

LIBER AMICORUM
PER
PASQUALE COSTANZO

ANDREA PISANESCHI

**RETI SOCIALI ED ELEZIONI: IL FALLIMENTO DEL
MERCATO E IL QUADRO REGOLATORIO EUROPEO**

3 FEBBRAIO 2020



Andrea Pisaneschi

Reti sociali ed elezioni: il fallimento del mercato e il quadro regolatorio europeo

SOMMARIO: 1. Il fallimento del mercato dell'informazione attraverso reti sociali. – 2. I principi sovranazionali. – 3. Il codice europeo. – 4. Legge tedesca e legge francese: due diversi modelli. – 5. Esiste un modello comune di regolazione?

1. Il fallimento del mercato dell'informazione attraverso reti sociali

Per molti anni il dibattito sulla informazione o disinformazione in internet durante i periodi elettorali è stato influenzato dalla teoria americana del *free market of ideas*.¹ Il che appare in verità naturale: i procedimenti elettorali sono destinati a garantire la libertà di scelta degli elettori e sembrava logico che quanto più aumentano le possibilità di informazioni tanto più aumenta anche la possibilità di una elezione consapevole.² La fiducia – invero molto americana- nella razionalità del consumatore, permetteva di ritenere che questi avrebbe potuto scegliere, e per conseguenza distinguere, tra fonti affidabili e fonti non affidabili, tra notizie vere e notizie false. Il mercato delle informazioni, proprio in conseguenza delle infinite possibilità di accesso alle informazioni tramite *internet*, sembrava un mercato perfetto: senza barriere all'entrata e senza asimmetrie, con la possibilità per i consumatori, di scegliere, privi di condizionamenti derivanti da oneri impropri, la fonte di informazione desiderata tra molte fonti differenti.³

Questo ragionamento, tuttavia, era più astratto che concreto e non considerava né alcune caratteristiche dell'ordinamento elettorale, né gli effetti di *internet* e dei c.d. *social network*, specialmente se abbinati ad un massiccio utilizzo di algoritmi, proprio sul pluralismo delle informazioni.⁴

In relazione al primo punto vista, in effetti, l'ordinamento elettorale può essere qualificato come un ordinamento sezionale, sulla scorta della ben nota teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici.⁵ Si tratta, infatti, di un ordinamento molto regolato, caratterizzato da principi specifici quando inizia il periodo elettorale, finalizzati a garantire non solo la libertà di informazione, ma anche la parità di armi tra i diversi contendenti. Questo ordinamento particolare necessita di regole, anche per correggere le asimmetrie tra i vari contendenti, e queste regole influiscono sulla libertà di espressione, a volte limitandola a volte ampliandola. Il periodo elettorale è cioè condizionato da un interesse pubblico specifico (la libertà di scelta politica dell'elettore) che giustifica regole speciali ed

¹ Dissenting opinion of Justice Holmes in the US Supreme Court case *Abrams v. United States*, *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919)

² Sull'incidenza delle nuove tecnologie sulla libertà della comunicazione cfr. già P. COSTANZO, *Aspetti evolutivi del regime giuridico di Internet*, in *Dir. inf.*, 1996, 83 ss.; ID., *Le nuove forme di comunicazione in rete: Internet*, in R. ZACCARIA (a cura di), *Informazione e telecomunicazioni*, in "Trattato di diritto amministrativo" a cura di Santaniello, vol. XXVIII, 1999, 323; ID., *Internet (diritto pubblico)*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV ed., Aggiornamento, Torino, 2000, 347 ss.; più di recente ID., *I diritti nelle "maglie" della Rete*, in L. BRUSCUGLIA-R. ROMBOLI (a cura di), *Diritto pubblico e diritto privato nella rete delle nuove tecnologie*, Pisa, 2010, 5 ss. Sulle metamorfosi del costituzionalismo «per effetto del progresso tecnologico di portata globale», con inevitabili ricadute sulla tutela dei diritti v. P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, Convegno annuale AIC, Salerno, 23-24 novembre 2012 "Costituzionalismo e globalizzazione", in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2012, 2.

