/1725 e della direttiva (UE) 2016/680, a seconda dei casi. Tale obbligo non si applica ai sistemi di IA utilizzati per la categorizzazione biometrica e il riconoscimento delle emozioni autorizzati dalla legge per accertare, prevenire o indagare reati, fatte salve le tutele adeguate per i diritti e le libertà dei terzi e conformemente al diritto dell'Unione.

I *deployer* di un sistema di IA che genera o manipola immagini o contenuti audio o video che costituiscono un “*deep fake*” devono rendere noto che il contenuto è stato generato o manipolato artificialmente. Tale obbligo non si applica nei casi in cui l'uso è autorizzato dalla legge per accertare, prevenire, indagare o perseguire reati o qualora il contenuto faccia parte di un'analoga opera o di un programma manifestamente artistici, creativi, satirici o fittizi, gli obblighi di trasparenza di cui al presente paragrafo si limitano all'obbligo di rivelare l'esistenza di tali contenuti generati o manipolati in modo adeguato, senza ostacolare l'esposizione o il godimento dell'opera. I *deployer* di un sistema di IA che genera o manipola testo pubblicato allo scopo di informare su questioni di interesse pubblico devono rendere noto che il testo è stato generato o manipolato artificialmente. Anche in questo caso l'obbligo non si applica se l'uso è autorizzato dalla legge per accertare, prevenire, indagare o perseguire reati o se il contenuto generato dall'IA 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 di quel determinato contenuto.

Secondo il *consideranda* 134 oltre alle soluzioni tecniche utilizzate dai fornitori del sistema di IA, i *deployer* che utilizzano un sistema di IA per generare o manipolare immagini o contenuti audio o video che assomigliano notevolmente a persone, oggetti, luoghi, entità o eventi esistenti e che potrebbero apparire falsamente autentici o veritieri, dovrebbero anche rendere noto in modo chiaro che il contenuto è stato creato o manipolato artificialmente etichettando di conseguenza gli output dell'IA e rivelandone l'origine artificiale. L'adempimento di tale obbligo di trasparenza non deve però ostacolare il diritto alla libertà di espressione e il diritto alla libertà delle arti e delle scienze garantito dalla Carta, in particolare quando il contenuto fa parte di un'opera o di un programma manifestamente creativo, satirico, artistico, fittizio, o analogo fatte salve le tutele adeguate per i diritti e le libertà dei terzi. In tali casi, l'obbligo di trasparenza per i *deep fake* si limita alla rivelazione dell'esistenza di tali contenuti generati o manipolati in modo adeguato che non ostacoli l'esposizione o il godimento dell'opera, compresi il suo normale sfruttamento e utilizzo, mantenendo nel contempo l'utilità e la qualità dell'opera. Dobbiamo infatti considerare che i sistemi *deepfake* presentano anche delle opportunità rappresentate da alcune sue applicazioni positive nel settore cinematografico, in quello pubblicitario o nella realizzazione di opere d'arte. Possono rappresentare uno strumento attraverso cui manifestare liberamente il proprio pensiero, nelle sue varie declinazioni come la parodia o la satira, creando quindi dei contenuti ricompresi nell'alveo di protezione della libertà di espressione¹⁰⁹. Può essere inoltre utile ricordare che la formulazione volutamente generica dell'art. 21 della Costituzione italiana, stabilendo

¹⁰⁹ M. Cazzaniga, *Una nuova tecnica*, cit., 177.

che tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e « ogni altro mezzo di diffusione¹¹⁰ », ricomprende astrattamente, attraverso la scelta di una formulazione volutamente ampia, anche la libera manifestazione del pensiero tramite questo ecosistema di nuove tecnologie rappresentato dall'IA. La dottrina ha recentemente messo in luce come essendo molti i settori in cui il *deep fake* può essere utilizzato con finalità meritevoli in una prospettiva costituzionale prospettare un divieto assoluto di ricorrere a questa tecnologia sarebbe sproporzionato e una proibizione totale limiterebbe eccessivamente la libertà di manifestazione del pensiero¹¹¹ e limiterebbe la sperimentazione in molti ambiti.

