

# La regolazione del digitale: tra *self-regulation*, codici di condotta ed *authorities*

di Emanuele Cocchiara\*

SOMMARIO: 1. Le diverse strade nella regolazione del digitale. – 2. In origine vi era la *self regulation*. – 3. La co-regolazione nel GDPR: i Codici di condotta. – 3.1 La nuova fase dei codici di condotta nella lotta alla disinformazione. – 4. Ruolo delle *authorities* nel contesto digitale. – 5. La nuova fase delle autorità indipendenti nei servizi digitali. – 6. Brevi conclusioni a margine.

## 1. *Le diverse strade nella regolazione del digitale*

All'inizio dell'era digitale si era fatta strada l'idea di *Internet*, e quindi del mondo digitale, come un mondo “assoluto”, sciolto da ogni vincolo o ingerenza da parte dei legislatori. Questa vecchia convinzione per cui la dimensione digitale fosse libera e priva di regole, quasi anarchica, nasceva probabilmente da un equivoco di fondo: confondere ciò che *Internet era* con ciò che *Internet dovrebbe essere*<sup>1</sup>. Al di là del fraintendimento, la prevalenza nel *web* della tecnica sul diritto ha portato a diffondere la convinzione che si potesse governare lo spazio digitale senza la politica ma soltanto attraverso il codice, secondo il principio elaborato da Lessig “*code is law*”<sup>2</sup>, una *lex informatica*<sup>3</sup> caratterizzata dalla superiorità della tecnica sul diritto.

---

\* Assegnista di ricerca in Diritto Costituzionale presso Università degli Studi di Palermo.

<sup>1</sup> L. LESSIG, *Code 2.0*, New York, 2006, 32.

<sup>2</sup> In questo sistema delineato da L. Lessig, il diritto sarebbe confinato a disciplinare aspetti parziali come *copyright* o diffusione di contenuti illeciti quali la pedopornografia, mentre la vera regolazione è affidata essenzialmente al codice stesso. (Cfr. M. BETZU, *Regolare Internet*, Torino, 2012, 21).

<sup>3</sup> «“*Lex informatica*” is an expression referring to technical choices that impose certain behaviours upon web users. It includes both the establishment of specific rules for the flow of digital information upon the Web, and the possibility to impose procedural

Era pressoché inevitabile che un “mondo nuovo”<sup>4</sup> nascesse senza regole, come accade ad una terra appena conquistata, e così è stato per alcuni enormi spazi del digitale per molti anni; ne è derivata la creazione di uno stato di natura hobbesiano, nel quale il più forte ha iniziato a prevalere sugli altri, andando ben oltre l’idea di mercato competitivo e ledendo, oltre che i principi basilari della concorrenza anche, come visto, i diritti individuali<sup>5</sup>.

Allo stesso modo che nei secoli passati con la conquista degli oceani dopo la scoperta dell’America, l’essere umano ha iniziato a muoversi in un nuovo ed immenso spazio sciolto da confini e regole dell’autorità, libero e a tratti anarchico. In altre parole, *Internet* è un nuovo mare *schmittiano* e perciò con un proprio *nomos* diverso da quello della terra<sup>6</sup>. Quello che Schmitt scriveva sul mare, ossia l’essere al di fuori di ogni ordinamento spaziale, sembra anticipare quanto proclamato nella *Dichiarazione di indipendenza del cyberspazio*<sup>7</sup>, inteso come spazio *naturalmente* indipendente da ogni autorità. Se già il mare aveva portato ad una prima vera rivoluzione spaziale capace di mutare la coscienza collettiva dell’umanità<sup>8</sup>, il digitale costituisce una rivoluzione ancora più grande perché, a differenza del mare, è accessibile da quasi tutta la popolazione mondiale.

Un nuovo spazio attraverso il quale si può acquisire potere, di

---

limitations upon said flow. The Web becomes simultaneously centralized and decentralized, it adapts and repolarizes itself in infinite variations, eluding territories, structuring immaterial confines within global space. The expression “Code is law” denotes that technological architectures of the internet contain self-organizing codes and regulatory languages that establish and control the rules of access to the digital content of the Web» (E. MAESTRI, *Lex informatica e diritto. Pratiche sociali, sovranità e fonti nel cyberspazio*, in *Ars interpretandi, Rivista di ermeneutica giuridica*, 1/2017, 15-28).

<sup>4</sup> A. D’ALOIA, *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, Milano, 2021

<sup>5</sup> Anzi si può sostenere che, al contrario, la neutralità della rete abbia comportato ricadute prima sul piano democratico che su quello commerciale (così M. PIETRANGELO, *Spazio digitale e modelli di regolazione*, in *Consulta Online*, 3/2023, 937, 940).

<sup>6</sup> «Il mare rimane invece al di fuori di ogni ordinamento spaziale specificamente statale. Esso non è né un territorio statale, né spazio coloniale, né zona occupabile. È dunque libero da ogni tipo di autorità spaziale dello Stato...né conosce altri confini se non quelli delle coste» (così C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, cit., 207).

<sup>7</sup> «I declare the global social space we are building to be naturally independent of the tyrannies you seek to impose on us» (J.P. BARLOW, *A declaration*, cit.).

<sup>8</sup> Cfr. C. SCHMITT, *Terra e mare*, Milano, 2002, 66ss.

qualsiasi natura, diventa inevitabilmente oggetto di conquista, questa volta però, a differenza di come accadde per il mare<sup>9</sup>, l'azione coloniale<sup>10</sup> verso il *web* non è compiuta dagli Stati ma dagli stessi soggetti che, nell'acquisirne la sovranità, contribuiscono al contempo a crearlo, i giganti di *Internet*. La prima domanda che è necessario porsi a questo punto è *se* regolamentare<sup>11</sup>, nel senso di *etero* regolamentare le piattaforme digitali con un intervento, a prescindere dalla misura di esso, da parte del decisore pubblico.

Al di là dell'evidente spirito di *laissez faire* di impronta liberale, unito alla comprensibile (quantomeno in un primo momento) necessità di non porre troppi vincoli per evitare di frenare economie e tecnologie in espansione, a parziale scusante del decisore pubblico vi è da prendere in considerazione la oggettiva difficoltà di regolare fenomeni che sfuggono a determinate regole per la loro innata *a-territorialità*, che li pone quasi in uno spazio a sé stante a senza confini<sup>12</sup>.

Poste queste ragioni, non si è potuto far altro, per evitare o frenare abusi divenuti incontrollabili, che tutelare mercato ed individui attraverso la (fondamentale) azione sanzionatoria *ex post* portata avanti da autorità indipendenti, istituzioni europee e organi giurisdizionali.

Ritenendo superfluo argomentare sul *se* regolare alla luce del ruolo delle *big tech* e delle diverse esternalità negative susseguenti alle loro azioni<sup>13</sup>, ci si deve chiedere, a questo punto, fino a dove può spingersi l'etero normazione ed in che modo essa possa essere veramente efficace, capace di tutelare mercato e diritti da un lato e, senza minarla, la libertà di inizia-

<sup>9</sup> I popoli concordavano che il territorio non europeo, il mare e le *Americhe* erano da considerare terre di conquista e sfruttamento (cfr. C. SCHMITT, *Terra e mare*, cit, 77).

<sup>10</sup> Scrive di colonialism digitale R. AVILA PINTO, *Digital sovereignty or digital colonialism?*, in *International Journal on Human Rights*, vol.5n n.27 2018, 15ss.

<sup>11</sup> G. SCORZA, *Regolamentare, non regolamentare, come regolamentare. Questi sono i dilemmi*, in *AI Anthology. Profili giuridici, economici e sociali dell'IA*, a cura di G. CERRINA FERONI, C. FONTANA, E. C. RAFFIOTTA, Bologna, 2022, 53ss.

<sup>12</sup> A. D'ALOIA, *Ripensare il diritto al tempo dell'intelligenza artificiale*, in *AI Anthology, Profili giuridici, economici e sociali dell'IA*, cit., 19ss.

<sup>13</sup> Sulle distorsioni nel mercato e al di fuori di esso causate dalle piattaforme digitali v. N. PETIT, *Big Tech and the digital economy: the oligopoly scenario*, Oxford, 2020; G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *MediaLaws*, 1/2018; G. DE MINICO, *Internet, Regole e Anarchia*, Napoli, 2012, M. BETZU, *I baroni del digitale*, Napoli, 2022; E. CREMONA, *L'erompere dei poteri privati nei mercati digitali e le incertezze della regolazione antitrust*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2021, 879ss.

tiva economica dei privati dall'altro.

