



24 LUGLIO 2024

Libertà e limiti della comunicazione nello spazio pubblico digitale

di Maria Chiara Girardi

Ricercatrice a tempo determinato in Diritto costituzionale
Università degli Studi di Napoli Federico II



Libertà e limiti della comunicazione nello spazio pubblico digitale*

di Maria Chiara Girardi

Ricercatrice a tempo determinato in Diritto costituzionale
Università degli Studi di Napoli Federico II

Abstract [It]: Il contributo analizza il ruolo dei gestori delle piattaforme digitali nel contesto attuale, soffermandosi sull'impatto della diffusione della comunicazione *online* sulla tenuta dei diritti fondamentali dei cittadini. A tal fine, sono esaminati i più recenti interventi normativi europei in materia, per comprendere se e in che misura essi riescano a limitare fenomeni di disinformazione ed altre vicende distorsive della libertà di manifestazione del pensiero dei cittadini. Ci si interroga, in particolare, sull'adeguatezza e l'efficacia di tali normative nell'arginare forme di censura privata da parte degli *Internet service providers* (ISPs) e nel mitigare i rischi derivanti dalla concentrazione del potere in capo ad essi.

Title: Freedom and Limitations of Communication in the Digital Public Sphere

Abstract [En]: The paper analyses the role of digital platform operators in the current landscape, focusing on the impact of the proliferation of online communication on the fundamental rights of citizens. To this end, the most recent European regulatory interventions on this topic are examined to determine whether and to what extent they limit disinformation and other phenomena that distort citizens' freedom of expression. In particular, the question arises regarding the adequacy and effectiveness of such regulations in curbing private censorship by Internet service providers (ISPs) and mitigating the risks associated with the concentration of power in their hands.

Parole chiave: Piattaforme digitali, comunicazione, informazione, censura, *Digital Services Act*

Keywords: Digital platforms, communication, information, censorship, Digital Services Act

Sommario: 1. Premessa. La rilevanza giuridica dello spazio pubblico digitale. 2. L'Unione europea dinnanzi alle nuove sfide comunicative. 2.1. Regolazione "minima" dello spazio digitale e delega dei poteri. 3. Autopoiesi e oligopoli digitali. 4. Gli strumenti regolatori di *soft law*. 5. Gli interventi più recenti. Il *Digital Services Act Package*. 5.1. Il *Digital Services Act*. 6. I rischi di una società digitale disintermediata. 7. Riflessioni conclusive.

1. Premessa. La rilevanza giuridica dello spazio pubblico digitale

Nell'attuale contesto globalizzato, un ruolo rimarchevole è svolto dalle piattaforme digitali, le quali sono responsabili del controllo dei contenuti in rete, che è strettamente correlato alla tutela dei diritti fondamentali dei cittadini.

La diffusione degli strumenti digitali e la rapida evoluzione tecnologica hanno condotto ad una forte espansione della comunicazione e al pluralismo dell'informazione, offrendo l'opportunità a un numero sempre maggiore di individui di esprimersi oltre i confini territoriali, favorendo l'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero, di cui all'art. 21 della Costituzione¹. La libertà di espressione si sviluppa,

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Sulla libertà di manifestazione del pensiero ex art. 21 Cost., cfr., *ex pluribus*, S. FOIS, *Principi costituzionali e libertà di manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milano, 1957; C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 1958; V. CRISAFULLI, *Problematica della «libertà d'informazione»*, in *Il Politico*, 1964, 297 ss.; C. CHIOLA,

oggi, attraverso canali differenti da quelli tradizionali: si è, infatti creata una stretta relazione tra Internet – ed in particolare *social media* e *social networks* – e la democrazia².

In passato, «le opinioni si andavano definendo e consolidando sulla base di un sistema di informazione molto diverso che richiedeva nel destinatario un impegno, un'applicazione ed un approfondimento con un tempo di stratificazione e consolidamento di un giudizio molto più lungo. Oggi la vita di relazione è contraddistinta da almeno due ordini di fattori, la virtualità – nel senso che nelle relazioni è sempre più marginale la dimensione fisica – e la rapidità con cui maturano i giudizi sui soggetti e, naturalmente, sulla loro reputazione. In pochissimi ormai resistono alla paura di rimanere fuori dalla rete delle relazioni virtuali, restando saldi ad uno schema di interazione più realistico e a misura d'uomo, senza cadere nel complesso e nella trappola dell'emarginazione»³. La sfera della libertà personale e le occasioni di partecipazione democratica si sono così amplificate⁴, garantendo spazi di *open networks*⁵.

Ciò è emerso, in modo dirompente, nel contesto dell'emergenza pandemica, laddove Internet ha svolto un ruolo determinante nella tutela di numerosi diritti fondamentali, tra cui la salute, l'istruzione e il lavoro⁶.

Informazione, pensiero e radiotelevisione, Jovene, Napoli, 1984; ID., *Manifestazione del pensiero* (voce), in *Enc. giur. Treccani*, XIX, Treccani, Roma, 1988, pp. 1 ss.; P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero* (voce), in *Enc. dir.*, XXIV, Giuffrè, Milano, 1974, pp. 424 ss.; ID., *Libertà di manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milano, 1975; A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milano, 1988; M. LUCIANI, *La libertà di informazione nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Pol. dir.*, 1989, pp. 605 ss.; P. COSTANZO, *Informazione nel diritto costituzionale*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, VIII, Utet, Torino, 1993, pp. 319 ss.; A. BEVERE, A. CERRI, *Il diritto di informazione e i diritti della persona. Il conflitto della libertà di pensiero con l'onore, la riservatezza, l'identità personale*, Giuffrè, Milano, 2006; A. PACE, M. MANETTI, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 2006, pp. 11 ss. Nonché, più di recente, F. CORTESI, *L'art. 21 della Costituzione*, in *La magistratura*, 7 marzo 2022. E, in senso evolutivo, M. OROFINO, *Art. 21 Cost.: le ragioni per un intervento di manutenzione ordinaria*, *MediaLaws*, n. 2, 2019, pp. 77 ss.; M.E. BUCALO, *I volti della libertà di manifestazione del pensiero nell'era digitale. Content moderation e regolazione di un diritto in evoluzione*, Giappichelli, Torino, 2023, spec. pp. 36 ss.

² La stessa Corte costituzionale ha costantemente evidenziato la stretta correlazione tra la libertà di manifestazione del pensiero e l'ordinamento democratico, sottolineando che tale libertà è «pietra angolare dell'ordine democratico» (sent. n. 84 del 1969), «cardine di democrazia nell'ordinamento generale» (sent. n. 126 del 1985), «coessenziale al regime di libertà garantito dalla Costituzione» (sent. n. 11 del 1968; analogamente, sent. n. 98 del 1968).

³ Così S. LIETO, *La reputazione delle istituzioni democratiche nella prospettiva del diritto costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2024, 125.

⁴ Come evidenziato da M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Giuffrè, Milano, 2023, p. 68, «le nuove tecnologie hanno causato una rivoluzione autenticamente antropologica, cambiando la *testa* delle persone e con essa le strategie disponibili per i partiti nella ricerca del consenso».

⁵ In tal senso, cfr., *ex multis*, T.E. FROSINI, *Il Costituzionalismo nella Società tecnologica*, in *Consulta online*, 25 maggio 2020, pp. 4 ss.; G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *Media Laws*, n. 1, 2018, pp. 3 ss.; J.A. TUCKER, Y. THEOCHARIS, M.E. ROBERTS, P. BARBERÁ, *From Liberation to Turmoil: Social Media and Democracy*, in *Journal of Democracy*, vol. 28, n. 4, 2017, pp. 46 ss.

⁶ Sul ruolo strategico delle *Big Tech* durante la pandemia, cfr. K. SABEEL RAHMAN, *The New Utilities: Private Power, Social Infrastructure, and the Revival of the Public Utility Concept*, in *Cardozo Law Review*, vol. 39, n. 5, 2018, pp. 1621 ss.; M. SCOTT, *Coronavirus crisis shows Big Tech for what it is – a 21st century public utility*, in *www.politico.eu*, 25 marzo 2020; V. BAGNOLI, *Digital Platforms as Public Utilities*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, n. 51, 2020, pp. 903 ss.; W. LIU, *Coronavirus has made Amazon a public utility – so we should treat it like one*, in *The Guardian*, 17 aprile 2020; K. BASU, A. CASPI, R. HOCKETT, *Markets and Regulation, in the Age of Big Tech*, in *Capitalism & Society*, vol. 15, n. 1, 2021, p. 13. Criticamente, sull'utilizzo della tecnologia durante la pandemia quale fattore di disegualianza, S. STAIANO, *Pandemia e diritto al lavoro. Disallineamenti dalla Costituzione*, in *federalismi.it*, n. 4, 2022, spec. p. 944, il quale evidenzia come «Le misure messe in campo per fronteggiare la pandemia, nella fase del confinamento, si sono rivelate – lo erano per

Ed è proprio il Covid-19 ad aver dato avvio all'erogazione su larga scala di servizi pubblici *online*, mediante i c.d. *provider* della rete, accelerando notevolmente i processi di digitalizzazione.

Tuttavia, la proliferazione dei mezzi di comunicazione e informazione si scontra con l'esigenza di tutelare altri diritti fondamentali, come la protezione dei dati personali⁷ o, ancor prima, la dignità umana⁸, e mette a rischio la stessa libertà di espressione, che va salvaguardata da forme di censura privata, da parte dei gestori delle piattaforme digitali, i quali finiscono per assumere un ruolo «para-costituzionale»⁹, avendo la facoltà di selezionare, discrezionalmente, i contenuti da immettere in rete.

In questo modo, si è sviluppata una dimensione di *libertà della rete*¹⁰, con l'apertura degli spazi di comunicazione e informazione, ritenuti capaci di autogovernarsi senza l'ingerenza di poteri pubblici¹¹. Si sono prodotte per «autopoiesi [...] regole automatizzate e autoapplicative [...] in grado di dar luogo ad un ordinamento speciale»¹², scevre da qualsiasi forma di controllo pubblico.

propria natura – un potente moltiplicatore di diseguaglianze, poiché diverse, molto diverse, sono le condizioni materiali nelle quali esse hanno inciso. Condizioni materiali che possono anche arrivare a picchi estremi di disfavore: [...] avere scarsa o nulla disponibilità delle piattaforme digitali, disponibilità necessaria a garantire un livello adeguato di accesso all'istruzione».

⁷ Sul tema, cfr., *ex multis*, M. OROFINO, *Trattamento dei dati personali e libertà di espressione e di informazione*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, pp. 508 ss.

⁸ In questo senso, *ex multis*, M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione. Prospettive costituzionali e sovranazionali*, Roma, 2019, 316; M. TRESCA, *Tutela dei diritti e responsabilità delle piattaforme online*, in C. GIUNTA (a cura di), "E-Constitution": *la metamorfosi dei diritti nell'era digitale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, pp. 23 ss.; O. GRANDINETTI, *Le piattaforme digitali come "poteri" dei privati e la censura online*, in *Riv. It. di informatica e dir.*, n. 1, 2022, pp. 175 ss.; E. CREMONA, *Le nuove tecnologie oltre "la grande dicotomia" tra pubblico e privato*, in A. LO CALZO, L. PACE, GIU. SERGES, C. SICCARDI, P. VILLASCHI (a cura di), *Diritto e nuove tecnologie tra comparazione e interdisciplinarietà, Quad. 3, Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2, 2021, p. 690. Nonché, da ultimo, specificamente, D. MESSINA, *La tutela della dignità umana nell'era digitale. Prospettive e insidie tra protezione dei dati, diritto all'oblio e Intelligenza Artificiale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2024.

⁹ Così O. POLLICINO, *Google rischia di "vestire" un ruolo para-costituzionale*, in *Il Sole24ore*, 14 maggio 2014. Sul punto, cfr., altresì, M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, cit., pp. 68-69, il quale evidenzia, criticamente, come «l'interlocuzione attraverso la rete o i c.d. *social* ha fatto sì che il condizionamento partitico delle istituzioni non provenga più dal (relativamente) virtuoso circolo decisionale funzionante in precedenza, ma dalla diretta intromissione dei vertici partitici nell'apparato statale, vertici la cui chiusura alle vere istanze dialogiche della base li rende autoreferenziali e sovente attenti solo agli interessi propri o a quelli della stretta "cerchia" dei più immediati sodali. I cosiddetti *social* non sono strumenti di interlocuzione fra organizzazione del partito e base, ma fra vertice e base, anzi, fra "il" vertice, il *leader*, e la "sua" base, mentre il consolidamento del rapporto *leader*/base non è lo strumento della ricucitura di un dialogo politico reso più difficile dalla perdita del radicamento sociale dei partiti, ma uno dei più potenti fattori di dissoluzione dell'organizzazione, asservita alle ambizioni personali di improvvisati e talora patetici uomini del destino». Nello stesso senso, cfr. A. LUCARELLI, *Nuovi mezzi di comunicazione, assetti imprenditoriali e soggettività politica*, Relazione alla Presentazione del libro di U. RUFFOLO, C. PINELLI, *I diritti nelle piattaforme*, Giappichelli, Torino, 2023, tenutasi a Napoli il 14 maggio 2024.

¹⁰ Sul tema, cfr. G. DE MINICO, *Libertà in rete. Libertà dalla rete*, Giappichelli, Torino, 2020.

¹¹ Cfr. S. RODOTÀ, *Recensione a G. De Minico, Internet. Regola e anarchia*, Napoli, 2012, in *Dir. pubbl.*, n. 1, 2014, pp. 359 ss., che evidenzia il carattere «persino anarchico, di Internet». Sempre in chiave critica, A. NICITA, *Le piattaforme online tra moderazione e autoregolazione: verso il Digital Services Act*, in *MediaLaws*, 25 novembre 2020, secondo cui «Immaginare che le piattaforme debbano essere solo il luogo neutrale e automatico del *free speech* degli utenti equivale da un lato a non comprendere il filtro algoritmico, che comunque seleziona i contenuti, e dall'altro a dare campo libero alle strategie organizzate di disinformazione online, di cui pure l'Order, giustamente, si lamenta. La moderazione è necessaria per contrastare questi fenomeni a patto che sia in buona fede, indipendente, trasparente e non discriminatoria».

¹² Così M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2, 2021, p. 166.

In questo contesto, si pone, dunque, il problema della responsabilità degli *internet providers* per la proliferazione di contenuti illegali *online*¹³ e, indirettamente, della tutela dei diritti dei cittadini.

La tematica del pluralismo informativo nella nuova società digitale diviene, dunque, centrale nel dibattito politico, giuridico e sociale, ponendo nuove sfide¹⁴. Mutano, infatti, i rapporti tra sovranità e rappresentanza e tra autorità e libertà¹⁵. Contestualmente, muta la concezione dell'identità, che assume forme e connotati diversi, a seconda dei luoghi e degli interlocutori. Si sviluppa una vera e propria identità digitale – quale evoluzione della libertà individuale –, caratterizzata dai flussi informativi, dalle interazioni con altri soggetti e dalla circolazione di dati altrui¹⁶.

Poiché l'informazione va dislocandosi in canali ulteriori¹⁷, rendendo complessa una efficace regolamentazione, «deciso ed illecito si incontrano e si incrociano, si intrecciano e costituiscono gli ambiti non sempre ben definibili e riconoscibili di responsabilizzazione e di tolleranza in una dimensione universale [...]. Dobbiamo allora immaginare regole nuove fondate e incentrate sulle tecnologie o estendere ancora quelle regole tradizionali, gli istituti tradizionali, le formalità tradizionali al mondo digitale?»¹⁸. Se, per un verso, «la libera circolazione delle informazioni può produrre la formazione di una coscienza civile e politica più avvertita con un richiamo non più episodico agli interessi e alla capacità di giudizio del singolo cittadino, il quale sarebbe piuttosto reso partecipe di un circuito comunitario di informazione e di responsabilità»¹⁹, per altro verso, è necessario regolamentare tale fenomeno, onde evitare che i “giganti del *web*” possano operare, attraverso veri e propri monopoli privati e concentrazioni

¹³ Sul punto, già T. GILLESPIE, *The Relevance of the Algorithm*, in T. GILLESPIE, P.J. BOCZKOWSKY, K.A. FOOT (a cura di), *Media technologie: Essays on Communication, Materiality and Society*, The Mit Press, Cambridge, 2014, pp. 175 ss.