Scopo della norma, alla quale si accompagna – ricalcando il modello co-regolativo del Digital service act – la possibilità di elaborare codici di buone pratiche a livello dell'unione per facilitare l'efficace attuazione degli obblighi relativi alla rilevazione e all'etichettatura dei contenuti generati o manipolati artificialmente è quello di ridurre l'impatto che l'intelligenza artificiale ha a livello informativo sui cittadini dell'UE mirando a ridurre i rischi di cattiva informazione e manipolazione su vasta scala.

L'ambito politico, con particolare riferimento al momento elettorale, è sia il terreno prediletto dove si inserisce il fenomeno della disinformazione, sia quello ontologicamente fondativo della libertà di espressione. I sistemi di IA, operanti sulla base di grandi raccolte di dati, influenzano progressivamente sempre più aspetti relativi a questo campo, come la struttura dei messaggi politici e la loro diffusione a diversi settori della popolazione. L'IA viene infatti utilizzata per elaborare campagne di disinformazione e a sua volta viene utilizzata «per individuare, identificare e controbattere la disinformazione»¹¹². Con il crescere di tali funzioni nel definire e plasmare l'ecosistema dell'informazione sarà sempre più difficile prevedere l'uso di questi sistemi, a essere minacciate saranno sempre di più le prospettive di una libera società e secondo una certa lettura persino del libero arbitrio¹¹³. La natura globale del digitale unite alla capacità dell'IA di monitorare, bloccare, conformare, produrre e distribuire informazioni sulle piattaforme di rete in tutto il mondo riportano tali complessità allo spazio dell'informazione delle società più diverse¹¹⁴ e con il suo progressivo perfezionamento contribuisce a plasmare gli ordinamenti sociali su scala nazionale e globale. È una sfida complessa che richiede cautela, considerando che qualsiasi tipo di approccio nella regolazione di tale fenomeno riflette giudizi di valore, tanto che potremmo definirlo un dilemma complesso con risposte imperfette che variano a seconda della visione del mondo e dalla tradizione costituzionale di riferimento. L'anno appena¹¹⁵ appena attraversato è stato uno dei più elettorali di sempre con oltre 50 elezioni nel mondo, con 76 paesi alle urne e 2 miliardi di persone chiamate al voto e non si possono sottovalutare i rischi che possono emergere dall'amplificazione delle tecniche di disinformazione attraverso

¹¹⁰ Art. 21 Cost.

¹¹¹ M. Cazzaniga, *Una nuova tecnica*, cit., 177.

¹¹² H.E. Kissinger – E. D. Schmidt - D. Huttenlocher, *L'era dell'intelligenza artificiale. Il futuro dell'identità umana*, Milano, 2023, 19.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ *Ivi*, 98.

¹¹⁵ O. Pollicino – P. Dunn, *Disinformazione*, cit., 4.

l'impiego di quell'ecosistema costituito dall'intelligenza artificiale. Nel contesto politico, che come abbiamo visto è quello che riguarda principalmente la disinformazione, secondo la dottrina i video *deepfake* porteranno inevitabili interferenze nella formazione del consenso e più in generale, nel sistema democratico¹¹⁶. Quando questi sistemi riescono a rappresentare personaggi politici possono infatti causare sensibili variazioni nelle opinioni dell'elettorato, compromettendone i diritti di autodeterminazione informativa e di libertà decisionale¹¹⁷.