La risposta a questa, più complessa, domanda si pone in un quadro che negli ultimi anni si è arricchito con la nascita ed espansione di nuove forme di *regulation*.

Nella già complessa ed eterogenea nozione di regolazione, la quale ha al suo interno diverse classificazioni spesso differenziate più da un punto di vista quantitativo che qualitativo<sup>14</sup>, è emersa con forza la *self-regulation* delle piattaforme. È proprio nel mondo digitale, infatti, che si è diffusa la prassi da parte degli stessi operatori del mercato di porsi delle regole, spesso sottoforma di contratti o termini di servizio da accettare e rispettare in cambio della fruibilità dei servizi; non a caso internet è stato definito *the heaven of self regulation*<sup>15</sup>.

La cristallizzazione nel tempo di queste regole, o norme, private ma comunque in qualche modo vincolanti, hanno formato quelle che sono state definite “costituzioni civili”, un insieme di regole nate da quegli operatori del mercato con dimensioni globali capaci di creare fonti del diritto non statale, grazie alla natura transazionale del digitale<sup>16</sup>. Se si accetta questa idea di impalcature normative al di fuori del diritto pubblico, le piattaforme più grandi o *gatekeeper*, si sarebbero quindi erse quali ordinamenti paralleli a quelli statali, poste al di fuori della piramide delineata da Kelsen (*Stufenbau*<sup>17</sup>) e quindi orizzontalmente alle strutture normative

<sup>14</sup> Cfr. C.P. GUARINI, *Contributo allo studio della regolazione “indipendente” del mercato*, Bari, 2005, 46ss.

<sup>15</sup> «We have no elected government, nor are we likely to have one, so I address you with no greater authority than that with which liberty itself always speaks. I declare the global social space we are building to be naturally independent of the tyrannies you seek to impose on us. You have no moral right to rule us nor do you possess any methods of enforcement we have true reason to fear» (J.P. BARLOW, *A declaration of the independence of cyberspace, in electronic founder foundation*, eff.org, 1996). Idea, questa di uno spazio globale sostanzialmente immune da ogni norma di diritto pubblico, che non può essere condivisibile, basti pensare alla incapacità di un siffatto sistema di tutelare quelle categorie di soggetti che necessitano cautele aggiuntive (cfr. G. DE MINICO, *Internet e le sue fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2013, 5).

<sup>16</sup> «La regolamentazione nazionale tende a fallire per via dei problemi di implementazione dovuti alla natura nazionale del digitale, d'altra parte una regolazione affidata ad un organo internazionale legittimo fallirebbe per le difficoltà a mettere d'accordo tutti i governi» (così G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle Costituzioni Civili*, ed.it. a cura di R. PRANDINI, Roma, 2009, 126).

<sup>17</sup> La costruzione a gradi dell'ordinamento giuridico, H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 2000, 98 ss.

statali: hanno creato un vero e proprio diritto globale senza stato, con governi privati a carattere pubblico<sup>18</sup>.

La portata di questo fenomeno è resa più evidente dal fatto che alcune piattaforme posseggono miliardi di utenti e di conseguenza le regole che esse stabiliscono per destinatari appartenenti a diversi stati divengono delle vere e proprie norme capaci di incidere su un numero di cittadini digitali che nessuno stato nazionale od organizzazione sovranazionale può eguagliare.

Occorre però qui evidenziare come non vi sia mai stata una *self regulation pura* in qualche modo autorizzata ovvero delegata dagli stati, poiché queste “costituzioni civili” sono sorte spontaneamente; inoltre, queste stesse idee anarcoidi sono state superate dal diritto interno di quello stesso ordinamento, gli Stati Uniti, in cui queste filosofie si sono sviluppate, lasciando spazio pertanto a forme *ibride* di regolazione<sup>19</sup>.

La volontà di non procedere con una regolazione “imposta” dall’alto a causa delle evidenti difficoltà nella concreta realizzazione, unita alla ritrovata consapevolezza di fermare una totale autoregolazione<sup>20</sup>, ha portato alla elaborazione di forme di “collaborazione” tra pubblico e privato, sviluppatesi come una forma di evoluzione della *autoregolazione* e affermata come terza via regolatoria<sup>21</sup>: la *co-regulation*. Questa sarebbe costituita

---

<sup>18</sup> Cfr. R. PRANDINI, *La costituzione del diritto nell'epoca della globalizzazione. Struttura della società, mondo e cultura del diritto nell'opera di Teubner*, in G. TEUBNER, *La cultura del diritto*, cit., 191, 211ss

<sup>19</sup> O. POLLICINO, *I codici di condotta tra self regulation e hard law: esiste davvero una terza via per la regolazione digitale? Il caso della strategia europea contro la disinformazione online*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4/2022, 1051, 1053.

<sup>20</sup> Non mancano però autorevoli sostenitori dell'utilità e dell'efficacia della *self regulation* in Internet: «theory, through self-regulation, soft ethics, and soft law, companies could adopt better behaviour models, and operate in ways more ethically aligned to commercial, social, and environmental needs and values. And they could do so in faster, more agile, and efficient ways, an essential consideration for an industry that is evolving as rapidly as the digital one. All this could happen by anticipating and without having to wait for new legislation or international agreements. Self-regulation could prevent disasters, enable companies to seize more opportunities, and prepare companies to adapt to future legal frameworks, if it is developed and applied correctly» (così L. FLORIDI, *The end of an era: from self-regulation to hard law for the digital industry*, in *Philosophy and Technology*, 34/2021, 612).

<sup>21</sup> Vi è chi ritiene che la co-regolazione «offers the state a route back into question of legitimacy, governance and human rights in the digital environment, and therefore opens up more interesting conversations than a static no-regulation versus state-regu-

da due elementi: la definizione di regole generali da parte dell'autorità pubblica – una sorta di etero-regolazione limitata a principi generali – e la specificazione ed il controllo del rispetto di tali principi affidata alla *self regulation* degli operatori del mercato attraverso atti di *soft law*.

La presenza di un diritto che viene “dal basso” insieme a quello che viene dall'autorità rende questo tipo di regolazione un concetto mutevole, in quanto in concreto agirebbe diversamente a seconda del rapporto tra lo spazio di intervento del privato e quello del pubblico, che si pongono in un rapporto inversamente proporzionale. In partenza però il ruolo che appare più limitato è quello dello stato, poiché esso agirebbe soltanto in una primissima fase di fissazione dei principi e successivamente con la minaccia dell'uso della sanzione se questi non vengono rispettati<sup>22</sup>.

L'aspetto problematico in questo caso, come nella *self regulation*, è riscontrabile nel carattere intrinseco del *soft law*; se si può ritenere in linea teorica efficace per il fatto che l'operatore dovrebbe essere più incline a rispettare le regole che si è auto-imposto, tali regole rimangono comunque al di fuori dell'ordinamento giuridico, senza integrarlo<sup>23</sup>.

Nonostante i limiti di tale “compromesso”, è la co-regolazione ad aver acquisito sempre più spazio in dottrina fino ad essere scelta come modello sul quale le Istituzioni dell'Unione Europea hanno fondato la massiccia produzione normativa ancora in fieri. La *co-regulation* però porta con sé non poche perplessità sulla effettiva congruenza con il fine ultimo dell'opera normativa: la (ri-)acquisizione della sovranità digitale. Per giungere a tal fine è necessario che questo nuovo e “virtuoso” modello flessibile argini seriamente la privatizzazione della regolazione con una seria e netta distinzione di ruoli tra operatore del mercato e decisore pubblico<sup>24</sup> e non si riveli una copia sbiadita della auto regolazione<sup>25</sup>.

lation binary choice» (così C. T. MARSDEN, *Internet co-regulation*, Cambridge, 2011, 242).

<sup>22</sup>G. DE MINICO, *Internet, Regole e Anarchia*, Napoli, 2012, 13ss.

<sup>23</sup> Vi è chi si spinge a sostenere che *soft law*, no law, specificando che «*il soft law non c'entra con le fonti del diritto*» (R. BIN, *Soft law, no law*, in *Soft law e hard law nella società postmoderna*, a cura di A. SOMMA, Torino, 2009, 31, 34); in senso contrario E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008, 27).