³ Per una approfondita analisi delle problematiche relative alla regolazione della rete cfr. M. CUNIBERTI, *Potere e libertà nella rete*, in il *Diritto dell'informazione*, a cura di M. MANETTI e R. BORRELLO, Modena 2019, 21 ss.; T. E. FROSINI, *Il diritto di accesso in internet*, T.E. FROSINI, O. POLLICINO, E. ALPA, M. BASSINI, *Diritti e libertà in internet*. Milano-Firenze 2017, 41 ss.; M. CUNIBERTI, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015, 273

⁴ M. MONTI, *Fake news e social network: la verità ai tempi di Facebook*, in *Media Laws*, 2017, 82-83; O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in G. PITRUZZELLA-O. POLLICINO-S. QUINTARELLI, *Parole e potere*, cit., 46 ss., con riferimento all'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale europea della tutela della libertà di espressione, in confronto a quella avvenuta nell'ordinamento statunitense.

⁵ A partire da S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze 1945, 13 ss.

un regime giuridico particolare della libertà di espressione politica in un periodo determinato (che inizia con l'apertura della campagna elettorale e cessa terminato tale periodo). È noto invece che le reti sociali non sono –allo stato- sottoposte a quel tipo di regole.

Sotto il secondo punto di vista, in verità, *internet*, il sistema delle reti sociali, l'utilizzazione degli algoritmi, ha prodotto un caso classico di fallimento del mercato. Da una parte *internet* ha generato (per le ragioni che diremo a breve) un mercato chiuso e frammentato con molte barriere. Dall'altra parte ha prodotto anche la fuoriuscita dal mercato di tutto il sistema tradizionale delle fonti di informazione, provocando, per conseguenza, un mercato asimmetrico e chiuso, sia in relazione alla tipologia delle fonti sia in relazione alla tipologia delle informazioni.⁶

Nonostante si tratti di fenomeni ormai ben noti vale la pena ricordare che l'utilizzazione massiva come fonti di informazione di *internet* e dei *social network* produce i seguenti effetti:

a) Le c.d. “*epistemic bubbles*”, cioè gruppi di persone che ricevono e si scambiano le stesse informazioni filtrate da algoritmi.⁷ Le *epistemic bubbles* chiudono il mercato perché il consumatore riceve solo quel tipo di informazione e non ne desidera altre.

b) Le c.d. “*echo chambers*”, cioè la ripetizione tra un gruppo di persone di fatti o notizie, che produce la percezione che questi fatti o notizie siano da considerarsi necessariamente veri (anche qualora fossero falsi). Ancora, il consumatore tende ad informarsi attraverso la comunicazione reciproca piuttosto che attraverso la fonte originaria.

c) Il c.d. “paradosso dell'amicizia” che produce l'effetto di considerare molto più affidabili e veritiere le notizie che derivano da amici rispetto alle notizie che derivano da una fonte di informazione professionale.

In definitiva l'*overload* di informazioni teoricamente ricavabili da *internet* ha creato il suo contrario e da un punto di vista del funzionamento del mercato un sistema largamente imperfetto. I consumatori non scelgono realmente le informazioni, perché sono gli algoritmi che le scelgono per loro.⁸ Dunque, alla fine le informazioni che essi ricevono sono poche e tutte indirizzate a rafforzare ciò che già credono e condividono (l'esatto contrario delle finalità del pluralismo informativo). Inoltre i consumatori non cambiano la propria fonte di informazioni, perché si abituanano molto rapidamente al dialogo nella c.d. “bolla”, con le persone e con le fonti di informazione che pensano e dicono ciò che piace.

Il mercato delle informazioni attraverso i *social network* può pertanto definirsi come un mercato con barriere, perché normalmente le persone non amano cambiare la “bolla” informativa nella quale vivono. Ed è un mercato anche caratterizzato da asimmetrie informative, perché i fatti o le notizie false, tendono ad essere percepiti come veri, a causa del c.d. “paradosso dell'amicizia” e delle c.d. “*echo chambers*”.⁹

Alla fine non è affatto difficile concludere che nella pratica *internet* e le reti sociali non hanno creato affatto un mercato aperto e ben funzionante come si pensava.

Il livello e la qualità delle informazioni tra la popolazione sono diminuiti non perché *internet* e le reti sociali non permettano, teoricamente, un accesso molto ampio alla informazione, ma perché, praticamente, i consumatori si abituanano ad utilizzare sempre le stesse fonti filtrate dagli algoritmi. E le ulteriori conseguenze di questo fenomeno sono ormai note: la polarizzazione dell'elettorato,¹⁰ la

⁶ La importanza di *internet* è tale che alcuni Stati, come Estonia, Finlandia, Grecia, Francia e Spagna hanno riconosciuto l'accesso a *internet* come un diritto fondamentale. La Corte europea dei diritti umani ha ritenuto che il blocco di *internet* si pone in conflitto con il paragrafo 1 dell'art. 10 della Convenzione. Cfr. Corte Europea dei diritti dell'Uomo, *Ahmet Yildirim c. Turchia*, 12.12.2012, n. 3111\10.