5. Conclusioni

Possiamo provare a tirare le file della nostra riflessione sul tema libertà di espressione e verità (artificiale) nella società dell'algoritmo. Nel ragionare sul fenomeno in questione abbiamo rilevato come al tema ormai classico rappresentato dalla regolazione delle *fake news* e quindi dei profili costituzionalmente problematici causati dal rischio di una eccessiva o meno eccessiva limitazione – a seconda della tradizione costituzionale di riferimento – si aggiungano dei profili innovativi rappresentati dal come le varie forme di IA interagiscano o interferiscano con la libertà di manifestazione del pensiero, problematizzando ulteriormente il tema oggetto d'indagine tanto sotto il profilo quantitativo quanto sotto il profilo qualitativo. La filosofia della tecnologia ha dimostrato da tempo la non neutralità dello strumento tecnologico. È emersa nel dibattito la consapevolezza che l'intelligenza artificiale applicata a sistemi di moderazione e cura dei contenuti sia esposta a errori e *bias* a danno, soprattutto di minoranze, con significativi impatti sull'effettiva promozione di un ecosistema informativo pluralistico. Abbiamo condiviso l'impostazione di quella dottrina secondo cui la disinformazione si caratterizza per la sua natura essenzialmente politica (la lesione di beni individuali come l'onore e la reputazione sono una eventualità o effetto collaterale ma non il reale obiettivo delle strategie di disinformazione) e l'obiettivo principale delle strategie di disinformazione è l'alterazione del funzionamento delle istituzioni democratiche con particolare riferimento alla formazione del consenso degli elettori. Di qui la forte rilevanza sotto il profilo giuspubblicistico dello sviluppo di questi sistemi in chiave antropocentrica nel rispetto dei diritti fondamentali, nella consapevolezza dei rischi derivanti da un suo utilizzo a scopi disinformativi da un lato e nella lotta alla disinformazione e nella moderazione dei contenuti dall'altro. Abbiamo inoltre aderito alla più recente dottrina italiana secondo cui l'utilizzo di sistemi *deepfake* non può considerarsi illecito in quanto tale ma solo quando determini la lesione di beni giuridici di rilievo costituzionale. Una analisi dei formanti delle *fake news* e del *deepfake* ha rivelato un mosaico complesso caratterizzato da una centralità dell'elemento tecnologico, i cui rischi oggi sono principalmente rappresentati dall'ecosistema dell'intelligenza artificiale. Il formante algoritmico rivela inoltre l'inadeguatezza e l'inapplicabilità della metafora del *free market place of ideas* come opzione di politica del diritto e strategia di contrasto alla disinformazione. Considerando che l'utilizzo di video *deepfake* e più in generale dei

¹¹⁶ V. Azzali – N. Elleccosta, *La questione deepfake in Italia: una panoramica*, in questa Rivista, 3, 2023, 79 ss.