¹⁴ Come evidenziato da V. ZENO ZENCOVICH, *Perché occorre rifondare il significato della libertà di manifestazione del pensiero*, in *Percorsi costituzionali*, n. 1, 2010, p. 71, secondo cui «solo chi è rimasto alla preistoria del diritto e si aggira ancora armato di clava cercando di inventare la ruota, non si rende conto del passaggio epocale che si è verificato nelle società evolute in questi anni: la possibilità di accedere sempre, dovunque a tutta la conoscenza racchiusa in testi digitali; la possibilità di comunicare sempre dovunque e a costi minimi con tutti; la possibilità di diffondere sempre e dovunque a tutto il mondo il proprio pensiero. E solo i cavernicoli non si accorgono del circuito inarrestabile fra accesso alle fonti di conoscenza, creazione di forme di scambio di esperienze, diffusione di nuove idee, e creazione di nuova conoscenza». Sul tema, si rinvia, altresì, a A. POGGI, *Lavoro, Persona e Tecnologia: riflessioni attorno alle garanzie e ai diritti costituzionali nella rivoluzione digitale*, in *federalismi.it*, n. 9, 2022, pp. IV ss.; A. PAPA, *Il diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era digitale*, Giappichelli, Torino, 2021, spec. pp. 137 ss.; ID., *La tutela del pluralismo informativo nell'ecosistema digitale*, in *De Iustitia*, n. 11, 2019, pp. 1 ss.

¹⁵ In questo senso, A. LUCARELLI, *Nuovi mezzi di comunicazione, assetti imprenditoriali e soggettività politica*, cit.

¹⁶ Così T.E. FROSINI, *L'ordine giuridico del digitale*, cit., p. 44.

¹⁷ Volendo esaminare i dati, «i numeri sono questi: iniziamo con *Facebook*, che ha 2,80 miliardi di utenti attivi mensili, 1,8 miliardi di utenti attivi giornalieri; il 59% degli utenti di Internet, 58,5 minuti al giorno vengono trascorsi a “navigare” sul *social*; poi, *Whatsapp*, che ha 2 miliardi di utenti attivi mensili, ogni giorno vengono inviati più di 100 miliardi di messaggi, l'utente medio trascorre 38 minuti al giorno a mandare e leggere messaggi; infine, *Twitter*, che ha 353 milioni di utenti attivi al mese con un accesso quotidiano da parte di 187 milioni di persone, che trascorrono 158,2 minuti al mese usando la piattaforma per “cinguettare”. Così T.E. FROSINI, *L'ordine giuridico del digitale*, in *CERIDAP*, n. 2, 2023, p. 39.

¹⁸ G. CORASANITI, *Regolazione, autoregolazione, sovraregolazione della rete: dal “far” web al “fair” web*, in *Diritto di internet*, n. 12, 2021, p. 9.

¹⁹ Così T.E. FROSINI, *L'ordine giuridico del digitale*, cit., p. 54.

di potere²⁰, imponendo le proprie scelte, minando la libera concorrenza e, conseguentemente, la libertà di espressione degli individui.

Si avverte, infatti, la tendenza delle piattaforme digitali ad autoregolarsi²¹, dotandosi di regole proprie, imposte unilateralmente e discrezionalmente, sganciate dai circuiti democratici, ove prevale l'autonomia sull'eteronomia, il privato sul pubblico. Il concetto di *net neutrality*²², nato in senso prettamente tecnico, assume così connotati giuridici, con regolamentazioni determinate unilateralmente dai gestori delle piattaforme, i quali, però, per lungo tempo non sono stati considerati responsabili dei contenuti immessi in rete.

Ciò ha dato vita ad un vero e proprio “ordinamento giuridico privato”, prodotto anche a causa della «deficienza dei mezzi giuridici istituzionali»²³ nel tutelare gli interessi dei cittadini. Si è generata una tensione tra fatti e norme, laddove alla velocità di sviluppo della società e delle nuove tecnologie non corrisponde una adeguata risposta normativa e regolatoria.

Orbene, benché tali piattaforme rappresentino, sotto molteplici aspetti, uno strumento «a favore della democrazia [...], il fatto che siano nelle mani di un numero troppo ristretto di soggetti fa sì che questi, per la loro posizione siano portati a dominare “*how public opinion is organized and governed*”²⁴. Il rischio, cioè, è che si affermi, nella «estrema mobilità giuridica che stiamo vivendo [...] l'arroganza non meno soffocante di quei poteri economici che sono i protagonisti del fenomeno globalizzatore»²⁵.

Pertanto, le sfide della nuova società digitale impongono di individuare, in chiave costituzionalistica, gli strumenti adeguati a far fronte a tali trasformazioni, garantendo il rispetto del principio di legalità e la tutela dei diritti fondamentali degli individui.

²⁰ Basti guardare ai dati del mercato in Internet: «Google, domina il proprio settore con una quota di mercato dell'88% nel *search advertising* (pubblicità su motori di ricerca); la seconda, Facebook (e le sue controllate: Instagram, WhatsApp e Messenger) possiede il 77% del traffico dei *social network* su dispositivi mobili e, infine, la terza, Amazon, ha una quota del 74% nel mercato dell'*e-book*. In termini economici classici, tutte e tre sono dei monopoli»; *ivi*, p. 56.

²¹ Tra i primi a parlarne, S. RODOTÀ, *Il mondo della rete. Quali diritti e quali vincoli*, Laterza, Roma-Bari, 2014; ID., *Una Costituzione per Internet*, in *Pol. del diritto*, n. 3, 2010, pp. 337 ss.

²² Sul tema, cfr. V. PICKARD, D. ELLIOT BERMAN, *After Net neutrality, A provocative analysis of net neutrality and a call to democratize online communication*, Yale University Press, Yale, 2019; F. DELL'AVERSANA, *Le libertà economiche in internet competition, net neutrality e copyright*, Aracne, Roma, 2014; G. DE MINICO, *Net neutrality come diritto fondamentale di chi verrà*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2016, pp. 1 ss.

²³ Così S. ROMANO, *Lo stato moderno e la sua crisi* (1909), in ID., *Scritti minori*, I, a cura di G. Zanobini, I, Giuffrè, Milano 1950, pp. 311 ss.

²⁴ Cfr. M. BETZU, *I baroni del digitale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, p. 34.

²⁵ Così P. GROSSI, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, *Lectio doctoralis*, 24 ottobre 2005, Aula Magna dell'Università di Bologna, in *Rass. forense*, 2006, p. 55. Nello stesso senso, C. PINELLI, U. RUFFOLO, *I diritti nelle piattaforme*, Giappichelli, Torino, 2023, pp. 3 ss., i quali evidenziano la transizione «dall'entusiasmo alla diffidenza», da «una fase pionieristica» ad «una fase della diffidenza» verso tali strumenti.

2. L'Unione europea dinnanzi alle nuove sfide comunicative

Nell'attuale contesto comunicativo e informativo, l'azione dell'Unione europea si è incentrata, negli ultimi anni, sulla tutela dei diritti in rete, al fine di garantire trasparenza ed equità nella gestione dei contenuti²⁶: «il fulcro si è spostato alla tutela dei diritto di fronte all'affermazione di un nuovo spazio pubblico digitale, in cui un ruolo di cruciale rilievo è affidato ai fornitori di servizi che agiscono come intermediari di natura privata»²⁷. Le politiche europee hanno tentato, variamente, di far fronte alla frammentazione del settore e al c.d. *information disorder*²⁸, individuando talune *best practices*, ossia procedure tese ad armonizzare il settore digitale e a garantire trasparenza, tutelando gli utenti.

Tali interventi derivano dalla consapevolezza del ruolo – ormai tutt'altro che neutrale – delle piattaforme digitali, capaci di orientare l'opinione pubblica e di generare processi emulativi tali per cui le idee risultano condizionate dai contenuti veicolati *online* dai *providers*, sulla base di algoritmi²⁹.

In particolare, l'Unione europea è intervenuta³⁰ con una regolamentazione a “doppio binario”, fissando dei principi generali, a livello sovranazionale, e rimettendo alla discrezionalità degli Stati membri l'individuazione dei contenuti illeciti.

²⁶ Si veda la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, 6 maggio 2015 COM(2015) 192 final; nonché la Dichiarazione di Berlino sulla società digitale e su un governo digitale fondato sui valori dell'8 dicembre 2020; la Dichiarazione di Lisbona, *Democrazia digitale con uno scopo, presentata all'Assemblea sul digitale*, giugno 2021; la Comunicazione, *Sulla bussola digitale*, COM(2021) 118 final; la Risoluzione del Parlamento europeo, *Plasmare il futuro digitale dell'Europa: eliminare gli ostacoli al funzionamento del mercato unico digitale e migliorare l'uso dell'IA per i consumatori europei*, 20 maggio 2021, 2020/2261/(INI); il Comunicato della Commissione, *Le piattaforme online e il mercato unico digitale. Opportunità e sfide per l'Europa*, 26 gennaio 2022, COM (2022) 288 final; la *Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale*, 26 gennaio 2022, COM (2022) 28 final. In dottrina, cfr. P. DE PASQUALE, *Verso una carta di diritti digitali (fondamentali) dell'Unione europea?*, in *Oss. europeo*, 17 marzo 2022.

²⁷ Così M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione. Prospettive costituzionali e sovranazionali*, cit., p. 76.

²⁸ Cfr. C. CARUSO, *Il tempo delle istituzioni di libertà. Piattaforme digitali, disinformazione e discorso pubblico europeo*, in *Quad. cost.*, n. 3, 2023, p. 549, il quale chiarisce che «per *misinformation* si intende generalmente l'informazione falsa ma non creata per arrecare intenzionalmente un danno, mentre per *malinformation* una “informazione basata sulla realtà” diffusa per danneggiare una persona, un gruppo, o un Paese». Analogamente, C. WARDLE, H. DERAKHSHAN, *Information Disorder: Toward an Interdisciplinary Framework for Research and Policy Making*, Council of Europe report DGI(2017)09, 2017.

²⁹ Sul tema, cfr. già H. MARCUSE, *L'uomo a una dimensione. L'ideologia della società industriale avanzata*, Einaudi, Torino, 1968, p. 167. Cfr., altresì, C.R. SUNSTEIN, *#republic. La democrazia nell'epoca dei social media*, Il Mulino, Bologna, 2017, pp. 11 ss.; A. SIMONCINI, S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Riv. di filosofia del diritto*, n. 1, 2019, pp. 87 ss.; A. SIMONCINI, *Il linguaggio dell'intelligenza artificiale e la tutela costituzionale dei diritti*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2023, pp. 2 ss.; A. NICITA, *Il mercato delle verità. Come la disinformazione minaccia la democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2021, pp. 97 ss. Nonché, da ultimo, F. FABRIZZI, L. DURST (a cura di), *Controllo e predittività. Le nuove frontiere del costituzionalismo nell'era dell'algoritmo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2024, *passim*. Sull'utilizzo dei *social media* e degli algoritmi quale fattore di condizionamento sul versante prettamente politico, cfr. B. ZAROULI, T. DOBBER, G. DE PAUW, C. DE VREESE, *Using a Personality-Profiling Algorithm to Investigate Political Microtargeting: Assessing the Persuasion Effects of Personality-Tailored Ads on Social Media*, in *Communication Research*, vol. 49, n. 8, 2022, pp. 1066 ss.

³⁰ In ottica «rights-oriented» secondo G. DE GREGORIO, *The rise of digital constitutionalism in the European Union*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 19, n. 1, 2020, p. 41.

Dopo una iniziale fase affidata ad interventi di *soft law* – basata sull’emanazione di Codici di condotta³¹, che permettevano agli *Internet service providers* di autoregolarsi, valutando liberamente la congruità dei contenuti pubblicati e adottando le relative sanzioni –, la Commissione europea ha mutato approccio. Essa ha optato per una disciplina di *hard law*, basata sulla co-regolazione³² – ove il decisore pubblico è tenuto a fissare i principi generali entro i quali i gestori delle piattaforme dettano la normativa di dettaglio –, allo scopo di istituzionalizzare le procedure e rendere competitivo il mercato digitale, fornendo una cornice normativa che promuovesse i valori della Carta dei diritti fondamentali dell’UE e delle tradizioni costituzionali comuni.

Dapprima con l’emanazione del GDPR³³, poi con l’adozione del *Digital Services Act* (DSA)³⁴ e del *Digital Markets Act* (DMA)³⁵, l’Unione si è indirizzata (o ha tentato di indirizzarsi) verso un costituzionalismo digitale³⁶, volto a sottoporre le piattaforme *online* a un controllo democratico, mediante strumenti di regolazione *ex ante*³⁷.

2.1. Regolazione “minima” dello spazio digitale e delega dei poteri

Volendo analizzare i più recenti interventi di regolazione europea delle piattaforme digitali, va dato conto che, agli albori del ventunesimo secolo, di fronte all’espansione della rete e alla rapida evoluzione tecnologica, l’Unione europea ha messo in atto una politica di regolazione “minima” dello spazio digitale,

³¹ Ci si riferisce, in particolare, al *Code of Conduct on countering illegal hate speech online*, del maggio 2016; al *Code of Practice on Disinformation*, dell’ottobre 2018 e al *2022 Strengthened Code of Practice on Disinformation*, del 2022. V. *infra* par. 4.

³² Sulla co-regolazione nel settore digitale, in dottrina, cfr., *ex multis*, M.E. BARTOLONI, *La regolazione privata nel sistema costituzionale dell’Unione europea. Riflessioni sulla disciplina relativa al settore dell’innovazione*, cit., spec. pp. 1346 ss., la quale definisce la co-regolazione come il collegamento che si instaura «tra la normazione di carattere accentrato e pubblico ed un tipo di normazione di carattere decentrato e privato. Alla prima sfera normativa appartiene la funzione di definire gli “aspetti essenziali” dell’atto, quelli cioè che presumibilmente richiedono scelte politiche rientranti nella responsabilità propria del legislatore; alla seconda spetta intervenire, attraverso integrazioni del contenuto o un’attività attuativa, su aspetti che implicano una disciplina di dettaglio». (1346). Nonché, N. MACCABIANI, *Co-regolamentazione, nuove tecnologie, e diritti fondamentali. Questioni di forma e sostanza*, in *Oss. sulle fonti*, n. 3, 2022, spec. pp. 83 ss. e, ampiamente, A. SIMONCINI, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4, 2022, pp. 1031 ss.

³³ Regolamento UE 679/2016 sulla protezione dei dati.

³⁴ Regolamento UE 2022/2065 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE, Regolamento sui servizi digitali, *Digital Services Act* (DSA) del 19 ottobre 2022. Sul punto, cfr. su tutti, A. TURRILLAZZI, M. TADDEO, L. FLORIDI, F. CASOLARI, *The Digital Services Act: an analysis of its ethical, legal and social implications*, in *Law, Innovation and Technology*, vol. 1, n. 15, 2023, pp. 83 ss.

³⁵ Regolamento UE 2022/1925, relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali, *Digital Markets Act*, DMA).

³⁶ Sul nozione di costituzionalismo digitale, si rinvia a O. POLLICINO, *Di cosa parliamo quando parliamo di costituzionalismo digitale?*, in *Quad. cost.*, n. 3, 2023, pp. 569 ss.; G. DE GREGORIO, *Digital Constitutionalism in Europe. Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022, pp. 38 ss.

³⁷ Da ultimo, peraltro, l’Unione europea ha emanato l’*Artificial Intelligence ACT*, Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull’intelligenza artificiale (Legge sull’intelligenza artificiale), approvato definitivamente dal Consiglio dell’Unione europea il 21 maggio 2024. La proposta di Regolamento è rinvenibile su [Eurlex](https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/1116/oj).

lasciando ampio spazio alla discrezionalità dei *providers*. L'intento era di non ostacolare la libera circolazione dei contenuti *online*, né rallentare lo sviluppo dei servizi digitali³⁸.

Tale politica ha trovato una prima conferma nella Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico, recepita in Italia con il d.lgs n. 70 del 2003. Essa esentava i gestori delle piattaforme digitali da qualsiasi obbligo di sorveglianza sui contenuti pubblicati, nonché da ogni forma di responsabilità ad essi correlata; al contempo, consentiva agli *Internet service providers* di rimuovere i contenuti ritenuti illeciti, senza necessità di intervento delle pubbliche autorità.