<sup>24</sup> Cfr. A. SIMONCINI, *La Co-regolazione delle piattaforme digitali*, in *Riv. Trim. Diritto Pubblico*, 4/2022, 1031, 1049.

<sup>25</sup> I due modelli regolatori, l'*auto* e la *co* regolazione essenzialmente distinti da sfumature e rischiano di confondersi tra loro in quanto la prima può comunque comportare un intervento pubblico e la seconda, *a contrario*, può sostanzialmente rivelarsi in una concessione di ammissima discrezionalità ai privati (Cfr. M.E. BARTOLONI, *La regolazione*

## 2. *In origine vi era la self regulation*

La *self-regulation* delle *big tech* si è manifestata con la costituzione di un vero e proprio “diritto dei privati”<sup>26</sup> costituito da diversi livelli di regole, fino a spingersi addirittura alla istituzione di un livello giurisdizionale interno.

Emblema dell'impronta ideologica delle piattaforme nel plasmare la propria versione di mondo digitale è sicuramente rappresentato dalle cd. “*dieci verità di Google*”<sup>27</sup>, una sorta di costituzione della società *leader* mondiale tra i motori di ricerca. Non a caso i “principi fondamentali” sono situati in una pagina denominata “*philosophy*”, perché enuncia le fondamenta di *Google*. Ciò che viene posto al centro è l'informazione, in quanto rappresenta il fine ultimo della piattaforma, tanto che alla stessa vengono dedicati ben due articoli. Qui si ritrovano elementi che sembrano non coincidere con la realtà dei fatti manifestata dalle azioni intentate contro *Google*, particolarmente all'interno dell'Unione Europea. La prima “verità”, infatti, recita: *il posizionamento dei risultati di ricerca non viene venduto a nessuno e la pubblicità sul sito non solo è chiaramente identificata come tale ma offre contenuti pertinenti*; a ben vedere, se ciò che è scritto non è contestabile, è anche vero che non tiene conto del fatto che gli algoritmi non “vendono” il posizionamento ma esso è comunque filtrato per fornire non le “tutte le informazioni possibili”, bensì le informazioni più affini alle ricerche già effettuate in precedenza. Al di là di queste considerazioni, ciò che appare in un certo senso più pericoloso è il collegamento tra l'algoritmo che filtra le informazioni, *Page Rank*, e la democrazia<sup>28</sup>. La “verità” numero quattro,” elogia l'algoritmo in grado di analizzare i siti «votati come migliori fonti di informazioni da altre pagine sul *Web*», quando in realtà non consente una visione “democratica” dei contenuti agli utenti, né una eguale possibilità di accesso ai consumatori da parte delle imprese che necessitano di risultare nelle pagine di ricerca; tutto ciò senza tralasciare la proverbiale oscurità di siffatti sistemi. Inoltre, il legame tra democrazia e algoritmi sembra essere frutto di quella idea, delineata da Lessig, per la quale il regolatore è il *codice* stesso.

---

*privata nel sistema costituzionale dell'Unione Europea. Riflessione sulla disciplina relativa al settore dell'innovazione tecnologica*, in *Processi democratici e tecnologie digitali*, a cura di G. DI COSIMO, Torino, 2023, 63, 80).

<sup>26</sup>Espressione di W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Milano, 1963.

<sup>27</sup> Consultabili qui <https://about.google/philosophy/?hl=it>.

<sup>28</sup> Degno di considerazione è anche il punto VII, che enfatizza l'assenza di confini e quindi l'aterritorialità delle regole della rete.



Non è chiaro quanto questa sorta di decalogo di norme fondamentali incida sul funzionamento della piattaforma, ma la “fonte normativa” che direttamente vincola gli utenti è costituita invece dai *Termini di servizio*<sup>29</sup>. Formalmente essi costruiscono degli accordi contrattuali, così come sostenuto dalla dottrina prevalente<sup>30</sup>, tuttavia gli stessi destano non poche perplessità. Anche se diamo per certa la natura sinallagmatica dei termini di servizio, i quali sostanzialmente disciplinano il rapporto tra la piattaforma che concede il servizio e il consumatore che concede il trattamento dei dati, qui ritorna il tema dello *scambio senza accordo*<sup>31</sup>. L’utente è spinto ad accettare *in toto* il contenuto del contratto per potere accedere rapidamente alla piattaforma, accettandone le condizioni senza alcuna consapevolezza, poiché è “costretto” di fronte all’*aut aut* tra consentire a ogni trattamento ovvero non usufruire del servizio. Questa accettazione, che può essere *browsewrap* o *click wrap*<sup>32</sup>, segue il modello cosiddetto *Take it or leave it*, appunto “accetta o vai”.

Di norma non è responsabilità della parte contraente che redige il formulario se la controparte non esamina le condizioni; tuttavia, il rapporto tra le parti del sinallagma è totalmente sbilanciato a favore della piattaforma, al punto che l’utente non si pone il quesito sull’accettare o meno, consapevole di non avere altra scelta alternativa.

La evidente disparità di potere contrattuale tra le parti si evince anche dalla possibilità per la piattaforma di modificare unilateralmente le condizioni di servizio, potere che però l’utente accetta di “subire” con l’accettazione dei termini, pur costituendo ciò una clausola vessatoria nell’ordinamento italiano<sup>33</sup>. Su questo punto, infatti, si è espressa anche l’Autorità *Antitrust* italiana in merito alla possibilità di modificare unilateralmente le condizioni del servizio da parte

---

<sup>29</sup> I termini di servizio di *Google* hanno subito diverse modifiche nel corso degli anni e le più recenti, 2019 e 2020 hanno reso le condizioni ancora meno chiare rispetto alle originarie formulazioni. A. QUARTA,  *Mercati senza scambi. La metamorfosi del contratto nel capitalismo della sorveglianza*, Napoli. 2020, 180.

<sup>30</sup> Cfr. E. CREMONA, *I poteri privati*, cit., 52.

<sup>31</sup> N. IRTI, *Scambi senza accordo*, cit.

<sup>32</sup> Per *click wrap* si intende l’accettazione in blocco tramite un mero *click* del *mouse*, mentre è *browsewrap* l’accettazione tacita con la semplice navigazione nel sito in questione. A. QUARTA,  *Mercati senza scambi*, cit., 115ss.

<sup>33</sup> Come è noto l’Art.1341 comma 2 del codice civile impone l’accettazione specifica di clausole vessatorie ed, inoltre, nel caso del rapporto tra consumatore e professionista viene in rilievo anche l’Art.36 del codice del consumo “nullità di protezione” (cfr. E. CREMONA, *I poteri privati*, cit., 51).



di *Google Drive*, considerando tale clausola come chiaramente vessatoria<sup>34</sup>.

Ulteriore *corpus* di norme di *Google* è costituito le *privacy policies*. Seppur la terza verità di *Google* reciti “veloce è meglio di lento”, è stato stimato che per la lettura delle condizioni sulla riservatezza occorrerebbero ben duecentouno ore l’anno, con un corrispettivo costo in denaro di circa tremilacinquecento dollari per ogni utente<sup>35</sup>. Non è da meno, in termini di articolata autoregolazione, costituita da una complessa gerarchia di fonti private, la società prima conosciuta come *Facebook*, adesso *Meta*.

I termini del *social network* si articolano in *condizioni d’uso*, norme sulla *privacy* e *standard della community*. Le *condizioni d’uso*<sup>36</sup> di *Facebook* sono l’*alter ego* dei termini di servizio di *Google* e assumono quindi una forma che ricalca quella delle condizioni contrattuali, anche se nell’ultimo punto, il numero cinque, vi è una sorta di norma di chiusura che elenca le altre fonti normative applicabili agli utenti di *Facebook*. Tra le norme ivi elencate vi è la vera e propria *costituzione civile*<sup>37</sup> della piattaforma, i celebri *standard della community*<sup>38</sup>.

Il diritto al centro della *grundnorm* della piattaforma è ovviamente la libertà di espressione perché «*Meta* vuole che le persone possano esprimersi apertamente sui temi che hanno a cuore»<sup>39</sup>. Ciò che preoccupa non è la apprezzabile ed inevitabile tutela di una libertà fondamentale in una piattaforma che ha come scopo principale quello di permettere agli utenti di comunicare, ma il modo in cui lo stesso soggetto privato che veicola le espressioni decide in che modo essa può essere controllata e limitata. Gli *standard*, infatti, recitano: «siamo consapevoli che Internet crea nuove e maggiori opportunità di usi impropri. Per questo motivo, limitiamo la libertà di espressione per tutelare uno o più dei seguenti valori: autenticità, sicurezza, *privacy* e dignità». In relazione a ciò, *Facebook* elimina continuamente *post* ed oscura profili perché “non rispettano gli *standards della community*”, e questo pone diversi quesiti. Il

<sup>34</sup> AGCM provv. 29217 del 7 settembre 2021, CV194 – Google Drive – Clausola vessatorie.