¹¹⁷ *Ibid.*

sistemi di intelligenza artificiale a scopo disinformativo è destinata ad aumentare oltre che a diventare sempre più sofisticata, per spostarsi inoltre nel metaverso aprendo una nuova parentesi del dibattito, in parte già cominciato, sul *free speech*. Nell'attuale ecosistema dell'informazione caratterizzato dalla piattaformizzazione della sfera pubblica a prevalere non è l'informazione veritiera né il pluralismo informativo, ma informazioni false e polarizzanti, camere dell'eco e filtri bolla in cui l'utente è "isolato". Ho inoltre aderito a quella dottrina che da tempo sostiene l'inadeguatezza dell'importazione di questa metafora in prima luogo poiché dal punto di vista strettamente giuridico vi è una differenza sostanziale tra la tradizione costituzionale di provenienza della metafora, dove vi è una maggiore valorizzazione del profilo attivo della libertà piuttosto che quello passivo, che come abbiamo visto non significa che sia una libertà illimitata, perché nessuna libertà dal punto di vista giuridico può esserlo, neanche quella di espressione, forse la più importante tra le libertà, come venne rilevato in una storica sentenza della Corte costituzionale italiana. La tradizione costituzionale del continente europeo dove vi è una differente visione del *freedom of speech* con notevoli conseguenze dal punto di vista filosofico e di politica del diritto. Alle complessità delle sfide poste dall'attuale momento storico per l'ecosistema dell'informazione, tra cui un ruolo rilevante lo rivestono proprio i rischi derivanti dall'utilizzo dell'IA nel nuovo ecosistema mediale, le strategie con cui l'UE le sta affrontando vanno nella direzione di una maggiore tutela dei diritti degli utenti con particolare riferimento alla libertà di espressione e diritto all'informazione. Le scelte di politica legislativa dell'UE vanno nella direzione della seconda stagione del costituzionalismo digitale, in cui il legislatore europeo si riappropria del ruolo di *law maker* attraverso "iniezioni" di garanzie procedurali costituzionalmente orientate con il fine di limitare l'influenza dei poteri privati e prevenirne gli abusi¹¹⁸. Nell'ambito di questo processo europeo di riaccostamento¹¹⁹ delle fonti rientra senza dubbio anche l'entrata in vigore dell'*AI Act* e i Regolamenti sulla trasparenza e il targeting della pubblicità politica e sulla libertà dei media. Questa operazione di recupero della centralità delle fonti può consentire all'UE di affrontare correttamente le attuali sfide poste dal potere digitale¹²⁰, tra cui rientra il fenomeno della disinformazione. Il dilemma è complesso e dalle risposte imperfette perché – a fronte di un ecosistema di tecnologie dalla natura globale – le opzioni di politica del diritto, soprattutto in materia di disinformazione (nel cocktail esplosivo disinformazione-IA), dipendono fortemente dalle tradizioni costituzionali di riferimento e dai giudizi di valore, il terreno della questione inoltre è fortemente politico. A ciò bisogna aggiungere la natura ontologicamente tanto dinamica quanto antagonista della libertà di manifestazione del pensiero, la cui dimensione non è immutabile e dipende da una serie di fattori politici, prestandosi non solo ad ampliamenti ma anche a riduzioni¹²¹.

Come sostenuto da Luciano Floridi, la nostra è l'ultima generazione a fare esperienza

¹¹⁸ O. Pollicino, *Potere*, cit., 438.

¹¹⁹ C. Colapietro, *La proposta di Artificial Intelligence Act: quali prospettive per l'Amministrazione digitale?*, in *CERIDAP Rivista Interdisciplinare sul Diritto delle Amministrazioni Pubbliche*, fascicolo speciale, 1, 2022, 3.

¹²⁰ A. Iannuzzi, *La "governance" europea dei dati nella contesa per la sovranità digitale. Un ponte verso la regolazione dell'intelligenza artificiale*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2021

¹²¹ V. Zeno-Zencovich, *La libertà*, cit., 159 ss.

della chiara distinzione tra ambienti *online* e *offline*, dicotomia che tende progressivamente a svanire venendo sostituita da una forma di vita *Onlife*¹²². Mai come adesso il costituzionalismo è chiamato a difendere i tradizionali diritti e le libertà fondamentali nell'era dell'intelligenza artificiale dai rischi che essa comporta, senza rinunciare alle numerose opportunità offerte da questo ecosistema di nuove tecnologie. Il costituzionalismo digitale, concetto in divenire, può rappresentare la bussola attraverso cui orientarsi in questi tempi complessi, senza la disperazione degli apocalittici e l'eccessivo entusiasmo degli integrati¹²³, ma con la giusta dose di pessimismo dell'intelligenza e ottimismo della volontà.

¹²² L. Floridi, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta cambiando il mondo*, Milano, 2017, 107.

¹²³ U. Eco, *Apocalittici e integrati. Comunicazione di massa e teorie della cultura di massa*, 1977, 361. Con la lungimiranza che lo caratterizzava l'A. scrisse: «Oggi noi viviamo in un universo dell'informazione; lo sviluppo tecnologico ha fatto sì che se dialogo e cultura potranno ancora sopravvivere (e c'è chi ne dubita) tutto questo non avverrà che sullo sfondo di una comunicazione intensiva di dati, di notizie, di aggiornamenti circa ciò che sta accadendo».