La normativa, insomma, si esimeva da una «regolazione contenutistica di Internet, evitando di prevedere una responsabilità degli intermediari digitali per la loro attività di moderazione dei contenuti» e – prendendo le mosse dalla disciplina statunitense³⁹ – vietava agli Stati membri «di prevedere un obbligo di sorveglianza e di ricerca attiva di fatti o circostanze che diano conto della sussistenza di attività illecite all'interno degli spazi digitali»⁴⁰.

Tuttavia, il rapido sviluppo tecnologico – nonché l'emergere di piattaforme nuove, come i *social network* e l'*e-commerce* – hanno sollevato crescenti quesiti circa l'opportunità di controllare i contenuti *online*, al fine di tutelare i diritti fondamentali degli utenti. Si è, così, messa in dubbio la presunta neutralità di tali canali⁴¹, anche tenuto conto che la gestione dei contenuti in rete è proliferata e indirizzata sulla base di algoritmi, che suggeriscono i contributi da mostrare, grazie al continuo monitoraggio delle attività degli utenti.

Al contempo, l'attività degli *Internet service providers* ha posto una serie di dubbi circa il rispetto dei Trattati europei, a causa della scarsa trasparenza delle procedure e della conseguente mancanza di certezza del diritto, correlate ai possibili abusi di potere.

Invero, a livello sovranazionale, gli artt. 290 e 291 TFUE prevedono, rispettivamente, la procedura della delega e la procedura dell'esecuzione degli atti. In particolare, l'art. 290 TFUE, stabilisce che «Un atto legislativo può delegare alla Commissione il potere di adottare atti non legislativi di portata generale che integrano o modificano determinati elementi non essenziali dell'atto legislativo. Gli atti legislativi delimitano esplicitamente gli obiettivi, il contenuto, la portata e la durata della delega di potere. Gli elementi essenziali di un settore sono riservati all'atto legislativo e non possono pertanto essere oggetto di delega di potere». Mentre l'art. 291 TFUE sancisce che «Gli Stati membri adottano tutte le misure di diritto interno necessarie per l'attuazione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione. 2. Allorché sono

³⁸ Sul punto, cfr. M. BASSANINI, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi "spazi pubblici" e "poteri privati". Spunti di comparazione*, in *MediaLaws*, n. 2, 2021, pp. 72 ss.

³⁹ Section 230 del *Communications Decency Act (CDA) of 1996*.

⁴⁰ Così M. TRESCA, *Tutela dei diritti e responsabilità delle piattaforme online*, in C. GIUNTA (a cura di), "E-Constitution": *la metamorfosi dei diritti nell'era digitale*, cit., pp. 26-27.

⁴¹ Cfr. M.R. ALLEGRI, *Alcune considerazioni sulla responsabilità degli intermediari digitali, e particolarmente dei social network provider, per i contenuti prodotti dagli utenti*, in G.L. CONTI, M. PIETRANGELO, F. ROMANO (a cura di), *Social media e diritti. Diritto e social media*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, p. 71.



necessarie condizioni uniformi di esecuzione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione, questi conferiscono competenze di esecuzione alla Commissione o, in casi specifici debitamente motivati e nelle circostanze previste agli articoli 24 e 26 del trattato sull'Unione europea, al Consiglio. 3. Ai fini del paragrafo 2, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono preventivamente le regole e i principi generali relativi alle modalità di controllo da parte degli Stati membri dell'esercizio delle competenze di esecuzione attribuite alla Commissione».

Sebbene tali modalità di produzione normativa siano sottoposte a limiti e condizioni stringenti, volti a garantire un adeguato controllo degli atti delegati, non si scorge alcun riferimento alla delega degli atti a soggetti privati. Per tale ragione, ci si è interrogati circa la compatibilità della regolazione privata con il sistema previsto dai Trattati.

La Corte di Giustizia⁴² si è espressa favorevolmente all'ammissibilità di forme di delega ulteriori rispetto a quelle previste dagli artt. 290 e 291 TFUE. In particolare, i giudici europei hanno individuato le condizioni di liceità della delega degli atti al di fuori della disciplina prevista dal Trattato.

Nel caso *Elliott*⁴³, infatti, la Corte ha precisato che è possibile delegare poteri regolamentari a soggetti diversi dagli organi e gli organismi dell'Unione europea. In specie, le direttive potrebbero delegare soggetti privati all'adozione di c.d. norme tecniche armonizzate, ossia di disposizioni di attuazione necessaria delle direttive⁴⁴. L'esercizio dei poteri normativi dei privati dovrebbe, però, trovare il proprio fondamento in un mandato dell'autorità delegante, in cui siano indicati i requisiti per l'esercizio della delega e l'ambito di intervento entro il quale l'atto debba incanalarsi. Di conseguenza, non sarebbe possibile delegare a soggetti privati l'esercizio di atti discrezionali, determinando così uno «spostamento di responsabilità»⁴⁵.

Nella medesima pronuncia, la Corte di Giustizia ha evidenziato la necessità che la delega risulti una misura d'attuazione *necessaria* di un atto dell'UE, in un rapporto funzionale tale che l'atto del privato sia assorbito nel diritto europeo, potendo, così, produrre effetti giuridici, benché non vincolanti, ed essere, eventualmente, sottoposto a un controllo giurisdizionale⁴⁶. La regolazione privata sarebbe, dunque, legittima solo laddove rientri nella disciplina della delega dei poteri così declinata, ossia nei limiti in cui i

⁴² Corte di Giustizia, sentt. 13 giugno 1958, C-9/56, *Meroni*; 14 maggio 1981, C-98/80, *Romano*; 22 gennaio 2014, C-270/12, *Regno Unito c. Parlamento e consiglio (ESMA)*.

⁴³ Corte di Giustizia, sent. 27 ottobre 2016, C-613/14, *Elliott*.

⁴⁴ Sul punto, la Corte di Giustizia, con la sent. 22 febbraio 2018, C-185/17, *Varna*, ha precisato che «una norma armonizzata, elaborata da un organismo di diritto privato, può essere considerata rientrante nel diritto dell'Unione dal momento che è stata concepita su iniziativa e sotto la direzione nonché il controllo della Commissione» (punto 29).

⁴⁵ Corte di Giustizia, sent. 13 giugno 1958, C-9/56, *Meroni*.

⁴⁶ In questo senso, Corte di Giustizia, sent. 27 ottobre 2016, C-613/14, *Elliott*. Sul punto, in dottrina, cfr. N. MACCABIANI, *Co-regolamentazione, nuove tecnologie, e diritti fondamentali. Questioni di forma e sostanza*, cit., pp. 74 ss.

pubblici poteri definiscano gli aspetti generali dell'atto, mentre i privati intervengano nel rispetto di quanto da essi stabilito, con una disciplina integrativa o attuativa.

Sicché, in dottrina⁴⁷, si è interrogati sulla necessità di una regolamentazione pubblica della rete, volta a scongiurare il rischio di un «*private, concentrated control over online contents*»⁴⁸, che potesse incidere sulla libertà di espressione degli utenti. Ciò dinanzi al duplice rischio che gli *Internet service providers*, acquisendo sempre maggiore potere, potessero, da un lato, assumere una posizione di supremazia, potendo condizionare le scelte della società; dall'altro, censurare discrezionalmente i contenuti pubblicati dagli utenti, intaccando la libertà di espressione costituzionalmente garantita.

Va, tuttavia, rilevato che, benché appaia rimarchevole il tentativo compiuto dalla Corte di Giustizia di garantire uno spazio d'intervento ai privati, entro un perimetro normativo definito, tale tipo di soluzione si espone di per sé al rischio che, in ogni caso, attraverso interventi di dettaglio ben elaborati e calibrati, si possano realizzare abusi di potere e disallineamenti dalla cornice normativa fissata a livello istituzionale. Infatti, il rapporto tra determinazione dei principi e norme di dettaglio presenta numerose criticità, soprattutto in ordine a controlli e a sanzioni.

3. Autopoiesi e oligopoli digitali

Nel contesto normativo sopra delineato, l'esenzione di responsabilità delle piattaforme digitali in relazione ai contenuti ivi pubblicati e il diritto delle stesse di rimuovere i contenuti considerati illeciti, o, semplicemente, dannosi o inappropriati, ha determinato una forte concentrazione di potere in capo agli *Internet service providers*, creando dei veri e propri oligopoli, a scapito di altri imprenditori⁴⁹.

Il regime di libertà della rete si è basato sull'(erroneo) assunto che si trattasse di «imprese che, limitandosi a consentire l'accesso alla rete agli utenti e l'eventuale collocamento su di essa di materiali e messaggi da parte dei medesimi utenti per un tempo più o meno lungo, senza interferire con i citati materiali e messaggi, se, da un lato non avrebbero potuto essere chiamate a rispondere di condotte imputabili ad altri (ai “produttori” di quei materiali e/o messaggi, appunto), dall'altro legittimamente avrebbero potuto adottare interventi anche di rimozione degli stessi materiali e messaggi, in linea con le specifiche

⁴⁷ Cfr., *ex multis*, M. MANETTI, *Regolare Internet*, in *Media Laws*, n. 2, 2020, pp. 36 ss.; M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, cit., pp. 172 ss. Nonché, già, G. DE MINICO, *Internet. Regola e anarchia*, Jovene, Napoli, 2012, spec. pp. 195 ss.

⁴⁸ Come evidenziato dalla giurisprudenza della *Supreme Court of USA*, *Biden v. Knight First Amend. Inst. at Colum. Univ.*, No. 20-197, 5 April 2021, (J. Thomas, *concurring opinion*), 141 S. Ct. at 1222.

⁴⁹ Sul tema della concentrazione del potere nelle mani degli ISPs, cfr. F. PARUZZO, *I sovrani della rete. Piattaforme digitali e limiti costituzionali al potere privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022, spec. pp. 136 ss.; nonché L. DI MAJO, F. PARUZZO, *Nuovi aspetti del potere nel Metaverso*, in M. CALAMO SPECCHIA (a cura di), *Processi politici e nuove tecnologie*, Giappichelli, Torino, 2024, pp. 206 ss.

condizioni contrattuali di servizio, sottoscritte dagli utenti e dalle stesse stabilite in coerenza con le proprie *policies* industriali»⁵⁰.

Tuttavia, l'«esplosione» della comunicazione e il pluralismo dell'informazione hanno rafforzato considerevolmente il ruolo dei c.d. *gatekeepers*⁵¹ e degli *Internet service providers*, i quali sono stati legittimati ad elaborare i contenuti ricevuti e a immetterli sulla rete, nonché – mediante specifici sistemi algoritmici di selezione delle preferenze – a veicolare le informazioni inviate ad ogni utente⁵².

Si è, dunque, creato un meccanismo di controllo dei contenuti in rete, affidato a forme di *governance* privata, secondo un sistema di autoregolazione⁵³, che ha consentito agli ISPs di elaborare un proprio sistema di censura privata – con la fissazione di misure e sanzioni unilateralmente predisposte, volte a tutelare gli utenti dai messaggi d'odio o di incitazione alla violenza – e di detenere «*more power to determine who may speak and who may heard around the world*»⁵⁴.

Ciò ha condotto allo sviluppo di un doppio sistema di censura privata, sia *ex ante* che *ex post*. Gli *Internet service providers*, infatti, per un verso, potevano selezionare, mediante algoritmi, le informazioni da fornire e organizzare, con una «*architectural regulation*»⁵⁵; per altro verso, avevano la facoltà di rimuovere i contenuti ritenuti contrari ai propri *standard* contrattuali, agendo direttamente, oppure su impulso degli utenti. Dotandosi di proprie *policies* sui contenuti pubblicabili⁵⁶ i *providers* si sono intestati il diritto di rimuovere i messaggi considerati deprecabili o inappropriati, sulla base di condizioni di utilizzo *self-regulated* e sganciate da qualsiasi forma di controllo pubblico, con il rischio di grave compromissione dei diritti fondamentali degli utenti.

La selezione dei contenuti ad opera degli *Internet service providers* rimanda, infatti, a scelte ampiamente discrezionali, dettate, evidentemente, da molteplici fattori. Da un elemento culturale, *a priori*, che orienta la selezione sulla base della prevalenza di una determinata visione della società e delle sue dinamiche. Da elementi di ordine politico e sociale, che, inevitabilmente, condizionano tale scelta. Infine, da valutazioni

⁵⁰ Così R. NIRO, *Piattaforme digitali e libertà di espressione fra autoregolazione e coregolamentazione: note ricostruttive*, in *Oss. sulle fonti*, n. 3, 2021, p. 1372.

⁵¹ Con il termine *gatekeeper*, inoltre, ci si riferisce oggi a un'impresa detentrica di un potere tale da poter controllare l'accesso al mercato da parte di altri imprenditori (cfr. par. 5). Sulla definizione di *gatekeeper* fornita dal DMA v. *infra* nota 101.

⁵² Cfr. G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, cit., pp. 9 ss.

⁵³ La prima definizione di autoregolazione (così come quella di co-regolazione, di cui si tratterà più avanti), è contenuta nella Comunicazione del Parlamento europeo, Consiglio, Commissione, Progetto interistituzionale *Legiferare meglio*, del 31 dicembre 2003 (punto 22), poi sostituita dall'[Accordo interistituzionale Legiferare meglio, tra Parlamento europeo, Consiglio dell'Unione europea e Commissione europea, del 13 aprile 2016](#). In dottrina, sul punto, cfr. M.E. BARTOLONI, *La regolazione privata nel sistema costituzionale dell'Unione europea. Riflessioni sulla disciplina relativa al settore dell'innovazione*, in *Oss. sulle fonti*, n. 3, 2021, spec. pp. 1342 ss.

⁵⁴ Così J. ROSEN, *The Deciders: The Future of Privacy and Free Speech in the Age of Facebook and Google*, in *Fordham Law Review*, vol. 80, n. 4, 2012, p. 1536.

⁵⁵ Così M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, cit., p. 174.

⁵⁶ Cfr. M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet Platforms: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, in *Riv. ita. di informatica e diritto*, n. 1, 2019, pp. 37 ss.

di ordine economico. Ciò in quanto il contenuto è un prodotto, e di quel prodotto esiste un mercato; alcuni prodotti “vendono”, altri no.

Si è determinata, così, una nuova dimensione digitale, autoregolata, con misure autoprodotte e autoapplicate dagli *Internet service provider* stessi⁵⁷, benché si tratti di «ordinamenti le cui regole [...] incidono vistosamente, limitandoli, su una serie di diritti degli utenti, fra cui spicca appunto quello alla libertà di espressione, garantito dalle carte costituzionali e qualificato, com'è noto, come caposaldo di ogni società democratica e cifra distintiva degli ordinamenti liberal-democratici non solo dalla più risalente giurisprudenza costituzionale italiana, ma anche da quella statunitense ed europea»⁵⁸.

Non a caso, tale modello è stato contestato da una parte della dottrina⁵⁹ – anche in ragione di specifici episodi, in cui sono stati ingiustificatamente rimossi taluni contenuti⁶⁰, e non altri, oggettivamente violenti –, evidenziando la necessità di un intervento legislativo, «tra l'altro, per sollevare i giudici da un'attività di supplenza», che conduceva «ad esiti difficilmente prevedibili, con compromissione del valore della sicurezza giuridica e, in definitiva, dell'eguaglianza dei soggetti coinvolti nelle singole controversie»⁶¹.

4. Gli strumenti regolatori di *soft law*

Alla luce di quanto evidenziato, emerge come gli *Internet service providers* svolgano un ruolo giuridico-sociale tutt'altro che neutrale, selezionando i contenuti da mostrare e limitando la libertà di espressione degli individui. Essi sono divenuti, «sostanziali monopolisti e il loro potere di dettare le regole all'interno mercato deriva dal fatto che essi *sono*, molto spesso, il mercato, cioè l'infrastruttura su cui “poggia” il mercato»⁶²; dei veri e propri soggetti a rilevanza pubblicistica, dei fornitori di servizi pubblici. O, quantomeno, – secondo una parte della dottrina che sposa una posizione intermedia⁶³ –, dei soggetti ibridi: ossia privati, che rivestono però, nel compimento di talune funzioni, un ruolo sociale importante.