<sup>35</sup> Nationally, if Americans were to read online privacy policies word-for-word, we estimate the value of time lost as about \$781 billion annually. (Così A.M. McDONALD, L.F. CRANOR, *The Cost of Reading Privacy Policies*, in *A journal of law and policy*, vo.4.3/2008,543, 565.

<sup>36</sup> Ultima versione datata luglio 2023, <https://www.facebook.com/legal/terms>.

<sup>37</sup> Un riferimento alle *Costituzioni civili* di Teubner in E. CREMONA, *I poteri privati*, cit., 60.

<sup>38</sup> Sostanzialmente è come se gli *standard* sono resi vincolanti ai sensi del punto 5 delle condizioni d’uso (Cfr. A. QUARTA, *Mercati senza scambi*, cit., 187).

<sup>39</sup> <https://transparency.fb.com/it-it/policies/community-standards/>.

fatto che il *service provider* si occupi di mantenere salubre l'ambiente digitale che gestisce occupandosi di sorvegliare sui comportamenti illeciti fa parte delle sue prerogative; tuttavia, spesso accade che le decisioni prese si rivelano arbitrarie limitazioni della libera espressione. Inoltre, nonostante vi sia un controllo effettuato da membri di *Meta*, gli algoritmi hanno un ruolo fondamentale nella strategia cd. *remove, reduce inform*. In poche parole, delle regole autoprodotte sono capaci di decidere su cosa è lecito e meritevole di circolare tra miliardi di utenti e ciò che non lo è, e ad agire contro la libera espressione è un soggetto privato attraverso strumenti di intelligenza artificiale.

L'importanza degli *standard* quale fonte del diritto vincolante all'interno della più grande comunità virtuale del mondo si è mostrata a livello globale con il caso della rimozione dei *post*, ed il conseguente *ban*, di Donald Trump e la prima importante pronuncia del *Facebook Oversight Board*<sup>40</sup>.

Il giudice privato di *Facebook*<sup>41</sup>, si pone quindi come un ulteriore tassello dell'autoregolazione che si spinge finanche a dotarsi di un proprio sistema giurisdizionale, legato proprio alla libertà di espressione. In realtà non è proprio un *unicum* in quanto si pone come una evoluzione di quello che era stato il *Google advisory Council*, che aveva "competenza" sul diritto all'oblio<sup>42</sup>. Le sue regole costitutive (*bylaws*) hanno anche un regolamento interno, ponendosi alla stregua di un codice sostanziale e processuale da leggere in combinato disposto con le altre norme di *Facebook*<sup>43</sup>.

<sup>40</sup>Sulla questione relativa al *bans* subito da Trump dalle principali piattaforme *social network* a seguito dei noti fatti di Capitol Hill v. M. MANETTI, *Facebook, Trump e la fedeltà alla Costituzione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1/2021, 194 ss; A. GEROSA, *La tutela della libertà di manifestazione del pensiero nella rete tra Independent Oversight Board e ruolo dei pubblici poteri. Commenti a margine della decisione n. 2021-001-FB-FBR*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2021, 427 ss; A. FRICANO, *Prove tecniche di resilienza costituzionale: l'assalto a Capitol Hill e la censura mediatica di Donald Trump*, in *Gruppo di Pisa*, fasc. speciale 3/2021, 733ss.

<sup>41</sup>Si è scritto molto sulla inesistente, seppur proclamata, indipendenza di un organo giurisdizionale istituito e finanziato dalla stessa *Meta*. Sul punto v. K. KLONICK, *The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression*, in *Yale Law Journal*, vol. 129, 2020, 2418ss; A. IANNOTTI DELLA VALLE, *La giurisdizione privata nel mondo digitale al tempo della crisi della sovranità: il modello dell'Oversight Board di Facebook*, in *Media Laws*, 26/2021, 144ss.

<sup>42</sup> Questo organo nacque a seguito della sentenza CGUE sul caso *Google Spain* limitava la sua cognizione ai casi di deindicizzazione. La differenza tra questo e il FOB è che esso deriva da una decisione di un soggetto pubblico e non dalla sola volontà del soggetto privato (cfr. A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Le regole di internet tra poteri pubblici e privati*, Napoli, 2023, 200).

<sup>43</sup> F. PARUZZO, *I sovrani della rete. Piattaforme digitali e limiti costituzionali al potere privato*, Napoli, 2022, 129ss.

Questo tentativo di privatizzare la giustizia sembrerebbe anche in contrasto con la natura e le regole stesse del soggetto che, più o meno indirettamente, lo ha istituito. Se, come ampiamente dimostrato, è finanziato e controllato tramite terzi da *Meta*, non gode della caratteristica dell'indipendenza richiesta dagli stessi *standards*<sup>44</sup>.

Inoltre, pur avendo l'ambizione di essere riconosciuto come giudice, se la piattaforma è un soggetto privato, sarebbe più assimilabile ad un collegio riconducibile allo strumento di *alternative dispute resolution* (ADR), ma se è così vi sono allora gli strumenti ai quali rinvia il Codice civile o le regole privatistiche e contrattuali di qualsiasi ordinamento<sup>45</sup>.

La volontà di rendere gli *standard della community* una fonte del diritto si evince con forza dal funzionamento del *Board*, il quale si spinge addirittura ad utilizzarli come fonti parificate a quelle di diritto internazionale. I "giudici", nel decidere in merito alle censure di *post* e profili, non solo agiscono in modo analogo alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo partendo dall'analisi degli *standards* rilevanti ai fini della decisione<sup>46</sup>, ma li valutano allo stesso modo della Convenzione internazionale sui diritti civili e politici<sup>47</sup>.

Le piattaforme ecosistema hanno quindi costruito delle piramidi di norme speculari a quella *kelsonian* ma prive di legittimazione democratica e con un ruolo fondamentale dei sistemi di dati e algoritmi che li governano, una *self-regulation* articolata e vincolante per milioni di individui che avalla l'idea di governare senza la politica<sup>48</sup>.

---

<sup>44</sup> Come fatto notare nella istruttoria del caso *Trump*, il FOB ha una cognizione limitata in quanto *Meta*, formalmente una delle due parti del giudizio, sembra potere legittimamente rifiutarsi di fornire informazioni sulle scelte della programmazione algoritmica relativa alla automazione della rimozione dei contenuti e sui rapporti con attori politici (v. A. GOLIA JR, *Pluralità degli ordinamenti giuridici e costituzionalizzazione degli spazi digitali. Osservazioni sulla giurisdizione dell'Oversight Board*, in *Quaderni Costituzionali*, 3/2023, 595, 597).

<sup>45</sup> Cfr. A. BURATTI, *Il Facebook Oversight board come problema: giustizia selvaggia nel wild web?*, in "E-constitution": *le metamorfosi dei diritti nell'era digitale*, a cura di C. GIUNTA, Napoli, 2022, 43, 55ss.

<sup>46</sup> M. E. BUCALO, *La libertà di espressione nell'era dei social network fra contentmoderation e necessità di una regolazione flessibile*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1/2023, 143, 165.

<sup>47</sup> M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 2/2021, 166, 178.

<sup>48</sup> Cfr. F. PARUZZO, *I sovrani della rete*, 161.

### 3. *La co-regolazione nel GDPR: i Codici di condotta*

Il primo tentativo di regolare il digitale da parte dell'Unione Europea, il GDPR, pur fornendo una serie di obblighi tassativi, ha optato per una co-regolazione. I principi ivi contenuti, infatti, per essere implementati e per garantirne l'effettiva applicazione, sono stati affidati ad uno strumento di *soft law* delegato alla volontà degli attori privati: i *codici di condotta*.

Questo "genere letterario" si innesta in un tessuto normativo esistente e vincolante, in questo caso nel regolamento sulla protezione dei dati personali, e serve a precisarne i contorni<sup>49</sup>.