⁵⁷ In questo senso, R. NIRO, *Piattaforme digitali e libertà di espressione fra autoregolazione e coregolamentazione: note ricostruttive*, cit., pp. 1378 ss.

⁵⁸ Ivi, 1380. Sul tema, si rinvia altresì a O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in *Media Laws*, n. 1, 2018, pp. 4 ss.

⁵⁹ Cfr. M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet Platforms: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, cit., pp. 40 ss.; ID., *La Corte di giustizia, la Direttiva E-commerce e il controllo contenutistico online: le implicazioni della decisione C 18-18 sul discorso pubblico online e sul ruolo di Facebook*, in *MediaLaws*, n. 3, 2019, pp. 249 ss.

⁶⁰ Per esempio, Facebook nel 2020 ha rimosso alcuni contenuti considerati d'incitamento all'odio, che poi però l'*Oversight Board* ha ritenuto semplicemente messaggi di critica politica (es. decisioni 2020-007-FB-FBR e 2020-005-FB-UA). Sul punto, v. *infra* nota 89.

⁶¹ Tutti i virgolettati del periodo sono tratti da O. GRANDINETTI, *Facebook vs. CasaPound e Forza Nuova, ovvero la disattivazione di pagine social e le insidie della disciplina multilivello dei diritti fondamentali*, in *Media Laws*, n. 11, 2021, p. 189.

⁶² Così E. CREMONA, *Fonti private e legittimazione democratica nell'età della tecnologia*, in *DPCE online*, n. spec. 2021, p. 1259.

⁶³ Sul punto, cfr. S. PIVA, *Facebook è un servizio pubblico? La controversia su CasaPound risolve la questione dell'inquadramento giuridico dei social network*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2, 2020, pp. 1204 ss.

L'inquadramento degli ISPs risulta determinante ai fini della regolazione: occorre comprendere se si intenda propendere per una co-regolazione del settore, o se sia sufficiente affidarsi alla autoregolazione dei gestori delle piattaforme⁶⁴.

Ciò che sembra acclarato è la necessità di una collaborazione degli *Internet service providers* nel controllo dei contenuti in rete. Tale collaborazione sembra determinante, atteso, altresì, il tecnicismo delle materie d'intervento⁶⁵.

Sulle prime, la giurisprudenza, al fine di ovviare ad una disciplina europea non più attuale⁶⁶, ha sviluppato, in sede ermeneutica, una serie di regole volte a tutelare gli utenti in rete. In particolare, è stata creata la figura del c.d. *hosting* attivo, dotato di maggiori responsabilità in alcune attività⁶⁷, specie in quelle di filtro o modifica dei contenuti o di analisi dei comportamenti degli utenti⁶⁸.

L'Unione europea ha, poi, progressivamente emanato «un reticolo di norme di natura precipuamente orizzontale, che impongono doveri di diligenza in capo ai *Big Tech* posti a garanzia dei diritti fondamentali»⁶⁹. Sono state affidate crescenti responsabilità ai gestori delle piattaforme digitali, ai quali è stato assegnato il compito di rimuovere i contenuti *online*, a richiesta dell'interessato, qualora essi siano lesivi della propria reputazione, o ancora di rimuovere i contenuti identici o equivalenti ad altri già dichiarati illeciti da un giudice interno⁷⁰, così da bilanciare il controllo dei contenuti con la libertà di espressione degli individui. Le istituzioni europee si sono adoperate per garantire, in generale, maggiore tutela ai diritti degli utenti *online*, contro lo sviluppo dei suddetti fenomeni degenerativi

⁶⁴ Cfr. M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, cit., p. 172, secondo cui è necessaria una regolamentazione pubblica del settore.

⁶⁵ OECD, *OECD Report on Regulatory Reform, Synthesis*, Paris, 1997. Sul tema, in dottrina, cfr. A. MCHARG, *The Constitutional Dimension of Self-Regulation*, in F. CAFAGGI (ed. by), *Reframing Self-Regulation in European Private Law*, Kluwer Law International, L'Aia, 2006, pp. 77 ss.

⁶⁶ Così come non era più attuale il relativo decreto italiano di recepimento, d.lgs n. 70 del 2003.

⁶⁷ Sul tema, si v. Trib. Milano, sentt. 20 gennaio 2011, n. 7680, *RTI c. ItaliaOnline* e 19 maggio 2011, n. 10893, *RTI c. Yahoo!*; Trib. Roma, sent. 12 luglio 2019, n. 14757, *RTI c. Daily Motion*; Cass., sentt. 21 febbraio 2019, n. 7708, e 13 dicembre 2021, n. 39763. In dottrina, cfr. M. BASSINI, *La Cassazione e il simulacro del provider attivo*. Mala tempora currunt, in *MediaLaws*, n. 2, 2019, pp. 248 ss.

⁶⁸ Cfr. M. TRESKA, *Tutela dei diritti e responsabilità delle piattaforme online*, in C. GIUNTA (a cura di), "E-Constitution": *la metamorfosi dei diritti nell'era digitale*, cit., pp. 28-29.

⁶⁹ Così S. SASSI, *Disinformazione contro costituzionalismo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, p. 198.

⁷⁰ Cfr. Corte di Giustizia, sent. 3 ottobre 2019, C.18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Limited*.

Anche allo scopo di combattere pratiche di disinformazione, *fake news*⁷¹, *hate speeches*⁷², pirateria, *deep fakes*⁷³, è stata sviluppata una disciplina maggiormente attenta a tutelare la libertà di espressione degli individui, la loro reputazione, e i loro dati personali. In particolare, l'Unione europea è dapprima intervenuta con la decisione quadro 2008/913/GAI⁷⁴, volta ad armonizzare le normative degli Stati membri relativamente alla lotta contro gli *hate speech* a contenuto razzista o xenofobo. Invero, l'ingerenza nei diritti degli utenti è parsa «moltiplicata in ragione del ruolo importante che svolgono Internet e i motori di ricerca nella società moderna, i quali conferiscono alle informazioni contenute in un siffatto elenco di risultati carattere ubiquitario»⁷⁵. La proliferazione della disinformazione e la progressiva diffusione di messaggi d'odio e incitanti alla violenza, spesso favoriti dalla possibilità di intervenire in anonimo, hanno generato fenomeni distorsivi che minano la libertà di informazione⁷⁶.

Successivamente, la regolamentazione europea si è progressivamente incentrata sulla predisposizione di meccanismi di *soft law*, quali Codici di condotta, piani di azione e osservatori, che però consentivano ancora agli *Internet service providers* di fissare autonomamente e del tutto discrezionalmente le proprie *policies* per l'immissione dei contenuti *online*⁷⁷.

In particolare, è stato prima adottato, nel maggio 2016, il *Code of Conduct on countering illegal hate speech online*⁷⁸, sottoscritto dalle principali piattaforme digitali, volto a garantire l'adozione da parte dei *gatekeepers* di procedure interne tese a combattere gli *hate speeches*.

Il Codice richiedeva alle società di valutare «la maggior parte delle notifiche valide per la rimozione di espressioni di odio illegale in meno di 24 ore» e di rimuovere o disabilitare «l'accesso a tali contenuti, se necessario»⁷⁹. Ciò «alla luce delle loro regole e delle linee guida comunitarie e, se necessario, delle leggi

⁷¹ Sul tema, cfr. S. FLAMINIO, *Lotta alle fake news: dallo stato dell'arte a una prospettiva di regolamentazione per il "vivere digitale" a margine del Digital Service Act*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, n. 2, 2022, pp. 75 ss.; M.F. DE TULLIO, *Un diritto antitrust costituzionalmente orientato come strumento di regolazione delle piattaforme. Il caso delle fake news*, in M. SANTANIELLO (a cura di), *Lower the top. La sfida alle piattaforme digitali, tra sovranità statale e saperi sociali*, Il Mulino, Bologna, n. 25, 2021; R. PERRONE, *Fake news e libertà di manifestazione del pensiero: brevi coordinate in tema di tutela costituzionale del falso*, in *Nomos*, n. 2, 2018, pp. 1 ss. Si v. inoltre il [fasc. spec. della Rivista MediaLaws](#) dedicato al tema delle *fake news*.

⁷² Sul punto, cfr. G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, S. QUINTARELLI (a cura di), *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Egea, Milano, 2017, *passim*; L. CALIFANO, *La libertà di manifestazione del pensiero... in rete; nuove frontiere di esercizio di un diritto antico. Fake news, hate speech e profili di responsabilità dei social network*, in *federalismi.it*, n. 26, 2021, pp. 3 ss.

⁷³ Sul tema, cfr. M. CAZZANIGA, *Una nuova tecnica (anche) per veicolare disinformazione: le risposte europee ai deepfakes*, in *Media Laws*, n. 1, 2023, pp. 170 ss.

⁷⁴ Consiglio dell'Unione europea, [Decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio](#), del 28 novembre 2008, sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale.

⁷⁵ Corte di Giustizia, sent. 13 maggio 2014, C. 131/12, *Google Spain*, par. 83

⁷⁶ Sul tema, si rinvia a W. SCHULZ, *Roles and responsibilities of Information Intermediaries: Fighting disinformation as a test case for a Human Rights-Respecting Governance of Social Media Platform*, in *National Security, Technology and Law*, 2019, pp. 28 ss.

⁷⁷ Sulla regolazione europea nel settore digitale, da ultimo, ampiamente, F. PIZZETTI, *La regolazione europea della società digitale*, Giappichelli, Torino, 2024, *passim*.

⁷⁸ Rinvenibile alla [pagina dedicata sul sito della Commissione europea](#).

⁷⁹ *Code of Conduct on countering illegal hate speech online*, maggio 2016.

nazionali che recepiscono la decisione quadro 2008/913/GAI⁸⁰. A tal fine, gli ISPs erano tenuti a adottare propri *standard*, contenenti «principi e direttive necessari a fondare una disciplina comune della materia»⁸¹, e ad elaborare regole di condotta volte a prevenire discorsi d'odio e di violenza.

In questo modo, però, ogni piattaforma era libera di dotarsi di linee guida differenti e di valutare, caso per caso, se i contenuti fossero o meno censurabili. Si trattava, infatti, di una disciplina ancora incentrata su meccanismi di autoregolazione, ossia sulla «totale o prevalente attività di soggetti privati nel procedimento di produzione della regola» e «dall'inerenza a settori ordinamentali caratterizzati dalla presenza di preminenti interessi privatistici»⁸², ove i soggetti privati dettavano le regole che essi stessi dovevano applicare.

Successivamente, nel 2018, è stato adottato il *Code of Practice on Disinformation*⁸³ – poi modificato, in senso maggiormente restrittivo, nel 2022⁸⁴ –, volto a contrastare il fenomeno delle *fake news*⁸⁵.

Anche in tal caso, un ruolo regolatorio specifico era svolto dagli ISPs. La redazione del Codice stesso, infatti, è stata affidata a professionisti del settore digitale (tra cui rappresentanti del settore pubblicitario). Il Codice richiedeva alle piattaforme *online* di ridurre gli introiti provenienti dagli inserzionisti che perseguivano politiche di disinformazione e favoriva la trasparenza sul finanziamento dei messaggi a contenuto politico e gli sforzi per la rimozione degli *account* falsi, nonché lo sviluppo di strumenti di selezione delle informazioni «rilevanti, autentiche, accurate e autorevoli», così garantendo maggiore trasparenza in relazione alle eventuali attività censorie.

I citati interventi hanno, tuttavia, contribuito a generare una decisiva frammentazione del settore, poiché ogni piattaforma si è dotata di *policies* diverse, in assenza di criteri univoci e oggettivi. Non a caso, la

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Così P. BONINI, *L'autoregolamentazione dei principali Social Network. Una prima ricognizione delle regole sui contenuti politici*, in *federalismi.it*, n. 11, 2020, p. 266.

⁸² Tutti i virgolettati del periodo sono tratti da G. PAGANO, *Il Code of Practice on Disinformation. Note sulla natura giuridica di un atto misto di autoregolazione*, in *federalismi.it*, n. 11, 2019, p. 15.

⁸³ Disponibile alla [pagina dedicata sul sito della Commissione europea](#).

⁸⁴ *The Strengthened Code of Practice on Disinformation 2022*.

⁸⁵ In questo filone di interventi può inoltre collocarsi la legge n. 71 del 2017 sul *cyberbullismo*, che impone agli ISPs – qualora ricevano una segnalazione relativa a contenuti che, includendo dati personali di minori, possano considerarsi forme di cyberbullismo – di provvedere entro quarantotto ore. In quest'ottica, l'art. 1 comma 2, della legge precisa che per «cyberbullismo si intende qualunque forma di pressione, aggressione, molestia, ricatto, ingiuria, denigrazione, diffamazione, furto d'identità, alterazione, acquisizione illecita, manipolazione, trattamento illecito di dati personali in danno di minorenni, realizzata per via telematica, nonché la diffusione di contenuti online aventi ad oggetto anche uno o più componenti della famiglia del minore il cui scopo intenzionale e predominante sia quello di isolare un minore o un gruppo di minori ponendo in atto un serio abuso, un attacco dannoso, o la loro messa in ridicolo». Nello stesso senso si v., altresì, la legge tedesca per il miglioramento dell'applicazione del diritto nei *social network* (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz: NetzDG*), n. 61 del 2017, con cui i *providers* dei *social network* sono stati investiti del compito di rimuovere i contenuti considerati illeciti entro ventiquattro ore dalla ricezione di una segnalazione, laddove, però, gli illeciti non sono indicati tassativamente, lasciando gli ISPs liberi di porsi «quali sentinelle private della pubblica opinione» (così J. RINCEANU, *Verso una forma di polizia privata nello spazio digitale? L'inedito ruolo dei provider nella disciplina tedesca dei social networks*, in *Sist. penale*, 2021). Per approfondire il contenuto della legge tedesca, si rinvia alla [pagina dedicata sul sito del Senato](#).

Commissione è poi intervenuta, fornendo Linee guida che orientassero maggiormente l'attività degli ISPw⁸⁶.

Le procedure previste dai Codici apparivano ancora inadeguate, attesa «la genericità dei contenuti inerenti agli impegni assunti dalle piattaforme» e «“le maglie larghe” delle linee guida suggerite dalla Commissione», che assegnavano «inevitabilmente, proprio alle singole piattaforme – autrici del Codice – un ruolo definitorio importante nell'individuazione dei contenuti di “disinformazione”, tanto più rilevante in quanto nella specie si tratta di contenuti non illeciti e non necessariamente estranei all'orizzonte della libertà di espressione costituzionalmente tutelata»⁸⁷.

Anche la dottrina ha espresso un giudizio negativo sui Codici, basato sulla persistente diffusione di forme di «censura privata»⁸⁸, in assenza di trasparenza. Censure che, invece, spetterebbero all'autorità giudiziaria, trattandosi di operazioni di contemperamento degli interessi⁸⁹.

Eppure, benché i Codici fossero ancora deficitari, dal punto di vista definitorio e contenutistico, ma anche applicativo, tali interventi hanno segnato un mutamento di approccio da parte dell'Unione europea, ora orientata a collaborare con gli *Internet providers* al fine di garantire una maggiore regolazione del *web*⁹⁰.

Ad ogni modo, l'Unione europea è nuovamente intervenuta – questa volta con la direttiva 1808/2018/UE –, ponendo stringenti limiti alla disciplina della condivisione dei video, al precipuo scopo di tutelare i minori e gli utenti tutti da *hate speeches* e contenuti simili. Tuttavia, anche la direttiva conserva «un'impostazione simile a quella degli atti di *soft law* (gli anzidetti Codici di condotta), nel momento in cui delega alle piattaforme interventi più incisivi sui contenuti, con una discrezionalità più o meno ampia rispetto alla decisione di cancellarli o mantenerli nella memoria della rete»⁹¹. Così gli *Internet services providers*

⁸⁶ *Guidance of Strengthening the Code of Practice on Disinformation*, COM(2021), 262 final e *The Strengthened Code of Practice on Disinformation* (2022).

⁸⁷ Così R. NIRO, *Piattaforme digitali e libertà di espressione fra autoregolazione e coregolamentazione: note ricostruttive*, cit., p. 1387.

⁸⁸ Così M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione. Prospettive costituzionali e sovranazionali*, cit., p. 342.

⁸⁹ Tali rischi sarebbero, altresì, evidenziati dal caso Facebook. La piattaforma ha, infatti, creato un proprio sistema di giurisdizione privata interna, il c.d. *Oversight Board*, tenuto a valutare i contenuti *online*. Sul tema, in dottrina, si rinvia a A. BURATTI, *Il Facebook Oversight Board come problema: giustizia selvaggia nel Wild Web?*, in C. GIUNTA (a cura di), *“E-Constitution”: la metamorfosi dei diritti nell'era digitale*, cit., pp. 43 ss.; O. GRANDINETTI, *Facebook vs. CasaPound e Forza Nuova, ovvero la disattivazione di pagine social e le insidie della disciplina multilivello dei diritti fondamentali*, cit., pp. 188 ss.; A. IANNOTTI DELLA VALLE, *La giurisdizione privata nel mondo digitale al tempo della crisi della sovranità: il “modello” dell'Oversight Board di Facebook*, in *federalismi.it*, n. 26, 2021, pp. 144 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 Quad. cost.*, n. 2, 2021, pp. 428 ss.; M.E. BUCALO, *I volti della libertà di manifestazione del pensiero nell'era digitale. Content moderation e regolazione di un diritto in evoluzione*, cit., pp. 95 ss.

⁹⁰ Cfr. R. NIRO, *Piattaforme digitali e libertà di espressione fra autoregolamentazione e coregolamentazione: note ricostruttive*, cit., pp. 1386 ss.

⁹¹ Così M. TRESCA, *Tutela dei diritti e responsabilità delle piattaforme online*, in C. GIUNTA (a cura di), *“E-Constitution”: la metamorfosi dei diritti nell'era digitale*, cit., p. 33.

potevano erano ancora liberi di valutare – unilateralmente e discrezionalmente – i contenuti pubblicati *online*⁹².

5. Gli interventi più recenti. Il *Digital Services Act Package*

La svolta nella disciplina delle piattaforme digitali avviene con l’emanazione da parte dell’Unione europea del *Digital Services Act Package*⁹³, ossia dei Regolamenti UE 2022/2065 (c.d. *Digital Services Act* - DSA) e 2022/1925 (c.d. *Digital Markets Act* - DMA). Tali interventi evidenziano l’acquisita consapevolezza della necessità di regolamentare il settore digitale, imponendo ai gestori delle piattaforme una serie di obblighi, per garantire trasparenza e certezza del diritto. Si riconosce, infatti, in capo agli *Internet service providers*, un ruolo parapubblicistico, di controllo sulla comunicazione e sulla informazione.

Già con la direttiva 1808/2018/UE⁹⁴, relativa ai servizi audiovisivi, l’Unione europea aveva affermato l’importanza di tutelare maggiormente i diritti degli utenti (e, in particolare, i minori), affiancando all’autoregolazione strumenti di co-regolazione, pur non riconoscendo alcuna responsabilità in capo agli ISPs per i contenuti pubblicati in rete.

Il pacchetto sui servizi digitali, frutto di un lungo *iter* istituzionale⁹⁵, innova la disciplina vigente, imponendo precisi oneri procedurali agli *Internet service providers*, al fine di garantire maggiore sorveglianza del settore. Esso mira a favorire l’affermazione della nozione di sovranità digitale⁹⁶, intesa come costruzione di una struttura normativa volta ad arginare i rischi derivanti da una società governata dalle *Big tech*, capace di influenzare, significativamente, il contesto politico, economico e sociale⁹⁷.

⁹² Tale linea è stata seguita dagli Stati membri. In Italia, per esempio, con la legge n. 71 del 2017, le piattaforme digitali sono state delegate a valutare gli eventuali contenuti di cyberbullismo.

⁹³ Cfr. la pagina dedicata sul sito del [Consiglio europeo](#).

⁹⁴ Direttiva recepita dall’Italia con l’art. 3, della legge delega n. 53 del 2021.

⁹⁵ Sull’*iter* di elaborazione del DSA, cfr. [S.F. SCHWEMER, Digital Services Act: A Reform of the e-Commerce Directive and Much More, prepared for A. Savin, Research Handbook on EU Internet Law, ottobre 2022, pp. 1 ss.](#)

⁹⁶ Espressione di Ursula Von der Leyen, Presidente della Commissione europea, durante il discorso sullo stato dell’Unione del 16 settembre 2020. In dottrina, cfr. L. FLORIDI, *The Fight for Digital Sovereignty: What It Is, and Why It Matters, Especially for the EU*, in *Philosophy and Technology*, n. 33, 2020, pp. 369 ss.; A. IANNUZZI, *Le fonti del diritto dell’Unione europea per la disciplina della società digitale*, in F. PIZZETTI, *La regolazione europea della società digitale*, cit., pp. 9 ss.

⁹⁷ Criticamente, T.E. FROSINI, *L’ordine giuridico del digitale*, cit., pp. 58-59, secondo cui «L’ordine giuridico del digitale, quale statuto di norme, da intendersi come strutturata regolazione e codificazione, appare quale il metodo meno indicato per provare a dare un ordine giuridico al complesso mondo delle piattaforme digitali. Ecco perché non è da condividere la scelta della UE, peraltro opposta a quella adottata negli USA, di regolare gli sregolati con un profluvio di norme di dettaglio, alcune delle quali di difficile attuazione e pertanto rimandate alla concreta applicazione da parte dei singoli Stati. Come se fossero direttive più che regolamenti».

A tal fine, il *Digital Services Act* (DSA) mira a regolamentare i servizi digitali, promuovendo politiche di trasparenza a tutela degli utenti⁹⁸. Esso favorisce un «*safe, predictable and trusted online environment*» (art. 1, comma 1), responsabilizzando gli *host* contro *hate speeches* e disinformazione *online*⁹⁹.

Il Regolamento si sviluppa lungo due crinali: quello del costituzionalismo digitale, teso a tutelare i diritti fondamentali dei cittadini nello spazio pubblico digitale, inasprendo i poteri di controllo e sanzionatori e incrementando le misure preventive volte a proceduralizzare l'attività delle piattaforme e ad evitare la diffusione di contenuti illeciti; e quello del sovranismo digitale, volto a ridefinire l'azione dei soggetti in rete, sia pubblici, che privati (nonché gli utenti), nell'ottica di una regolamentazione collaborativa (co-regolata) con i gli *Internet service providers*¹⁰⁰.

Il *Digital Markets Act* (DMA), invece, mira a prevenire lo sviluppo di pratiche di concorrenza sleale, individuando le principali piattaforme digitali, c.d. *gatekeepers*¹⁰¹, ossia quelle piattaforme detentrici di un potere di mercato tale da poterne controllare e condizionare l'ingresso da parte degli altri imprenditori, generando dei veri e propri oligopoli¹⁰². Mediante l'imposizione di obblighi *ex ante* nei confronti delle piattaforme che rivestono tale posizione rilevante, la normativa intende evitare la creazione di posizioni asimmetriche e concentrazioni di potere nel mercato digitale¹⁰³.

A tal fine, il DMA sancisce il diritto degli utenti commerciali ad accedere ai dati generati dall'utilizzo della piattaforma, l'obbligo di fornire alle imprese pubblicitarie, che utilizzano la piattaforma, tutte le

⁹⁸ Com'è evidenziato nella Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Plasmare il futuro digitale dell'Europa*, 19 febbraio 2020, in particolare all'art. 2, par. 2, secondo cui «la sovranità tecnologica europea inizia dal garantire l'integrità e la resilienza dell'infrastruttura di dati, delle reti e delle comunicazioni e richiede la creazione delle giuste condizioni affinché l'Europa possa sviluppare e utilizzare le proprie capacità chiave, riducendo in tal modo la dipendenza da altre parti del mondo per le tecnologie più importanti. Tali capacità rafforzeranno l'abilità dell'Europa nel definire le proprie regole e i propri valori nell'era digitale».

⁹⁹ Sul punto, cfr. O. POLLICINO, P. DUNN, *Disinformazione e intelligenza artificiale nell'anno delle global elections: rischi (ed opportunità)*, in *federalismi.it*, n. 12, 2024, spec. pp. V ss.; G. RUTOLO, *Le proposte europee di riforma della responsabilità dei fornitori di servizi su Internet*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, n. 1, 2022, pp. 19 ss.

¹⁰⁰ Sul tema, cfr. M. SANTANIELLO, *Sovranità digitale e diritti fondamentali: un modello europeo di Internet governance*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, n. 1, 2022, pp. 47 ss.; F. PARUZZO, *I sovrani della rete. Piattaforme digitali e limiti costituzionali al potere privato*, cit., *passim*; S. POLI, *Il rafforzamento della sovranità tecnologica europea e il problema delle basi giuridiche*, in *AISDUE*, n. 5, 2021, pp. 69 ss.

¹⁰¹ L'art. 2 del DMA definisce il *gatekeeper* come «un'impresa che fornisce servizi di piattaforma di base» e il successivo art. 3 stabilisce le modalità per la designazione degli stessi. In particolare, al par. 1 dell'art. 3, si prevede che «Un'impresa è designata come *gatekeeper* se: a) ha un impatto significativo sul mercato interno; b) fornisce un servizio di piattaforma di base che costituisce un punto di accesso (*gateway*) importante affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali; e c) detiene una posizione consolidata e duratura, nell'ambito delle proprie attività, o è prevedibile che acquisisca siffatta posizione nel prossimo futuro».

¹⁰² Cfr. G. TIBERI, *L'irresistibile ascesa della sovranità digitale europea*, in G. FERRI (a cura di), *Diritto e nuove tecnologie*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022, pp. 181 ss.

¹⁰³ Sul tema, si rinvia a G. CONTALDI, *Il DMA (Digital Markets Act) tra tutela della concorrenza e protezione dei dati personali*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, n. 2, 2021, p. 293 e M. OROFINO, *Il Digital Market Act: una regolazione asimmetrica a cavallo tra diritto della protezione dei dati e diritto antitrust*, in F. PIZZETTI, *La regolazione europea della società digitale*, cit., pp. 175 ss.

informazioni utili affinché queste possano svolgere verifiche indipendenti delle inserzioni immesse, l'obbligo di consentire agli utenti commerciali di stipulare contratti con i clienti anche al di fuori della piattaforma, nonché il divieto per i *gatekeepers* di offrire un trattamento di maggior favore ai prodotti immessi sulla propria piattaforma, rispetto a prodotti analoghi forniti da terzi su altre piattaforme, il divieto di impedire agli utenti finali la circolarità dei propri dati e la possibilità di disinstallare *software* precedentemente scaricati.

La normativa prevede, inoltre, l'obbligo in capo ai *gatekeepers* di segnalare alla Commissione eventuali concentrazioni di potere che coinvolgono altri ISPs, con la facoltà per l'Istituzione europea di imporre sanzioni o rimedi strutturali.

Entrambi i Regolamenti si fondano sul principio della co-regolazione¹⁰⁴. Ciononostante, sembra permanere l'impostazione che assegna «alle piattaforme private, che dominano il mercato digitale – peraltro coinvolte nel futuro processo di definizione e approvazione dei contenuti del pacchetto – il potere (sostanziale) di effettuare [...] interventi di “moderazione”, individuando quali contenuti ammettere e quali rimuovere (un potere, quindi, di autoregolazione), in linea con condizioni generali di contratto da loro unilateralmente fissate o anche con codici di condotta che, comunque, hanno contribuito ad elaborare, in virtù di quanto ad esse espressamente riconosciuto»¹⁰⁵. In questo senso, si registrerebbe una «torsione dell'idea di sovranità»¹⁰⁶ – dovuta all'assunzione da parte di soggetti privati di funzioni regolatorie tipicamente riservate all'autorità pubblica – che incide, significativamente, su diritti fondamentali dei cittadini, nonché sul sistema delle fonti¹⁰⁷.

Per tali ragioni, parte della dottrina¹⁰⁸ critica l'impostazione del pacchetto sui servizi digitali, sostenendo che, in questo modo, i gestori delle piattaforme digitali avrebbero ancora la facoltà di vietare, discrezionalmente, contenuti da essi considerati dannosi o illeciti (benché non illegali), compromettendo così la libertà di espressione degli utenti.

¹⁰⁴ Cfr. G. MOBILIO, *L'Intelligenza Artificiale e i rischi di una «disruption» della regolamentazione giuridica*, in *BioLaw Journal*, n. 2, 2020, pp. 401 ss., secondo cui «La co-regulation, d'altro canto, può rappresentare il mezzo più idoneo per soddisfare la necessità che il diritto si riappropri degli spazi che gli spettano nell'assunzione della decisione pubblica a contenuto e valenza tecnica. Essa, cioè, costituisce il tentativo forse più adeguato per contemperare le ragioni della tecnica e della sua incessante innovazione, le quali di per sé non costituiscono certo un disvalore, con la pretesa delle norme giuridiche di orientarle soprattutto verso i valori costituzionali» (415). Sul punto, cfr. altresì M.E. BUCALO, *I volti della libertà di manifestazione del pensiero nell'era digitale. Content moderation e regolazione di un diritto in evoluzione*, cit., pp. 206 ss.

¹⁰⁵ Così R. NIRO, *Piattaforme digitali e libertà di espressione*, cit., p. 1390.

¹⁰⁶ Così A. VEDASCHI, *Intelligenza artificiale e misure di antiterrorismo alla prova del diritto costituzionale*, in *Consulta online, Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 2020, p. 501.

¹⁰⁷ In questo senso, N. MACCABIANI, *Co-regolamentazione, nuove tecnologie, e diritti fondamentali*, cit., pp. 56 ss.

¹⁰⁸ Cfr., *ex multis*, G. DE MINICO, *Fundamental Rights European digital regulation and algorithmic challenge*, in *Media Laws*, n. 1, 2021, spec. pp. 21 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *The EU regulation of speech. A critical view*, in *MediaLaws*, n. 1, 2023, pp. 12 ss.

Anche in tal caso, infatti, il tema si rivela intrinsecamente problematico, in quanto riflette la difficoltà di identificare una netta linea di demarcazione tra la libertà di espressione e il diritto ad essere informati. Qui emergono questioni mai risolte, connesse ai limiti entro cui la libertà di espressione può estendersi, senza oltrepassare la “domanda” di informazione e senza ledere la dignità e i diritti ad essa connessi. Eppure, sebbene i Regolamenti protraggano una politica di esenzione degli *Internet service providers* da forme effettive di responsabilità per i contenuti pubblicati, essi impongono diversi obblighi di trasparenza, costringendo le piattaforme a rendere pubbliche numerose informazioni e parametri utilizzati¹⁰⁹. In tal senso, si intende tutelare l'autodeterminazione informativa e l'identità personale, cercando di «evitare che le proprie preferenze vengano (inconsapevolmente) eterodirette cristallizzando, quando non guidando, le scelte commerciali o, più genericamente, di vita. L'obiettivo sembra così essere quello di rendere i cittadini consapevoli delle decisioni che sono chiamati a prendere nello spazio digitale, dando loro non solo gli strumenti, ma anche e soprattutto la consapevolezza di come possono partecipare al discorso pubblico»¹¹⁰.

5.1. Il *Digital Services Act*

Il *Digital Services Act*, in particolare, superando l'impostazione contenuta nei Codici di condotta, promuove la tutela dei diritti fondamentali dei cittadini mediante azioni di *content moderation* e la fissazione di una serie regole e procedure volte ad assicurare il rispetto del principio di legalità, la trasparenza e la limitazione della discrezionalità dei *providers*.

In quest'ottica, il DSA interviene, in chiave riequilibratrice, sulla frammentazione dello spazio pubblico¹¹¹. Esso individua, in una logica *ex ante*, gli eventuali rischi e gli *iter* da seguire al fine di scongiurare la “subordinazione” dell'utente alle piattaforme digitali¹¹².

Per la prima volta, viene fornita una esplicita definizione normativa dell'attività di moderazione dei contenuti, quale insieme di «attività, automatizzate o meno, svolte dai prestatori di servizi intermediari con il fine, in particolare, di individuare, identificare e contrastare contenuti illegali e informazioni incompatibili con le condizioni generali, forniti dai destinatari del servizio, comprese le misure adottate che incidono sulla disponibilità, sulla visibilità e sull'accessibilità di tali contenuti illegali o informazioni, quali la loro retrocessione, demonetizzazione o rimozione o la disabilitazione dell'accesso agli stessi, o

¹⁰⁹ Art. 26, par. 1, lett. d) del DSA.