Il *considerando 98* consiglia l'elaborazione dei codici poiché «*potrebbero calibrare gli obblighi dei titolari del trattamento e dei responsabili del trattamento, tenuto conto del potenziale rischio del trattamento per i diritti e le libertà delle persone fisiche*»; l'attuazione di tale previsione è la disposizione di cui all'Art.40, il quale incoraggia gli Stati membri, le autorità di controllo, il comitato e la Commissione alla loro elaborazione. Si ritrovano qui tutti gli elementi e le criticità, della *co-regulation*: a fronte di un atto vincolante estremamente innovativo e di ampia portata, si rende necessaria la collaborazione dei titolari del trattamento dei dati.

Da un lato ciò è inevitabile, in quando l'autorità pubblica non può controllare in modo capillare tutti i soggetti che trattano i dati; tuttavia, un aspetto problematico che, probabilmente, ha come presupposto una eccessiva fiducia nei confronti dei privati, è la previsione di organismi di valutazione del controllo di conformità dei codici di condotta elaborati dai titolari dei trattamenti. Tali organismi, infatti, non devono essere necessariamente autorità pubbliche, ma secondo l'Art. 41 del GDPR possono essere soggetti privati accreditati in un registro che rispettano determinate caratteristiche, tra le quali una comprovata indipendenza<sup>50</sup>.

In un contesto in cui le piattaforme istituiscono giudici privati (*FOB*) con una formale e paventata indipendenza, oltre al fatto che tali codici sono semplicemente "incoraggiati" e non obbligatori, non si garantisce una effettiva tutela dei dati personali, oramai ricercati come in una vera e propria "corsa

<sup>49</sup> O. POLLICINO, *I codici di condotta tra self-regulation e hard law: esiste davvero una terza via per la regolazione digitale? Il caso della strategia europea contro la disinformazione online*, in *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, 4/2022, 1051, 1054.

<sup>50</sup> Sui meccanismi di accreditamento e certificazione dei codici, G.M. RICCIO, V. VITI, *Le "certificazioni privacy" e il Regolamento UE*, in *Media Laws*, 9 luglio 2017.

all'oro".

### 3.1 *La nuova fase dei codici di condotta nella lotta alla disinformazione*

La continua valorizzazione della co-regolazione si conferma nella nuova fase di regolazione digitale dell'Unione Europea. Lo sforzo regolativo della Commissione UE ha portato alla luce diversi regolamenti finalizzati all'acquisizione di una sovranità digitale europea, in particolare attraverso l'*AI Act*, il *Digital Markets Act* e il *Digital Services Act*. In questa sede è quest'ultimo ad interessare in quanto art.35 DSA, prevede che cui le piattaforme online di grandi dimensioni e i motori di ricerca di grandi dimensioni (*VLOP's* e *VLOSE's*)<sup>51</sup> possono partecipare, e sono *incoraggiate* dalla Commissione, all'elaborazione di codici di condotta «to contribute to the proper application of this regulation, taking into account in particular the specific challenges of tackling different types of illegal content and systemic risks, in accordance with Union law»<sup>52</sup>, trasferendo di fatto, stavolta attraverso il diritto positivo, una ulteriore fetta di sovranità normativa del digitale a soggetti privati che operano secondo logiche di profitto.

L'art. 45, par. 1 DSA, stabilisce che la Commissione e il comitato ex art. 61 DSA incoraggiano e agevolano l'elaborazione di «*codici di condotta volontari a livello di Unione*» per contribuire alla corretta applicazione del *Digital Services Act*. La norma prosegue poi aggiungendo che i codici in questione debbano tenere conto della «sfide» connesse alla lotta alla diffusione di contenuti illegali in rete e ai rischi sistemici, in conformità con il diritto dell'Unione e, in particolare, con le norme in materia di concorrenza e protezione dei dati personali.

Questa nuova forma di collaborazione tra pubblico e privato entrata prepotentemente nell'ordinamento eurounitario a seguito del *GDPR*, trova con il DSA una nuova fonte di legittimazione, che sta incoraggiando un uso sempre più diffuso di questo sistema anche al di fuori dei confini del vecchio continente, con il fine comune della lotta alla diffusione di contenuti illeciti e che contribuiscono alla disinformazione *online*.

Importante esempio è costituito dal *Code of practice on disinformation*<sup>53</sup>,

---

<sup>51</sup> *Very large online platforms* e *Very large search engines*.

<sup>52</sup> M. BETZU, *Poteri pubblici*, cit., 180.

<sup>53</sup> EU Code of Practice on Disinformation, 2018, consultabile presso: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/code-practice-disinformation>

definito dal sito dell'Unione Europea come il primo sistema di *self regulation* per combattere la disinformazione. Il lungo procedimento che ha portato alla sua redazione<sup>54</sup>, iniziato nel 2015 e concluso nel 2018, ha visto la partecipazione attiva di una serie di soggetti provenienti anche dalle stesse piattaforme online, oltre che accademici ed esponenti dei media tradizionali<sup>55</sup>. Nonostante l'impulso delle Istituzioni europee e la presenza di spunti di sicuro interesse, quali strumenti posti alla tutela del discorso pubblico e controllo di algoritmi e *bots* utilizzati dai *social network*, esso ha avuto inevitabilmente uno scarso impatto per la sua natura di *soft law*<sup>56</sup>. Il sostanziale fallimento di questo codice ha portato ad un nuovo codice di condotta nel 2022, lo *Strengthened Code of practice on disinformation*, definito non a caso *Code of practice 2.0*.

In merito alla questione relativa ai meccanismi di regolazione dell'ecosistema digitale, ciò che emerge è il passo in avanti rispetto al precedente *Code* con l'abbandono di una *self-regulation* che finiva per essere fine a sé stessa, sostituita da logiche di co-regolamentazione<sup>57</sup>.

La forza, almeno idealmente, di questo nuovo codice non sta tanto nel suo contenuto ma nella legittimazione indiretta che i redattori ritenevano di avere acquisito grazie al il *Digital services act*. Proprio il legame con un regolamento, quindi un atto di *hard law* direttamente applicabile, ha consentito di passare da un livello all'altro nella regolazione, quantomeno limitatamente alle piattaforme molto grandi (uniche destinatarie dell'*incoraggiamento* alla elaborazione dei codici e delle relative eventuali sanzioni, secondo il regolamento)<sup>58</sup>. Probabilmente le Istituzioni comunitarie avrebbero dovuto attendere la entrata in vigore del Regolamento sui servizi digitali ed altri futuri atti

<sup>54</sup> Sul punto v. G. PAGANO, *Il Code of Practice on Disinformation. Note sulla natura giuridica di un atto misto di autoregolazione*, in *federalismi.it*, 11/2019.

<sup>55</sup> Il cd. *Forum multistakeholder on disinformation online*, suddiviso in *working group*, incaricato della redazione, e *sounding group* in qualità di consulente.

<sup>56</sup> Lo stesso *sounding group* lo definì "presunto codice di condotta", non riconducibile neanche alla categoria della *self regulation* (M. E. BUCALO, *I volti della libertà di manifestazione*, cit., 186).

<sup>57</sup> «un codice che, come si dirà, risponde finalmente a logiche di co-regolamentazione (e non più si sola *self-regulation*). Il cambio di paradigma è fondamentale per contrastare in modo efficace un fenomeno di cui la crisi pandemica prima e quella bellica hanno solo fatto ulteriormente emergere i gravissimi effetti distorsivi, ben conosciuti già prima, che è in grado di produrre. Specialmente quando si tratta di disinformazione *on line*» (O. POLLICINO, *Sulla disinformazione arriva un nuovo codice UE*, in *ILSole24ore* del 16 giugno 2022).

<sup>58</sup> M. E. BUCALO, *I volti della libertà di manifestazione*, cit., 208ss; M. MONTI, *Lo Strengthened Code*, cit., 317.

normativi<sup>59</sup> ed elaborare un codice strettamente legato ad esso, con i suoi meccanismi di controllo e di sanzione, per avere uno strumento più efficace contro la disinformazione.

#### 4 *Ruolo delle authorities nel contesto digitale*

In un nuovo contesto regolatorio che tenta di definire regole che, nonostante l'impatto su diritti individuali, attengono principalmente a situazioni di mercato, è fondamentale il ruolo delle autorità amministrative indipendenti (AAI).