¹¹⁰ Così F. PARUZZO, *I sovrani della rete. Piattaforme digitali e limiti costituzionali al potere privato*, cit., p. 209.

¹¹¹ Cfr. O. POLLICINO, G. DE GREGORIO, *L'alba di nuove responsabilità sulle piattaforme digitali: il Digital Services Act*, in *Agenda Digitale*, 15 dicembre 2020.

¹¹² Sul punto, cfr. E. LONGO, *La disciplina del “rischio digitale”*, in F. PIZZETTI, *La regolazione europea della società digitale*, cit., spec. pp. 75 ss.

che incidono sulla capacità dei destinatari del servizio di fornire tali informazioni, quali la cessazione o la sospensione dell'account di un destinatario del servizio»¹¹³.

Un'altra delle novità introdotte dal DSA riguarda l'ambito di applicazione territoriale: l'art. 2, par. 1, del Regolamento, precisa, infatti, che le norme in esso contenute si applicano «ai servizi intermediari offerti a destinatari il cui luogo di stabilimento si trova nell'Unione o che sono ubicati nell'Unione, indipendentemente dal luogo di stabilimento dei prestatori di tali servizi». È sufficiente, dunque, che gli intermediari offrano i loro servizi in Europa, mediante un collegamento sostanziale con soggetti destinatari stabiliti o residenti in Europa, perché si applichi il DSA.

Il Regolamento impone poi una serie di obblighi di vigilanza in capo agli *Internet providers*, diversificando gli interventi a seconda del tipo di servizio offerto e della dimensione dell'intermediario¹¹⁴.

A tal fine, sono previsti sia obblighi di carattere generale, validi per tutte le piattaforme digitali, sia obblighi specifici, posti a carico delle c.d. *Very large Online platforms* (VLOPs), individuate dalla Commissione europea sulla base di determinati parametri¹¹⁵.

Tutti i gestori delle piattaforme sono tenuti a rispettare gli adempimenti indicati, onde evitare di incorrere in forme di responsabilità per contenuti illegali o, comunque, in sanzioni pecuniarie. Infatti, benché l'inosservanza di tali obblighi non determini automaticamente la responsabilità degli ISP, essa «ha un riflesso significativo sull'esenzione legata alla effettiva conoscenza di un contenuto o di un'attività illegale. Motivo per cui è difficile negare che essi possano incidere sulla [loro] responsabilità»¹¹⁶. In ogni caso, l'inadempimento di tali obblighi può comportare sanzioni pecuniarie piuttosto ingenti.

L'obiettivo principale del Regolamento è quello di creare un quadro normativo europeo armonizzato, che garantisca un adeguato sviluppo della *content moderation* e individui le diverse forme di responsabilità condizionata degli *internet providers*¹¹⁷. L'idea è che «un comportamento responsabile e diligente da parte dei prestatori di servizi intermediari è essenziale per un ambiente *online* sicuro, prevedibile e affidabile e

¹¹³ Art. 3, par. 1, lett. t), DSA.

¹¹⁴ Sulla disciplina contenuta nel DSA, cfr. ampiamente M. OROFINO, *Il Digital Service Act tra continuità (solo apparente) ed innovazione*, in F. PIZZETTI, *La regolazione europea della società digitale*, cit., spec. pp. 136 ss., il quale, in relazione all'ambito di applicazione del DSA, chiarisce che «il concetto di intermediario è un *genus* ampio, flessibile e adattativo» e che, pertanto, si possono individuare tre tipi di servizi intermediari: di mero trasporto (*mere conduit*) e di memorizzazione di informazioni, temporanea (*caching*), o stabile (*hosting*), così come già previsto dalla direttiva 2000/31/CE (direttiva *e-commerce*).

¹¹⁵ Art. 33, par. 1, DSA, secondo cui si tratta di «piattaforme *online* e motori di ricerca *online* che hanno un numero medio mensile di destinatari attivi del servizio nell'Unione pari o superiore a 45 milioni e che sono designati come piattaforme *online* di dimensioni molto grandi o motori di ricerca *online* di dimensioni molto grandi». Sul tema, cfr. O. POLLICINO, G. DE GREGORIO, M. BASSINI, *Verso il Digital Services Act: problemi e prospettive. Presentazione del simposio*, in *Media Laws*, 23 novembre 2020.

¹¹⁶ In questo senso, M. OROFINO, *Il Digital Service Act tra continuità (solo apparente) ed innovazione*, in F. PIZZETTI, *La regolazione europea della società digitale*, cit., p. 143 e p. 169.

¹¹⁷ In questo senso, il Considerando 16) e l'art. 1, par. 2, lett. a) del DSA. In dottrina, cfr. F. CASOLARI, *Il Digital Services Act e la costituzionalizzazione dello spazio digitale europeo*, in *Giur. it.*, n. 2, 2024, pp. 462 ss.

per consentire ai cittadini dell'Unione e ad altre persone di esercitare i loro diritti fondamentali garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in particolare la libertà di espressione e di informazione, la libertà di impresa, il diritto alla non discriminazione e il conseguimento di un livello elevato di protezione dei consumatori»¹¹⁸.

Per quanto concerne gli obblighi procedurali di carattere generale, è prevista la possibilità per gli utenti di effettuare segnalazioni sui contenuti illegali presenti nelle piattaforme. Il DSA individua le informazioni che occorre necessariamente indicare nella segnalazione, l'ordine prioritario delle stesse – distinto in base al grado di attendibilità dei soggetti che notificano il contenuto¹¹⁹ –, nonché l'obbligo, a carico dei *providers*, di motivare le restrizioni o sanzioni imposte (come la rimozione dei messaggi), così da consentire agli utenti di comprendere le ragioni della limitazione, in chiave di trasparenza. Nella motivazione occorre indicare in modo «chiaro e specifico» le ragioni per le quali i contenuti siano ritenuti illegali o incompatibili con le condizioni generali della piattaforma¹²⁰ e occorre fornire «informazioni chiare e di facile comprensione sui mezzi di ricorso a disposizione del destinatario del servizio in relazione alla decisione, in particolare, se del caso, attraverso i meccanismi interni di gestione dei reclami, la risoluzione extragiudiziale delle controversie e il ricorso per via giudiziaria»¹²¹. È, infatti, previsto un sistema di amministrazione dei reclami interno, gratuito e di facile accesso¹²², nonché un *Board* deputato alla risoluzione di tali tipi di controversie, che si affianca ai classici rimedi giurisdizionali.

Il Regolamento sancisce l'obbligo di predisporre e rendere pubbliche le «politiche, le procedure, le misure e gli strumenti utilizzati ai fini della moderazione dei contenuti, compresi il processo decisionale algoritmico e la verifica umana»¹²³ e di redigere «relazioni chiare e facilmente comprensibili sulle attività di moderazione dei contenuti svolte durante il periodo di riferimento»¹²⁴. Tali relazioni devono contenere indicazioni: sulle attività di moderazione dei contenuti compiute di propria iniziativa, con la «descrizione qualitativa, la descrizione delle finalità precise, gli indicatori di accuratezza e il possibile tasso di errore

¹¹⁸ Considerando 3), DSA.

¹¹⁹ Cfr. l'art. 22 del DSA, secondo cui «I fornitori di piattaforme online adottano le misure tecniche e organizzative necessarie per garantire che alle segnalazioni presentate dai segnalatori attendibili», i c.d. *trusted flaggers*.

¹²⁰ Art. 17, par. 1, DSA. In particolare, il par. 1 prevede che: «I prestatori di servizi di memorizzazione di informazioni forniscono a tutti i destinatari del servizio interessati una motivazione chiara e specifica per le seguenti restrizioni imposte a motivo del fatto che le informazioni fornite dal destinatario del servizio costituiscono contenuti illegali o sono incompatibili con le proprie condizioni generali: a) eventuali restrizioni alla visibilità di informazioni specifiche fornite dal destinatario del servizio, comprese la rimozione di contenuti, la disabilitazione dell'accesso ai contenuti o la retrocessione dei contenuti; b) la sospensione, la cessazione o altra limitazione dei pagamenti in denaro; c) la sospensione o la cessazione totale o parziale della prestazione del servizio; d) la sospensione o la chiusura dell'*account* del destinatario del servizio».

¹²¹ Art. 17, par. 3, lett. f), DSA.

¹²² Art. 20, DSA.

¹²³ Art. 14, par. 1, DSA.

¹²⁴ Art. 15, par. 1, DSA.

degli strumenti automatizzati utilizzati nel perseguimento di tali scopi e le eventuali garanzie applicate»¹²⁵; sulle misure tese a fornire un'adeguata formazione agli operatori incaricati del *private enforcement*; sul numero, la tipologia di sanzioni irrogate e la metodologia utilizzata, classificandole in base al contenuto illegale; sul numero di segnalazioni ricevute.

Ai sensi dell'art. 16, par. 1, del Regolamento, «I prestatori di servizi di memorizzazione di informazioni predispongono meccanismi per consentire a qualsiasi persona o ente di notificare loro la presenza nel loro servizio di informazioni specifiche che tale persona o ente ritiene costituiscano contenuti illegali. Tali meccanismi sono di facile accesso e uso e consentono la presentazione di segnalazioni esclusivamente per via elettronica».

I suddetti obblighi procedurali mirano a prevenire dinamiche di disinformazione, di diffusione di discorsi d'odio e di incitazione alla violenza, nonché – mediante meccanismi di *disclaimer* – a garantire agli utenti in rete piena consapevolezza delle proprie scelte¹²⁶. A tal fine, è stato, altresì, introdotto l'obbligo «di progettare, organizzare e gestire le interfacce *online* in modo da non ingannare e manipolare i destinatari dei servizi [...]; esplicitare i parametri utilizzati nei sistemi di raccomandazione [...] e di indicare in maniera “inequivocabile” quando un contenuto suggerito sia da considerare pubblicità, oltre ai committenti e ai soggetti sponsorizzati dall'avviso commerciale»¹²⁷.

Inoltre, ai sensi dell'art. 23, par. 1, i *providers* sono tenuti a sospendere «per un periodo di tempo ragionevole la prestazione dei loro servizi ai destinatari del servizio che con frequenza forniscono contenuti manifestamente illegali».

Il Regolamento chiarisce, poi, che il meccanismo delle segnalazioni deve essere obbligatoriamente utilizzato solo nel caso di contenuti illegali e non anche per violazioni delle condizioni generali d'uso¹²⁸, per le quali spetta agli *internet providers* l'eventuale scelta di estenderne la disciplina.

Emerge, tuttavia, come «la regola chiave rimane quella di una generale irresponsabilità del fornitore fino al momento di venuta a conoscenza del contenuto illegale: quest'ultimo fungerebbe da *dies a quo* dal quale emergerebbe un dovere di rapida attivazione per individuare la fonte, bloccare la disseminazione del contenuto nonché impedirne l'accessibilità»¹²⁹.

¹²⁵ Art. 15, par. 1, lett. e), DSA.

¹²⁶ Sul punto, cfr. M.R. ALLEGRI, *Il futuro digitale dell'Unione europea: nuove categorie di intermediari digitali, nuove forme di responsabilità*, in *Riv. ita. di informatica e diritto*, n. 2, 2021, pp. 14 ss.

¹²⁷ Così C. CARUSO, *Il tempo delle istituzioni di libertà. Piattaforme digitali, disinformazione e discorso pubblico europeo*, cit., p. 559, in riferimento agli artt. 26 e 27 del DSA.

¹²⁸ Cfr. L. D'AGOSTINO, *Disinformazione e obblighi di compliance degli operatori del mercato digitale alla luce del nuovo Digital Services Act*, in *MediaLaws*, n. 2, 2023, p. 24.

¹²⁹ Così G. VASINO, *Censura “privata” e contrasto all'hate speech nell'era delle Internet Platforms*, in *federalismi.it*, n. 4, 2023, p. 149.

Per quanto concerne gli obblighi a carico dei VLOPs, ossia dei fornitori delle piattaforme *online* di dimensioni molto grandi, essi sono tenuti a individuare, analizzare e valutare «con diligenza gli eventuali rischi sistemici nell’Unione derivanti dalla progettazione o dal funzionamento del loro servizio e dei suoi relativi sistemi, compresi i sistemi algoritmici, o dall’uso dei loro servizi»¹³⁰. Tale valutazione deve essere specifica e proporzionata ai rischi sistemici e deve comprendere: dibattito civico, processi elettorali e sicurezza pubblica.

La Commissione europea può, altresì, imporre misure «specifiche, efficaci e proporzionate», laddove «circostanze eccezionali comportano una grave minaccia per la sicurezza pubblica o la salute pubblica nell’Unione»¹³¹.

Il DSA predispose, poi, un sistema di sanzioni e controlli, a carico degli Stati membri – per la sorveglianza del rispetto degli obblighi a carattere generale – e della Commissione stessa, per gli obblighi a carico dei VLOPs¹³². È, inoltre, costituito un meccanismo di raccordo tra questi due binari, affidato al Comitato europeo per i servizi digitali, di cui fanno parte i coordinatori nazionali dei servizi digitali e la Commissione europea¹³³.

Ogni Stato deve, dunque, individuare le autorità a cui affidare la vigilanza sull’applicazione del Regolamento e, per evitare una frammentazione dei compiti¹³⁴, il coordinatore dei servizi digitali è incaricato di armonizzare l’attività delle diverse autorità domestiche, «in modo imparziale, trasparente e tempestivo»¹³⁵. A tal fine, il Paese di appartenenza deve fornire alle autorità competenti le risorse «tecniche, finanziarie e umane»¹³⁶ necessarie a svolgere i propri poteri di indagine e di esecuzione «in merito alla condotta dei fornitori di servizi intermediari che ricadono nella competenza del loro Stato membro»¹³⁷.

L’art. 52 del DSA prevede, inoltre, che spetta agli Stati membri stabilire le norme relative alle sanzioni applicabili in caso di violazione del Regolamento da parte degli *Internet service providers* e «adottare tutte le misure necessarie per assicurarne l’applicazione»¹³⁸.

¹³⁰ Art. 34, par. 1, DSA.

¹³¹ Art. 36, par. 2, DSA. In dottrina, criticamente, V. ZENO ZENCOVICH, *The EU regulation of speech. A critical view*, cit., p. 14, secondo cui «*The “very large online platforms” are therefore entrusted with a policing role that public authorities are not able to perform. In substance, a fundamental right such as that of expression that in our technological environment can be put into practice only through the Internet and intermediary services and platforms will be subject to algorithmic preventive censorship*».

¹³² Art. 56, DSA.

¹³³ Artt. 61 e 62 del DSA.

¹³⁴ Come evidenziato da L. TORCHIA, *I poteri di vigilanza, controllo e sanzionatori nella regolazione europea della trasformazione digitale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4, 2022, p. 1109.

¹³⁵ Artt. 50 e 51, DSA, che elencano dettagliatamente i relativi poteri.

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ Art. 51, par. 1, DSA.

¹³⁸ Art. 52, par. 2, DSA.

6. I rischi di una società digitale disintermediata

Lo studio condotto restituisce un panorama in cui lo sviluppo del pluralismo comunicativo e la proliferazione delle piattaforme digitali hanno condotto alla creazione di spazi sociali nuovi, i quali pretendono un'adeguata risposta ordinamentale. Lo sviluppo della rete incide sulla libertà di espressione di cui all'art. 21 della Costituzione, richiedendo un nuovo approccio metodologico, che intenda il diritto di manifestazione di pensiero non quale mera libertà negativa, secondo il paradigma liberale, bensì quale libertà positiva, che impone interventi istituzionali e di regolamentazione¹³⁹.

In altri termini, «le situazioni di libertà connesse all'art. 21 Cost., individuano le coordinate del discorso pubblico, uno spazio istituzionale ove hanno luogo interazioni comunicative che, attraverso il conflitto tra opposte visioni del mondo, legittimano sul piano sostanziale i meccanismi procedurali del circuito democratico-rappresentativo»: di conseguenza, il discorso pubblico «richiede perciò un'impalcatura istituzionale che protegga l'apertura dei canali di formazione della sfera pubblica dai processi di privatizzazione e *self-closed fragmentation* realizzati dalle grandi *corporationis* del *Web*»¹⁴⁰.

Oggi, si pone, dunque, l'esigenza di una istituzionalizzazione del fenomeno e di una procedimentalizzazione e regolazione di tali dinamiche, così da garantire la libertà di espressione in modo eguale a tutti gli individui, nel rispetto, innanzitutto, degli artt. 2 e 3 della Costituzione. I canali tradizionali hanno ceduto il passo a Internet e ai *social network*, influenzando il dibattito pubblico¹⁴¹.

In quest'ottica, pare utile tornare a riflettere sulla nozione di “sovranità digitale”, da intendersi non nell'accezione di sovranità delle piattaforme *online* e, quindi, dei *providers* privati, bensì quale sovranità del pubblico sulla rete, ossia quale regolazione pubblica di tali attività sul *web*¹⁴².

È emerso, infatti, che l'espansione della rete, pur favorendo forme di «autocomunicazione di massa»¹⁴³ e pluralismo informativo, abbia, contestualmente, svilito il ruolo regolatorio dei pubblici poteri, favorendo una frammentazione del settore¹⁴⁴.

¹³⁹ In questo senso, più in generale, già A. BARBERA, *Articolo 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Artt. 1-12. Principi fondamentali*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 1975, pp. 50 ss. Nonché, specificamente, sul punto, C. CARUSO, *Il tempo delle istituzioni di libertà. Piattaforme digitali, disinformazione e discorso pubblico europeo*, in *Quad. cost.*, n. 3, 2023, pp. 543 ss.; M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, cit., pp. 166 ss.

¹⁴⁰ Così C. CARUSO, *Il tempo delle istituzioni di libertà. Piattaforme digitali, disinformazione e discorso pubblico europeo*, cit., p. 544.

¹⁴¹ In relazione, specificamente, a tale transizione, cfr. *ex multis*, L. CALIFANO, *La libertà di manifestazione del pensiero... in rete; nuove frontiere di esercizio di un diritto antico*, cit., pp. 3 ss.; G.L. CONTI, *Manifestazione del pensiero attraverso la rete e trasformazione della libertà di espressione: c'è ancora da ballare per strada?*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2018, pp. 202 ss.; Y. BENKLER, *The Wealth of Networks: How social production transforms markets and freedom*, Yale University Press, Yale, 2006.

¹⁴² Cfr. G. FINOCCHIARO, *La sovranità digitale*, in *Dir. pubblico*, n. 3, 2022, pp. 809 ss.; L. FLORIDI, *The Fight for Digital Sovereignty: What It Is, and Why It Matters, Especially for the EU*, cit., p. 371.

¹⁴³ Così M. CASTELLS, *Comunicazione e potere*, Università Bocconi Editore, Milano, 2009, p. XXI.

¹⁴⁴ Sul tema, cfr. C.R. SUNSTEIN, *#republic. La democrazia nell'epoca dei social media*, cit., *passim*.

Si è assistito così all'affermazione di una società dell'informazione del tutto disintermediata da attori pubblici¹⁴⁵, con uno «slittamento di potere» verso i gestori delle piattaforme digitali, i quali «non solo operano costantemente oltre le frontiere nazionali, ma esercitano funzioni tradizionalmente appannaggio della statualità [...] potenzialmente antagonista al valore della persona umana e alle modalità di funzionamento dei sistemi democratici»¹⁴⁶. Il crescente potere assunto dalle grandi società *providers*, infatti, ha consentito loro di incidere sulla libertà di informazione e comunicazione dei cittadini, profilando le notizie mediante algoritmi, *cookies* e raccolta di dati personali, contribuendo ad una selezione e organizzazione unilaterale dei contenuti immessi *online*¹⁴⁷.

In questo modo, le piattaforme hanno finito per influenzare «i comportamenti, il clima sociale e financo la percezione della verità: l'avvento della società di massa [ha] segna[to] una mutazione della menzogna politica, intesa come negazione della corrispondenza tra i fatti rilevanti per la polis e la loro descrizione»¹⁴⁸. In questo senso, flussi di informazione assumono parvenza di verità solo perché si diffondono enormemente, così causando la disinformazione, ossia il proliferarsi di notizie che ingannano il pubblico¹⁴⁹.

Al contempo, i gestori delle piattaforme digitali sono stati legittimati a adottare, unilateralmente, propri *standard* e condizioni di utilizzo per l'immissione di contenuti in rete. Di conseguenza, essi hanno potuto veicolare le informazioni e scegliere i contenuti da rimuovere, nonché individuare le relative sanzioni, potendo, altresì, costituire propri *Board* interni, incaricati di giudicare sulla scelta di rimuovere dei contenuti¹⁵⁰. Questo perché i contenuti contrari a quegli *standard*, considerati dannosi o illegittimi, sono altro rispetto agli illeciti ordinamentali.

Tali vicende, proliferate, tra l'altro, dall'emergenza pandemica, hanno richiesto interventi normativi finalizzati alla affermazione di un «costituzionalismo digitale», mediante «istituti di libertà»¹⁵¹, ossia mediante interventi del decisore pubblico a tutela della libertà di espressione e, più in generale, dei principi

¹⁴⁵ Cfr. J. BALKIN, *Old-school/new-school speech regulation*, in *Harvard Law Review*, n. 127, 2014, pp. 2304 ss., il quale precisa che «The “disintermediation” often associated with the Internet does not involve the abolition of media gatekeepers but rather the substitution of one kind of infrastructure for another».

¹⁴⁶ Tutti i virgolettati del periodo sono tratti da C. CARUSO, *Il tempo delle istituzioni di libertà. Piattaforme digitali, disinformazione e discorso pubblico europeo*, cit., p. 553.

¹⁴⁷ Sul tema, cfr. L. FLORIDI, *The Fourth Revolution. How the Infosphere is Reshaping Human Reality*, OUP, New York, 2014; J. HABERMAS, *Reflections and Hypotheses on a Further Structural Transformation of the Political Public Sphere*, in *Theory, Culture & Society*, vol. 39, n. 4, 2022, pp. 145 ss.

¹⁴⁸ Così C. CARUSO, *Il tempo delle istituzioni di libertà. Piattaforme digitali, disinformazione e discorso pubblico europeo*, cit., p. 549.

¹⁴⁹ In questo senso, si v. European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Tackling online disinformation: a European Approach*, COM(2018), 236 final.

¹⁵⁰ Sul punto, cfr. E. DOUEK, *The Meta Oversight Board and the Empty Promise of Legitimacy*, in *Harvard Journal of Law, & Technology*, n. 37, 2024; O. POLLICINO, *General Report*, in ID. (a cura di), *Freedom of Speech and the Regulation of Fake News*, Intersentia, Cambridge, 2023, pp. 1 ss. Seguendo tale meccanismo, è già accaduto che degli ISP abbiano rimosso taluni contenuti, successivamente ritenuti, invece, dai *Board* interni, legittimi. V. *supra*, nota 89.

¹⁵¹ Espressione di C. CARUSO, *Il tempo delle istituzioni di libertà*, cit., p. 554.

costituzionali. In quest’ottica, è parso necessario «dare rilievo a tutti quei principi e a quei diritti, pretensivi o oppositivi (libertà di stampa, pluralismo informativo, apertura concorrenziale del mercato dell’informazione, trasparenza nelle fonti di finanziamento dei *mass media*, diritto di cronaca, valorizzazione di una informazione obiettiva, ecc.), che consentono l’inveramento del discorso pubblico, di uno spazio istituzionale aperto a interazioni comunicative che, attraverso il conflitto tra opposte visioni del mondo, legittimano, sul piano sostanziale, i meccanismi procedurali del circuito democratico-rappresentativo»¹⁵².

L’intervento regolatorio dell’Unione europea è risultato, dunque, indispensabile per orientare l’azione dei soggetti privati, garantendo il diritto di autodeterminazione degli individui e la tenuta dei principi democratici nel loro insieme¹⁵³. Infatti, «fermo l’indubitabile impatto positivo che la rivoluzione tecnologica ha determinato in termini di democratizzazione e universalizzazione» della libertà di espressione, si è preso atto «che quelle utopiche velleità ultra-libertarie e anarchiche proiettate verso la realizzazione di una realtà virtuale in cui potesse effettivamente affermarsi un “*truly free speech*” abbiano da tempo perduto la loro capacità persuasiva»¹⁵⁴ e che non è possibile affidare limitazioni della libertà di espressione a «giudizi ad alta tensione assiologica»¹⁵⁵ di imprenditori privati¹⁵⁶.

7. Riflessioni conclusive

Nel tentativo di compiere qualche riflessione conclusiva, non si può prescindere dalle considerazioni già espresse da taluni studiosi sui recenti interventi europei.

Parte della dottrina¹⁵⁷ considera il *Digital Services Act* una misura ancora “insoddisfacente”. Il sistema a doppio binario – in cui l’individuazione dei contenuti illegali è demandata agli Stati membri, mentre la normativa sovranazionale si limita a fissare procedure e *best practices* da rispettare – è ritenuto inadeguato, soprattutto alla luce della (persistente) esenzione di responsabilità degli *Internet service providers* e della (persistente) discrezionalità loro concessa nella selezione dei contenuti illegittimi.

¹⁵² Ivi, p. 555. Analogamente, ID., *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, Il Mulino, Bologna, pp. 157 ss.

¹⁵³ Cfr. G. SARTOR, *Human Rights and Information Technologies*, in R. BROWNSWORD, E. SCOTFORD, K. YEUNG (a cura di), *The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology*, OUP, New York, 2017, pp. 424 ss.

¹⁵⁴ Tutti i virgolettati del periodo sono tratti da G. VASINO, *Censura “privata” e contrasto all’hate speech nell’era delle Internet Platforms*, cit., p. 132, che richiama, a sua volta, M. MANETTI, *Regolare Internet*, cit., 36. Analogamente, M. BASSINI, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi “spazi pubblici” e “poteri privati”*. *Spunti di comparazione*, in *Riv. ita. di informatica e diritto*, n. 2, 2021, spec. pp. 45 ss.

¹⁵⁵ Così C. CARUSO, *I custodi di silicio. Protezione della democrazia e libertà di espressione nell’era dei social network*, in *Consulta online*, 17 marzo 2020, pp. 1 ss.

¹⁵⁶ In questo senso, M. MANETTI, *Facebook, Trump e la fedeltà alla Costituzione*, in *Forum di Quad. cost.*, n. 1, 2021, pp. 195 ss.

¹⁵⁷ Cfr., *ex multis*, G. DE MINICO, *Nuova tecnica per nuove disegualianze. Case law: Disciplina Telecomunicazioni, Digital Services Act e Neurodiritti*, in *federalismi.it*, n. 6, 2024, pp. 2 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *The EU regulation of speech. A critical view*, cit., pp. 13 ss.

Un'altra parte della dottrina¹⁵⁸, invece, valuta positivamente la misura europea, in quanto interverrebbe in un settore innovativo e ormai strategico, ma al contempo complesso e frammentato, istituzionalizzando l'azione dei *providers* mediante la fissazione di procedure basate su valori comuni e nel rispetto delle tradizionali costituzionali nazionali. La genericità delle clausole europee si spiegherebbe alla luce della discrezionalità concessa agli Stati membri, e non ai gestori delle piattaforme. Sarebbero gli Stati membri a dover, infatti, individuare i contenuti illegittimi, e non le *Big tech*. D'altra parte, il DSA conterrebbe una "architettura istituzionale" tale da impedire agli *Internet service providers* di ingannare gli utenti¹⁵⁹.

Le iniziative sovranazionali parrebbero, dunque, in linea con i valori democratici e con i principi costituzionali¹⁶⁰. Tali circostanze sarebbero confermate da esempi virtuosi come quello tedesco, laddove lo Stato ha predisposto una disciplina regolatoria puntuale, con limiti stringenti, volta a «colmare le maglie larghe»¹⁶¹ della regolazione sovranazionale.

Tenuto conto di tali considerazioni, va evidenziato che le principali criticità del settore sembrano, comunque, collocarsi nel difficile bilanciamento tra gli interessi economici correlati all'uso della rete e la tutela dei diritti fondamentali degli utenti¹⁶².

È ormai evidente l'impatto, non solo economico, ma anche culturale, politico, e giuridico-sociale di tali piattaforme¹⁶³, le quali, veicolando la diffusione di notizie e idee *online*, incidono sulla libertà di manifestazione del pensiero degli individui¹⁶⁴. Infatti, «l'attività di moderazione esercitata dalle *Internet platforms* rappresenta oggi uno dei risvolti più tangibili e preoccupanti della erosione delle funzioni tradizionali dello Stato di fronte al ruolo sempre più pervasivo e "totalizzante" assunto dai nuovi poteri del *Web*»¹⁶⁵. Le piattaforme digitali gestiscono le «strutture sociali in cui viviamo»¹⁶⁶ e detengono ampio

¹⁵⁸ Cfr. C. CARUSO, *Il tempo delle istituzioni di libertà*, cit., p. 561.

¹⁵⁹ Artt. 25 e 26, DSA.

¹⁶⁰ Parlano per primi di costituzionalismo digitale, L. GILL, D. REDEKER, U. GASSER, *Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights*, in *Berkman Center Research Publication*, n. 15, 2015.

¹⁶¹ Espressione di C. CARUSO, *Il tempo delle istituzioni di libertà*, cit., p. 562; M. OROFINO, *Il Digital Service Act tra continuità (solo apparente) ed innovazione*, in F. PIZZETTI, *La regolazione europea della società digitale*, cit., pp. 134 ss.

¹⁶² Più in generale, sul difficile bilanciamento tra interessi economici, principio di concorrenza e tutela dei diritti fondamentali, cfr. A. LUCARELLI, *Principi costituzionali europei tra solidarietà e concorrenza*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, *Consulta online*, 2020.

¹⁶³ Specificamente sull'impatto del digitale sulla formazione dell'opinione pubblica, si rinvia a A. PAPA, *L'impatto della disintermediazione informativa nei processi di formazione dell'opinione pubblica. Quale (problematica) prospettiva nella "democrazia della comunicazione"*, in *Diritto e economia dei mezzi di comunicazione*, 2022, pp. 1 ss. Sull'impatto, specificamente, dell'intelligenza artificiale nelle decisioni pubbliche, si rinvia, a ID., *Intelligenza Artificiale e decisioni pubbliche tra tecnica, politica e tutela dei diritti*, in *federalismi.it*, n. 22, 2022, pp. 101 ss.

¹⁶⁴ Cfr. la Relazione di accompagnamento al DMA, nota 2. In dottrina, cfr. J. ROSEN, *The Deciders: The Future of Privacy and Free Speech in the Age of Facebook and Google*, in *Fordham Law Review*, vol. 80, n. 4, 2012, pp. 1536 ss.

¹⁶⁵ Così G. VASINO, *Censura "privata" e contrasto all'hate speech nell'era delle Internet Platforms*, cit., pp. 134-135.

¹⁶⁶ Così J. VAN DIJCK, T. POELL, M. DE WAAL, *Platform Society. Valori pubblici e società connessa*, Guerini Scientifica, Milano, 2019, p. 24. Si v. altresì, A. PAPA, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 82 ss.

potere, potendo gestire i flussi di informazione e i dati degli utenti, sfruttando la propria posizione di supremazia¹⁶⁷.

Non a caso, si suole ormai riferirsi ai *providers* quali «poteri privati»¹⁶⁸, facendo riferimento a soggetti che, per la posizione economico-sociale rivestita, sono in grado di incidere sulle libertà fondamentali degli utenti. Mediante la predisposizione di condizioni generali di contratto o di *standard* della *community*¹⁶⁹, essi possono, tuttora, scegliere quali contenuti diffondere e quali, invece, rimuovere, perché ritenuti illegittimi. E la nozione di contenuto illegittimo non ha trovato definizione nemmeno nel DSA e può, quindi, dar adito a forme deliberate di censura privata.

Ne deriva che i gestori delle piattaforme digitali, rivestono, ancor oggi, un ruolo tutt'altro che neutrale. Al contrario, grazie alla posizione asimmetrica nei confronti degli utenti, essi esercitano «tipiche funzioni sovrane e, moderando contenuti e informazioni su di essi circolanti, finiscono per incidere su libertà di rango costituzionale e su quel pluralismo essenziale al loro godimento ed esercizio»; il «sapere tecnico e specializzato, il quale aspira a essere inaccessibile alla massa e, proprio grazie a tale inaccessibilità, è in grado di mantenere asimmetriche posizioni di superiorità (e quindi di potere) rispetto a chi ne è soggetto e non riesce ad afferrarne la natura e la portata»¹⁷⁰.