Le *authorities* costituiscono un fenomeno di difficile inquadramento, per le quali può essere adoperata la definizione secondo cui sono «enti od organi pubblici dotati di sostanziale indipendenza dal Governo, caratterizzati da autonomia organizzativa, finanziaria e contabile e dalla mancanza di controlli e di soggezione al potere di direttiva dell'esecutivo, forniti di garanzia di autonomia nella nomina, nei requisiti soggettivi e nella durata delle cariche dei vertici ed aventi funzione tutoria di interessi costituzionali in campi socialmente rilevanti»<sup>60</sup>.

Le AAI non trovano un diretto fondamento costituzionale e probabilmente ciò ne ha contribuito alla crescita, in quanto la flessibilità di cui hanno potuto godere le ha rese suscettibili di adattarsi alle situazioni che i settori di mercato di riferimento e il grado di interventismo pubblico richiedevano. Ciò non è stato immune da critiche sul sovente richiamato eccesso di potere delle autorità, tanto da definirle ora *paragiurisdizionali*<sup>61</sup> ora *paralegislative*<sup>62</sup>, spingen-

---

<sup>59</sup> Lo *Strengthened Code of practice on disinformation* mira, tra l'altro, a combattere il recente problema delle *deepfakes*, immagini create da intelligenze artificiali generative talmente realistiche da trarre in inganno chiunque e potenzialmente falsare il dibattito pubblico ed elettorale. Le tecnologie che stanno dietro questo elemento saranno disciplinate dall'*Artificial intelligence act* non ancora in vigore. Su *deepfakes* e disciplina in questi due atti v. M. CAZZANIGA, *Una nuova tecnica (anche) per veicolare disinformazione: le risposte europee ai deepfakes*, in *MediaLaws*, 1/2023, 170ss).

<sup>60</sup> G. AMATO, *Regolazione e garanzia del pluralismo: le autorità amministrative indipendenti*, Milano, 1997, 16.

<sup>61</sup> L. TORCHIA, *La nuova Costituzione economica*, in *L'amministrazione pubblica italiana*, a cura di S. CASSESE, C. FRANCHINI, Bari-Roma, 1994, 120.

<sup>62</sup> M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994: per un approfondimento sulle due tesi, definite radicali, v. A. RIVIEZZO, *Autorità Amministrative indipendenti e ordinamento costituzionale*, in *Quaderni Costituzionali*, 2/2005, 321, 327 ss.



dosi a sussumerle finanche a “quarto potere”<sup>63</sup> dello Stato<sup>64</sup>. Ciò, si ritiene, era inevitabile data la assenza di esplicito ancoraggio costituzionale e la normale conseguenza dell’agire in settori rilevanti facendo leva sulla loro prerogativa fondamentale: l’autonomia.

Se per autonomia si intende non già una assolutezza nel senso latino del termine, con totale assenza di legami e dipendenza dall’autorità pubblica che le istituisce, ma una indipendenza mista a dipendenza dall’ordinamento originario<sup>65</sup>, tale caratteristica è necessaria per svolgere un ruolo nel mercato che risponda a valori costituzionali, prima ancora che a vincoli legislativi<sup>66</sup>, per contemperare l’interesse pubblico e l’interesse economico privato. Il fine ultimo della regolazione deve necessariamente bilanciare tali interessi che spesso possono contrapporsi<sup>67</sup> e un ruolo primario attivo del decisore politico minerebbe l’equilibrio nell’economia di mercato liberale, mentre un soggetto dotato di indipendenza e in perenne dialogo con gli operatori economici può assumere questo ruolo, senza però mai spingersi “oltre” verso la prevalenza dell’interesse privato.

Inoltre, la loro natura si armonizza perfettamente non solo con le esigenze del mercato che sono mutevoli nel tempo, ma soprattutto con la natura tecnica di specifici settori e, ancor di più, all’interno di una una rivoluzione tecnologica che porta a continue evoluzioni nel mercato e nei rapporti sociali. Non a caso esse nascono principalmente per colmare i limiti dei procedimenti decisionali degli organi di rappresentanza politica, i quali richiedono tempi che il mercato non può attendere<sup>68</sup> e competenze tecniche e informazioni<sup>69</sup>,

<sup>63</sup> S. CASSESE, *I garanti delle regole*, Bologna, 1996.

<sup>64</sup> Per un approfondimento sul ruolo delle AAI nel sistema costituzionale v., tra gli altri, G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006.

<sup>65</sup> SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico* [1947], voce *Autonomia*, Macerata, 2022, 37 ss.

<sup>66</sup> Cfr. M. E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law. Forme, contenuti, limiti e tutele*, Torino, 2018, 55.

<sup>67</sup> F. MERUSI, M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2003, 89.

<sup>68</sup> Allo stesso modo in cui ora si discute del ruolo delle autorità nel digitale, se ne discuteva più di un decennio fa in riferimento, ad esempio, per il mondo delle telecomunicazioni definito *ad evoluzione tecnologica rapida* e che necessitava pertanto di competenze tecniche e tempestività (C. CALABRÒ, *Regolazione e indipendenza*, in *Authorities. Imparzialità e indipendenza*, a cura di L. PAGANETTO, Roma, 2007, 97, 101).

<sup>69</sup> A. SIMONCINI, *Sistema delle fonti e nuove tecnologie: le ragioni di una ricerca di diritto costituzionale, tra forma di stato e forma di governo*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2021, 723, 730.

che postulano interventi di esperti del settore, al fine di dettare regole endogene al mercato stesso.

Queste caratteristiche sembrano adatte a rendere le *authorities* gli organismi più adatti a *gestire* la regolazione che, cosa ormai irreversibile, prende sempre più la forma di una *co-regulation*. Se il paradigma di questo modello regolatorio è la collaborazione tra pubblico e privato nella definizione di regole, con il primo che si occupa di definire principi e limiti ed il secondo che li attua e ne controlla la applicazione, il ruolo di un soggetto “terzo”, che funge da intermediario che si pone alla pari con gli operatori di mercato, è funzionale a redigere regole di intesa con gli stessi attori economici che dovranno poi essere anche i destinatari delle norme; in linea teorica, si è più inclini ad accettare e a seguire comportamenti coerenti<sup>70</sup> con regole alla cui elaborazione si partecipa attivamente.

Tuttavia, rispetto al modello di regolazione affidato alle *AAI* fino a questo momento, si registrano adesso differenze non di poco conto.

Il ruolo rivestito dagli attori privati, prima della sola co-regolazione, è *divenuto adesso quello* di regolatori e persino di giudici all'interno dei propri ecosistemi e pertanto essi non agirebbero quali meri interlocutori delle autorità. Inoltre, il modello europeo di regolazione del digitale, che si affida a codici di condotta elaborati dai privati e successivamente certificati dalle diverse autorità, sembra ridimensionare il ruolo di quei soggetti che sembravano poter essere i naturali arbitri di questa regolazione a metà tra autoregolazione ed eteronomia.

Ciò non significa che si vuole aderire alle posizioni di chi vuol far prevalere la tecnica alla politica, seppur alla tecnica adoperata da soggetti di stampo pubblicistico; non bisogna ritenere che le autorità indipendenti, per la loro intrinseca indipendenza dal potere politico, siano solamente soggetti tecnici, in quanto la politicità fa parte della loro azione e così deve necessariamente essere per bilanciare interessi diversi<sup>71</sup>.

---

<sup>70</sup> In questo senso S. CASSESE, *Negoziiazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità amministrative indipendenti*, AA.VV., *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti*, Torino, 1999, 38ss; R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Autorità indipendenti: regolazione economica e autonomia privata. Riflessioni sulla effettività dei poteri e sul ruolo degli operatori economici*, in *Autorità indipendenti. Funzioni e rapporti*, a cura di C. ACOCCELLA, Napoli, 2022, 119, 130; G. DE MINICO, *Regole, comando, consenso*, Torino, 2004, 11; ciò si tradurrebbe in una sorta di *nudging* in senso opposto rispetto a quello che le piattaforme adoperano sugli utenti, essendo loro a propria volta “spinte” a rispettare regole che vedono come proprie ma che rispondono più all'interesse pubblico che a quello privato.

<sup>71</sup> Cfr. C.P. GUARINI, *Contributo alla regolazione*, cit., 240ss.

## 5. *La nuova fase delle autorità indipendenti nei servizi digitali*

Nella nuova fase di co-regolazione avviata con i più recenti regolamenti sono stati aggiunti dei tasselli nel panorama già vasto di autorità indipendenti.

Il *Digital Services Act*, a differenza del “gemello” sui mercati che accentra i compiti a livello sovranazionale, sembra optare per un modello “diffuso” di *enforcement*. Il regolamento entrato in vigore il 17 febbraio 2024 delinea un sistema molto più articolato ma orientato al passato, in quanto per grandi linee ricalca l’assetto di ripartizione di competenze multilivello previsto dal *GDPR*<sup>72</sup>.

Il capo IV del *DSA*, “attuazione, cooperazione ed esecuzione”, apparentemente conferisce ampio margine agli stati membri sulla scelta dei soggetti che dovranno sorvegliare sugli obblighi a garanzia dei servizi digitali. Questa ampia libertà si concretizza nella possibilità di nominare non una ma addirittura anche più autorità competenti<sup>73</sup>, tra le quali designare il *Coordinatore dei servizi digitali*<sup>74</sup>; la figura del Coordinatore dovrebbe fungere da raccordo tra le diverse autorità che potrebbero, a seconda delle loro competenze, trovarsi a dover vigilare sui fornitori dei servizi digitali secondo quanto stabilito dal regolamento.

Differentemente dal mercato e quindi dalle scelte adottabili ai sensi del *Digital markets act*, ambito nel quale preesisteva già un meccanismo di coordinamento tra organismi che si occupano nello specifico di concorrenza<sup>75</sup>, l’ambito dei “servizi digitali” è meno circoscritto e suscettibile di essere oggetto di valutazione da parte di organismi diversi; pertanto non è un semplice atto formale nominare l’autorità che per competenze tecniche e di *expertise* deve fungere da coordinatore, in quanto astrattamente, diverse *authorities* potrebbero aspirare a quel ruolo. In Italia sono state due le *AAI* ad aver avanzato la propria candidatura, l’Autorità garante per le comunicazioni (*AGCOM*) ed

<sup>72</sup> I. CASTELLUCCI, F. COPPOLA, *Il sistema sanzionatorio decentrato del Digital services Act*, in *Diritto di internet*, 1/2023. 49, 50ss.

<sup>73</sup> Art.49, par.1 *Digital Services Act*.

<sup>74</sup> Art.49 par. 2. Il limite temporale per la designazione del coordinatore e la comunicazione della scelta alla Commissione è stato fissato tassativamente al 17 febbraio 2024.

<sup>75</sup> Il *public antitrust enforcement* affidato, oltre alla commissione, alle varie autorità nazionali per la concorrenza che insieme formano l’*europaancompetition network* costituiva un esempio da tenere in considerazione per il meccanismo di *enforcement ex DMA*. Siffatto sistema però non era facilmente replicabile per i servizi digitali nonostante una apparente maggiore predisposizione a “condividere” con gli stati membri i compiti di sorveglianza.

il Garante della privacy<sup>76</sup>. Il governo italiano, nel risolvere questo “contrasto” tra autorità e compiere questa scelta ai sensi dell’art.49 DSA, ha deciso di nominare quale Coordinatore dei servizi digitali l’AGCOM<sup>77</sup>, ampliandone conseguentemente l’organico per affrontare l’aggravio del lavoro. Accanto ad essa sono state designate come autorità competenti, che agiranno insieme sotto la coordinazione del Garante per le comunicazioni, il garante per la privacy e anche l’AGCM.

La scelta dell’autorità compiuta dal Governo appare coerente con le competenze specifiche della stessa, che più si adattano al contenuto del regolamento, nonché con il lavoro svolto da quest’ultima negli ultimi anni in merito al ruolo delle piattaforme digitali durante le campagne elettorali<sup>78</sup>. Una volta effettuata la scelta relativa al Coordinatore, potrebbero non sorgere conflitti per non aver attribuito tali funzioni ad altri richiedenti, ma i problemi pratici che potrebbero sollevarsi attengono agli strumenti di cooperazione tra le diverse autorità competenti. Il regolamento a tal punto non specifica quali

---

<sup>76</sup><https://www.corrierecomunicazioni.it/digital-economy/digital-services-act-anche-il-garante-privacy-si-candida-a-coordinator/>.

<sup>77</sup> D.L. 123 del 15 settembre 2023 recante misure urgenti di contrasto al disagio giovanile, alla povertà educativa e alla criminalità minorile, nonché per la sicurezza dei minori in ambito digitale (cd. *decreto Caivano*). L’Art. 15 designa l’AGCOM quale Coordinatore dei Servizi Digitali, ai sensi del Regolamento (UE) 2022/2065 (Legge sui servizi digitali o Digital Services Act). Per l’esercizio delle nuove competenze, l’AGCOM collabora con l’AGCM, il Garante per la protezione dei dati personali e ogni altra Autorità competente, svolgendo i propri compiti in modo imparziale, trasparente e tempestivo. Le sono attribuiti poteri sanzionatori per la violazione degli obblighi derivanti dal Regolamento, con l’irrogazione di sanzioni pecuniarie entro limiti predeterminati, secondo principi di proporzionalità, adeguatezza e rispetto del contraddittorio, nel rispetto delle procedure che essa stessa stabilisce con regolamento. Al fine di far fronte ai nuovi compiti, la pianta organica dell’AGCOM è incrementata di 23 unità. (<https://temi.camera.it/leg19/provvedimento/d-l-123-2023-disagio-giovanile.html>).

<sup>78</sup> Nel 2018 ha emanato le *Linee guida per la parità di accesso alle piattaforme online durante la campagna elettorale delle elezioni politiche del 2018* (<https://www.agcom.it/documents>). Nonostante puro *soft law*, non vincolante, conteneva ad esempio indicazioni per meccanismi di *fact checking* in capo alle piattaforme, oltre che limitazioni alle pubblicazioni di sondaggi nei giorni antecedenti al voto per i partiti; sostanzialmente recepiva a livello nazionale il *Code of practice on disinformation* europeo del 2018. Tuttavia, queste azioni erano rivolte nei fatti a quelle grandi piattaforme per le quali il DSA stabilisce la competenza esclusiva alla Commissione. Sulle linee guida e gli strumenti di *soft law* per le campagne elettorali online, v. M.R. ALLEGRI, *Oltre la par condicio. Comunicazione politico-elettorale nei social media, fra diritto e autodisciplina*, Milano, 2020, 103 ss.

strumenti di raccordo adottare, lasciando in modo alquanto opaco libertà agli stati<sup>79</sup>.

Al di là dei rapporti con le altre *authorities*, è però funzionale ai fini l'accordo siglato tra il Garante italiano per le comunicazioni e la Direzione generale delle Reti di comunicazione, dei contenuti e delle tecnologie (DG CNET) della Commissione UE, con l'obiettivo di individuare misure a sostegno dei poteri di vigilanza e di esecuzione della Commissione ai sensi del Regolamento sui servizi digitali<sup>80</sup>.

L'elemento più chiaramente in comune con l'assetto della regolazione sulla protezione dei dati è costituito dalla creazione di un organo che, analogamente all'*European data protection board*, funge da collante tra i coordinatori nazionali e la Commissione europea, il *Comitato per i servizi digitali*<sup>81</sup>. Esso è definito come organo "consultivo indipendente" che offre consulenza ai coordinatori ed alla Commissione ed è presieduto da quest'ultima nonostante essa non goda al suo interno di diritto di voto<sup>82</sup>.

La peculiarità del Comitato consiste nell'indicazione del soggetto coordinatore che deve partecipare alle sue riunioni, in quanto non deve essere rappresentato dal suo presidente bensì da un funzionario di "alto livello", che garantisca la sua competenza tecnica estranea alla nomina sostanzialmente politica del presidente dell'autorità<sup>83</sup>.

<sup>79</sup> Cfr. E.M. TRIPODI, *Le Autorità competenti, i coordinatori nazionali dei servizi digitali e il Comitato europeo per i servizi digitali. Brevi note*, in *Diritto di internet*, 1/2023, 57, 59.

<sup>80</sup> P. LICATA, *Digital Services Act, accordo Ue-Agcom per l'applicazione delle norme*, in *CorCom* del 30 ottobre 2023.