Non a caso, la Relazione sui diritti fondamentali 2020¹⁷¹ evidenzia come sia necessario sensibilizzare l'opinione pubblica sui pericoli derivanti dalla raccolta, conservazione e profilazione dei dati basati su sistemi algoritmici e di intelligenza artificiale, che rischiano, innanzitutto, di ledere il principio di eguaglianza, causando fenomeni di esclusione sociale¹⁷².

Anche la giurisprudenza ha sottolineato, a più riprese¹⁷³, la necessità di garantire trasparenza riguardo all'impiego dei dati personali raccolti tramite algoritmi, in considerazione delle implicazioni che tale

¹⁶⁷ In questo senso, P. STANZIONE (a cura di), *I poteri privati delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 2. M. SORICE, *Democrazia Futura. Platform society, ovvero società delle piattaforme*, in *KeyforBiz*, 21 aprile 2021. Nonché, ampiamente, T.E. FROSINI, *Apocalittici o integrati. La dimensione costituzionale della società digitale*, Mucchi, Gela, 2021.

¹⁶⁸ Sul tema, cfr. G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 1970; C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Jovene, Napoli, 1977; M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Cedam, Padova, 2003. A tal proposito si rinvia, inoltre, a O. GRANDINETTI, *Le piattaforme digitali come "poteri privati" e la censura* online, cit., p. 180, il quale evidenzia come si tratti di un potere d'impresa, ex art. 41 Cost. che, pertanto, può essere limitato al fine di garantire la libertà degli utenti.

¹⁶⁹ Tali condizioni vengono, peraltro, spesso accettate mediante i c.d. contatti di *click wrap*, le cui clausole non vengono quasi mai lette dagli utenti.

¹⁷⁰ Tutti i virgolettati del periodo sono tratti da F. PARUZZO, *I sovrani della rete. Piattaforme digitali e limiti costituzionali al potere privato*, cit., pp. 153 e 144. Nello stesso senso, si veda G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, cit., 26 e M. MONTI, *Le Internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia*, in *Quad. Cost.*, n. 4, 2019, spec. pp. 816 ss.

¹⁷¹ European Union Agency for fundamental rights, [Relazione sui diritti fondamentali 2020](#), aprile 2020.

¹⁷² Sul tema, da ultimo, cfr. G. DE MINICO, *Nuova tecnica per nuove disuguaglianze. Case law: Disciplina Telecomunicazioni, Digital Services Act e Neurodiritti*, cit., pp. 2 ss.; nonché, ID., *Towards an «Algorithm Constitutional by Design»*, in *BioLaw Journal*, n. 1, 2021, pp. 386 ss.

¹⁷³ Cass., sez. I civ., ord. 25 maggio 2021, n. 14381; Cons. di Stato, sez. VI, sent. 8 aprile 2019, n. 2270; Tar Lazio sez. III *bis*, sentt. da nn. 9224 a 9230 del 2018; Tar Lazio, sez. III *bis*, sent. 14 febbraio 2017, n. 3769. In dottrina, si rinvia a

utilizzo può avere sulla reputazione¹⁷⁴ degli individui. Essi creano, infatti, condizioni tali per cui «il consumatore è portato a scegliere quanto altri hanno già deciso, sulla base di un monitoraggio delle sue attitudini, inclinazioni e bisogni»¹⁷⁵. Occorre, allora, quantomeno, che «da formula tecnica, che di fatto rappresenta l'algoritmo, sia corredata da spiegazioni che la traducano nella “regola” a essa sottesa, la c.d. regola algoritmica, e che la rendano leggibile e comprensibile»¹⁷⁶. Al fine di tutelare efficacemente i diritti degli individui destinatari del servizio, è necessario, cioè, non solo informarli dell'utilizzo di sistemi algoritmici, ma anche garantirne la comprensione¹⁷⁷.

In quest'ottica, sicuramente il *Digital Services Act Package* rappresenta un significativo passo in avanti verso l'armonizzazione normativa del settore, mediante l'imposizione di una serie di obblighi procedurali *ex ante* in capo agli ISPs e ai *gatekeepers*, volti a garantire trasparenza e tutela dei diritti fondamentali degli utenti e a prevenire censure private della libertà di espressione. Il pacchetto, abbandonando i meccanismi di *soft law* e garantendo una regolamentazione di *hard law*, stabilisce controlli rigorosi e sanzioni specifiche. Si assiste, dunque, ad un importante intervento regolatorio di stampo pubblicistico, laddove per anni si era optato per meccanismi di autoregolazione. Tuttavia, l'intervento etero-regolatorio, non «chiude gli spazi all'auto-regolazione o alla co-regolazione, ma piuttosto le colloca in un orizzonte predefinito e al contempo necessario»¹⁷⁸. Infatti, i Codici di condotta forniscono ancora importanti linee guida ai fini dell'attuazione dei Regolamenti europei.

Ciononostante, il *Digital Services Act* non chiarisce adeguatamente la portata delle garanzie minime nei confronti dei contenuti odiosi o falsi degli utenti, né fornisce adeguati elementi definatori dei contenuti illegittimi e degli *hate speeches*, né impone obblighi di natura sostanziale in capo agli ISPs¹⁷⁹.

Sul piano costituzionale dovrebbe «escludersi che la censura privata delle piattaforme possa prevalere sulla libertà di manifestazione dei singoli, salvo che essa non si risolva nel reprimere espressioni già considerate illecite dall'ordinamento giuridico (compresa ovviamente la Costituzione)»¹⁸⁰. Lo Stato

F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in *Giust. amm.*, 28 agosto 2018; A. CELOTTO, *Come regolare gli algoritmi. Il difficile bilanciamento tra scienza, etica e diritto*, in *Analisi giuridica dell'Economia*, n. 1, 2019, pp. 48 ss.; G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Pol. dir.*, n. 2, 2019, pp. 211 ss.; P. ZUDDAS, *Brevi note sulla trasparenza algoritmica*, in *Amministrazione in cammino*, 5 giugno 2020, pp. 1 ss.

¹⁷⁴ Sul tema, ampiamente, S. LIETO, *La reputazione delle istituzioni democratiche*, cit., pp. 67 ss.

¹⁷⁵ Così M. CUNIBERTI, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 2, 2015, p. 300.

¹⁷⁶ Cons. di Stato, sez. VI, snet. 8 aprile 2019, n. 2270.

¹⁷⁷ Tale obbligo trova conferma già nell'art. 13 del GDPR, che evidenzia la necessità che gli individui siano specificatamente informati dei meccanismi di raccolta dei dati. In merito, cfr. G. FASANO, *Le decisioni automatizzate nella pubblica amministrazione: tra esigenze di semplificazione e trasparenza algoritmica*, in *Media Laws*, n. 3, 2019, pp. 234 ss.

¹⁷⁸ Così M. OROFINO, *Il Digital Service Act tra continuità (solo apparente) ed innovazione*, in F. PIZZETTI, *La regolazione europea della società digitale*, cit., p. 163.

¹⁷⁹ In questo senso, G. DE MINICO, *Fundamental rights, european digital regulation and algorithmic challenge*, cit., pp. 21 ss.; E. CELESTE, *Digital constitutionalism: a new systematic theorisation*, in *International Review of Law, Computers & Technology*, 2019, pp. 81 ss.; M. MOORE, D. TAMBINI (a cura di), *Digital Dominance: The Power of Google, Amazon, Facebook, and Apple*, OUP, Oxford, 2018, *passim*.

¹⁸⁰ Così O. GRANDINETTI, *Le piattaforme digitali come “poteri privati” e la censura online*, cit., p. 181.

dovrebbe farsi carico del controllo dei contenuti diffusi *online* e delle relative sanzioni, a tutela dei diritti dei cittadini. Il rischio, altrimenti, è che le *Big Tech* possano «farsi arbitri di [...] dinamiche di interazione sociale e [...] esercitare una potestà “sanzionatoria” – in termini di rimozione dei contenuti, disabilitazione di *account* [...] – che può innescare un pericoloso *chilling effect* avuto riguardo al libero confronto democratico. Di qui la necessità di costruire una cornice di regolazione pubblica volta a fissare le regole del gioco in materia, nell’ambito della quale gli operatori possano svolgere tali attività di autonormazione e “sanzionatorie” secondo regole fissate dal legislatore e sotto il controllo delle autorità pubbliche»¹⁸¹.

Certamente il *Digital Services Package* mette in luce i rischi inerenti all’uso delle piattaforme digitali e dei sistemi algoritmici, nonché la necessità di regolamentare l’azione dei «sovrani digitali»¹⁸². Tuttavia, come si è tentato di evidenziare¹⁸³, il ruolo assegnato agli ISPs nel contrasto e nella rimozione di contenuti illegali è ammissibile solo nella misura in cui riflette obblighi imposti dal legislatore, ove il *provider* assuma meri compiti attuativi o esecutivi, all’interno di un rapporto di collaborazione pubblico-privato¹⁸⁴ che garantisca il rispetto del principio di legalità. Rapporto funzionale che non sembra del tutto rispettato dal *Digital Services Act*, il quale non definisce i contenuti illegittimi o dannosi. Nondimeno, solo in quel modo si potrebbero contenere i rischi di censure private, che limitano la libertà di espressione costituzionalmente garantita.

Ciononostante, rimarchevoli appaiono gli obblighi di *due diligence* posti in capo ai gestori delle piattaforme, che rendono più complessa l’esenzione di responsabilità connessa alla mancata conoscenza degli illeciti. Obblighi che aumentano proporzionalmente alla grandezza delle piattaforme e, dunque, all’ampiezza dei rischi connessi all’utilizzo delle stesse. Tali rischi sono, peraltro, presi in considerazione in ottica sistemica, e non solo individuale, con un interessante riferimento alla dimensione collettiva degli stessi¹⁸⁵.

In conclusione, benché il *Digital Services Act* rappresenti un significativo passo in avanti verso la costruzione di un «modello europeo di società digitale»¹⁸⁶, parrebbero auspicabili ulteriori interventi sovranazionali, volti ad armonizzare, ancor di più, le legislazioni interne, al fine di scongiurare fenomeni di discrezionali limitazioni private della libertà di manifestazione del pensiero degli individui e così da

¹⁸¹ Così L. D’AGOSTINO, *Disinformazione e obblighi di compliance degli operatori del mercato digitale alla luce del nuovo Digital Services Act*, cit., pp. 17-18.

¹⁸² Espressione utilizzata da F. PARUZZO, *I sovrani della rete*, cit., p. 2.

¹⁸³ *Infra* par. 2.

¹⁸⁴ Sul punto, cfr. C. PINELLI, U. RUFFOLO, *I diritti nelle piattaforme*, cit., spec. pp. 167 ss.; nonché A. LUCARELLI, *Nuovi mezzi di comunicazione, assetti imprenditoriali e soggettività politica*, cit.

¹⁸⁵ Lo rileva M. OROFINO, *Il Digital Service Act tra continuità (solo apparente) ed innovazione*, in F. PIZZETTI, *La regolazione europea della società digitale*, cit., p. 173.

¹⁸⁶ *Ibidem*.

garantire una regolazione basata su «un discorso pubblico europeo»¹⁸⁷ unitario. Ciò tenuto conto della stretta correlazione tra la garanzia della libertà di espressione e la tenuta delle democrazie¹⁸⁸.

L'attuale normativa europea, in assenza di un'adeguata definizione sostanziale dei contenuti illegali, rischia di legittimare (ancora) restrizioni discrezionali di contenuti, magari, altrimenti, leciti¹⁸⁹. L'indicazione generale dei meccanismi di moderazione dei contenuti degli utenti, basata sull'obbligo di operare in modo «diligente, obiettivo e proporzionato», tenendo in debita considerazione i diritti e gli interessi legittimi «di tutte le parti coinvolte, compresi i diritti fondamentali dei destinatari del servizio, quali la libertà di espressione, la libertà e il pluralismo dei *media*, e altri diritti e libertà fondamentali sanciti dalla Carta»¹⁹⁰, non pare sufficiente.

Il riferimento alla tutela dei diritti fondamentali appare utile sul piano della lotta alla disinformazione, da bilanciare con i diritti degli utenti, ma occorre specificare le garanzie minime nei confronti dei contenuti odiosi o falsi degli utenti. Risulta, infatti, complesso e labile il confine tra «esternazioni di fatti e opinioni personali, oggettivo e soggettivo, vero e falso»¹⁹¹.

Sarebbe necessario, invece, introdurre «divieti ben circostanziati, circoscritti, tassativi»¹⁹². Peraltro, «*speech must be curtailed because it is «illegal or otherwise harmful» (recital 68) and it is necessary to prevent the «spread of unlawful or otherwise harmful information» (recital 5). The equalizing – from an effects point of view – of “illegal” and “harmful” not only demolishes basic legal principles [...] but entails immediate and vast reaching consequences on speech»*¹⁹³.

Demandare la definizione di contenuto illecito ai singoli Stati membri, rischia, effettivamente, di generare una frammentazione eccessiva delle politiche di *content moderation*.

Il medesimo discorso vale per l'assenza di una definizione sostanziale dei c.d. *trusted flaggers*, i segnalatori attendibili¹⁹⁴; «*again, there is no definition of such completely novel entity apart from the fact that it should have “particular expertise and competence for the purpose of detecting. Identifying and notifying illegal content”* (art. 22, para. 2, a)». Sarebbe, dunque, utile riflettere sull'inserimento di limiti sostanziali univoci all'autonomia negoziale delle piattaforme, tesi a garantire la tutela dei diritti fondamentali degli individui.

¹⁸⁷ Così C. CARUSO, *Il tempo delle istituzioni di libertà*, cit., p. 563.

¹⁸⁸ In questo senso, già C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, cit., pp. 11 ss.; analogamente T. EMERSON, *Toward a General Theory of the First Amendment*, in *Yale Law Journal*, n. 72, 1963, p. 883.

¹⁸⁹ Cfr. P. DUNN, *Il contrasto europeo all'hate speech online: quali prospettive future?*, in *MediaLaws*, 20 gennaio 2021; nonché I. SPIGNO, *Discorsi d'odio: modelli costituzionali a confronto*, Giuffrè, Milano, 2018, il quale evidenzia come, per esempio, in mancanza di una definizione chiara dell'espressione “discorsi d'odio”, le si potrebbero attribuire plurimi e differenti significati.

¹⁹⁰ Art. 14, par. 4, DSA.

¹⁹¹ Cfr. L. D'AGOSTINO, *Disinformazione e obblighi di compliance degli operatori del mercato digitale alla luce del nuovo Digital Services Act*, cit., p. 21.

¹⁹² Tutti i virgolettati del periodo sono tratti da *ivi*, p. 49.

¹⁹³ Così, criticamente, V. ZENO ZENCOVICH, *The EU regulation of speech. A critical view*, cit., p. 13.

¹⁹⁴ Art. 22, par. 2, DSA.



È indispensabile arginare, in ottica costituzionalistica, la gestione «*iure privatorum*»¹⁹⁵ di tali attività. Occorre, cioè, applicare – con i dovuti adattamenti e le relative cautele – le tradizionali categorie del diritto costituzionale a questi nuovi fenomeni a carattere internazionale¹⁹⁶.

In quest’ottica, attesi i diritti e le libertà coinvolti, sarebbe auspicabile l’emanazione di una disciplina sovranazionale che – armonizzando ulteriormente le normative interne –, fissi criteri sostanziali e fornisca definizioni precise, così salvaguardando i diritti fondamentali dei cittadini. Ciò sul presupposto che «il diritto del più forte non è vero diritto dacché si regge su una discrezionale e mutevole volontà del dominatore, imprevedibile epperò dis-ordinante»¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Espressione di G. DE MINICO, *Libertà in rete. Libertà dalla rete*, cit., p. XX.

¹⁹⁶ In questo senso già S. RODOTÀ, *Una Costituzione per Internet?*, cit., pp. 337 ss.

¹⁹⁷ Così M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, cit., p. 26.