<sup>81</sup> Articolo 61 "Comitato europeo per i servizi digitali": 1. È istituito un gruppo consultivo indipendente di coordinatori dei servizi digitali per la vigilanza sui prestatori di servizi intermediari denominato «comitato europeo per i servizi digitali» («comitato»). 2. Il comitato fornisce consulenza ai coordinatori dei servizi digitali e alla Commissione conformemente al presente regolamento per conseguire gli obiettivi seguenti: a) contribuire all'applicazione coerente del presente regolamento e alla cooperazione efficace dei coordinatori dei servizi digitali e della Commissione nelle materie disciplinate dal presente regolamento; b) coordinare e contribuire agli orientamenti e all'analisi della Commissione, dei coordinatori dei servizi digitali e di altre autorità competenti sulle questioni emergenti nel mercato interno in relazione alle materie disciplinate dal presente regolamento; c) assistere i coordinatori dei servizi digitali e la Commissione nella vigilanza sulle piattaforme online di dimensioni molto grandi.

<sup>82</sup> Ogni stato membro, anche qualora abbia designato più autorità competenti oltre il coordinatore, le quali possono essere invitate alle riunioni sulla base delle loro competenze, dispone di un solo voto.

<sup>83</sup> Viene fatto notare che ciò sembra un controsenso in quanto ad esso si affiancherebbe nel comitato la Commissione Europea, un organo nella sostanza profondamente politico. (così I. BURI, *A Regulator Caught Between Conflicting Policy Objectives Reflections on the*

Non è ben chiaro il ruolo che avranno i pareri forniti dal Comitato, in quanto la presenza della Commissione al suo interno, pur non partecipante alle votazioni, potrebbe rendere il contenuto dei pareri non formalmente vincolante ma sostanzialmente percepibile come obbligatorio dai garanti nazionali, che si troverebbero di fatto meri esecutori, nonostante un dichiarato decentramento dei poteri vigilanza; tutto ciò potrebbe quindi celare un riaccentramento indiretto<sup>84</sup>.

Una forma di accentramento, invece, è prevista ricalcando lo schema del *Digital market act*, poiché per le stesse motivazioni la Commissione ha la competenza esclusiva sulle grandi piattaforme (*Vlop*) e i motori di ricerca di grandi dimensioni, proprio come per quanto riguarda i *gatekeeper* nei mercati digitali.

Analizzando questi due regolamenti nel loro complesso, le loro formulazioni appaiono coerenti tra loro per l'accentramento sul livello eurounitario della vigilanza sull'operato in mercati e per i servizi digitali delle *big tech*, che sono destinatarie con diverse definizioni di specifiche norme. Quello che però può diventare un limite è la ripartizione confusa e lasciata agli stati membri delle competenze tra le diverse autorità e tra esse e gli organi europei, che spesso sembra essere poco chiara.

## 6. *Brevi conclusioni a margine*

Il ruolo delle autorità indipendenti, che per lor natura più si presterebbero a determinate funzioni, rischia di essere esautorato dalla volontà politica della Unione Europea che, per certi versi a ragione, vorrebbe acquisire una sovranità tecnologica per non soccombere nel mondo digitale ai poteri privati ed alle potenze economiche *extra* UE, ma che nei fatti rischia di delineare un sistema con tante, forse troppe, autorità e istituzioni comunitarie, che dovrebbero sorvegliare un mondo digitale con troppa confusione, con il rischio di andare in una direzione opposta rispetto agli obiettivi previsti.

Riappropriarsi della sovranità nel mondo digitale<sup>85</sup> da parte dell'autorità

---

*European Commission's Role as DSA Enforcer*, in *Verfassunblog*, 13 ottobre 2022).

<sup>84</sup>In questo senso, I. CASTELLUCCI, F. COPPOLA, *Il sistema sanzionatorio decentrato*, cit.54.

<sup>85</sup> Gli stati nazionali e la stessa UE, hanno rinunciato nel tempo a regolare tecnologie forse non rendendosi conto che l'assenza di regolazione significava assenza di sovranità digitale; una rinuncia, quindi, alla sovranità europea come gli Stati avevano rinunciato alla sovranità nel mercato nei decenni scorsi (M. MANETTI, *Poteri neutrali e*

pubblica, statale o sovrastatale, è passo necessario affinché i diritti che attraverso *Internet* vengono in rilievo possano essere effettivamente tutelati. Strumento per giungere a questo obiettivo è fare in modo che il mercato sia il più possibile governato da logiche concorrenziali leali, in cui gli unici soggetti che possono porre regole e barriere all'ingresso siano quelli pubblici, coadiuvati con stringenti condizioni e strumenti di controllo degli operatori del mercato, attraverso l'intermediazione delle AAI.

*È proprio in questo punto che*, però, potrebbe risiedere la parziale fallacia dello sforzo legislativo ancora non completato definitivamente. Uno dei vicepresidenti del Parlamento UE, già nel 2015, aveva messo in guardia il decisore pubblico riguardo al fatto che «Over-regulation does not lead to fair competition; more competition leads to fairer competition. In such a fast-moving marketplace, we do not need more regulation, particularly as it is likely to be outdated the moment it is adopted. We must instead focus on promoting the growth of alternative choices»<sup>86</sup>. Pur facendo trasparire l'idea fortemente liberale alla base di questa affermazione, criticabile nel sostenere che “non serve più regolazione”, dato che al tempo della dichiarazione non esisteva quasi alcuna regolazione del digitale, si sottolineava adeguatamente il fenomeno opposto, la *over regulation*, che rischia davvero di non agevolare una sana concorrenza.

Il fondato pericolo di *sovra regolare* con una improvvisa *inflazione normativa*<sup>87</sup> si evince dai numerosi rischi di antinomie che si potranno creare all'interno degli ordinamenti nazionali e tra essi e l'Unione Europea<sup>88</sup>, con sullo sfondo un perenne pericolo di *bis in idem* per gli attori privati che, se da un lato non devono perpetrare negli illeciti commessi finora, non possono rischiare di veder minate le proprie libertà andando incontro ad azioni che oltrepassano il limite del principio di proporzionalità.

costituzione, Milano, 1994, 30).

<sup>86</sup> Così D. CHARANZOVA, *Over-regulation means more and more EU start-ups leaving for US*, in *TheParliamentMagazine.eu*, 21 Settembre 2015.

<sup>87</sup> Espressione di F. MODUGNO, *A mò di introduzione. Considerazioni sulla crisi della legge*, in *Trasformazioni della funzione legislativa*, vol. II *Crisi della legge e sistema delle fonti*, a cura di F. MODUGNO, Milano, 2000, 1, 4.

<sup>88</sup> E.C. RAFFIOTTA, *Dalla self-regulation alla over-regulation in ambito digitale: come (e perché) di un necessario cambio di prospettiva*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc.spec., 2/2023, 245, 259. Non si concorda però con l'A. sulla riflessione per la quale la contrapposizione pubblico privato è sempre dannosa per l'economia, in quanto se per evitare la contrapposizione, come è stato fatto, il privato finisce per arrogarsi potestà sui diritti individuali attraverso il mercato, è necessario che il pubblico riaffermi le proprie prerogative.



Ciò è ravvisabile già alla luce della disciplina regolatoria in essere e sarà ancor più evidente quando quella in divenire diventerà realtà, il che renderà il panorama di norme e di autorità competenti ancora più confusionario e limitante anche per gli stessi attori pubblici, non sempre capaci di coordinarsi adeguatamente.

Nonostante tali perplessità, superabili con dei correttivi e con maggiori strumenti di armonizzazione tra Stati e UE, la nuova disciplina rappresenta comunque il passo fondamentale per abbandonare definitivamente un sistema capovolto, in cui sono i privati e le regole del mercato a decidere anche sull'esercizio di diritti e libertà fondamentali.

### **Abstract**

La rivoluzione digitale nel campo dei servizi digitali ha portato ad un radicale cambiamento nei paradigmi della regolazione. Le piattaforme hanno sviluppato delle forme interne di regolazione che hanno effetti nei confronti di miliardi di utenti, inizialmente senza alcun intervento del decisore pubblico. Negli ultimi anni le istituzioni Europee hanno deciso di intervenire elaborando nuove forme di regolazione basate, però, sulla collaborazione con gli operatori dei servizi digitali. Ci si interroga se la co-regolazione sia lo strumento adeguato e quale può essere il ruolo delle Autorità amministrative indipendenti.

The digital revolution in the field of digital services has led to a radical change in the paradigms of regulation. Platforms have developed internal forms of regulation that affect billions of users, initially without any interference from the public decision-maker. In recent years, European institutions have decided to intervene by developing new forms of regulation based, however, on co-regulation with digital service operators. The question arises whether co-regulation is the appropriate instrument and what the role of independent administrative authorities might be.