⁷Cfr. THI NGUYEN *Escape the eco chamber*, *Aeon Magazine*, 2018.

⁸ M. MONTI, *Regolazione, Internet e tecnica: le implicazioni di motori di ricerca e social networks sulla libertà di informazione*, in Federalismi.it, 24, 2017, 12 ss.

⁹ C.fr. F. PASQUALE, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge, 2015; K. CRAWFORD, *Can an algorithm be agonistic? Ten scenes from life in calculated publics*, in *Science, in Technology & Human Values* (2016).

¹⁰ M. DEL VICARIO - W. QUATTROCIOCCI- A. SCALA - F. ZOLLO, *Polarization and Fake News: Early Warning of Potential Misinformation Targets*, 5 febbraio 2018, su <https://arxiv.org/abs/1802.01400>.

progressiva perdita di importanza dell'elettore medio che in passato è stato sempre l'ago della bilancia nelle competizioni elettorali, l'estremismo dell'elettorato che si amplifica attraverso la bolla e le "eco chambers"¹¹.

Nell'ordinamento sezionale elettorale, la presenza di un mercato delle idee che non funziona produce ulteriori problemi: il conflitto tra le regole dell'ordinamento sezionale relativo ai mezzi di informazione ordinari rispetto alle non regole dell'ordinamento dei *social network*. E questo conflitto produce un'altra asimmetria nel mercato se si considera, come vedremo, che alcuni strumenti di comunicazione *on line* (non tutti) possono essere qualificati come mezzi di informazione: infatti i mezzi di informazione tradizionali sono molto regolati nel periodo elettorale, mentre vi sono "strumenti" *on line* come le reti sociali che invece non debbono rispettare quelle regole.

Questa asimmetria regolatoria è inoltre difficilmente giustificabile data da un lato la posizione dominante assunta dai *social network* nel mercato dell'informazione, posto che la maggioranza della popolazione utilizza ormai le reti e altre piattaforme anche per la informazione politica, e dall'altro lato la formazione di un mercato sostanzialmente oligopolistico nell'ambito dei medesimi *social network*.¹² Il mercato dell'informazione *on line* presenta infatti un alto grado di concentrazione, dimostrato da un valore particolarmente elevato dell'indice di *Hirshman Herfindal* (oltre 3000 punti), indice sul quale si basano le analisi *antitrust* (un indice HHI oltre 1800 punti è già sinonimo di un mercato poco competitivo).¹³

Le reti sociali, pertanto, beneficiano di un vantaggio competitivo rispetto agli altri mezzi di informazione: questi ultimi sono tenuti al rispetto di regole precise e stringenti nel periodo elettorale, mentre gli altri – che si trovano già in posizione dominante – non lo sono. Inoltre poche grandi piattaforme detengono il controllo di quel mercato. Il rischio – o finanche ormai la certezza – è che in nome della libertà di informazione si sia creato un mercato oligopolistico privo di regole, con la presenza di un numero limitato di soggetti che condiziona il dibattito politico e l'accesso all'informazione.

Quando vi sono fallimenti del mercato, nondimeno, non v'è dubbio che è necessario un intervento regolatorio da parte del potere pubblico.

Per potere pubblico, tuttavia, non deve intendersi lo Stato, ma autorità indipendenti, perché il fine della regolazione del mercato non è quello di proteggere un interesse pubblico, quanto invece quello di garantire parità delle armi tra i diversi contendenti in posizione di neutralità rispetto ai diversi interessi in gioco. Questo concetto, inoltre, pare ancora più necessario quando si tratti di un mercato, come il mercato delle idee, che produce influenze sensibili nella politica dello Stato e che pertanto può essere portatore di interessi in conflitto. Inoltre si tratta di un mezzo di comunicazione (o di informazione) – internet e le reti sociali- che da sempre si è basato sul principio di libertà e di totale autonomia privata ed è pertanto necessario coniugare la regolazione con le specificità del mezzo e del mercato.

Ora è noto che i modelli di regolazione possono essere molto differenti: si può passare da una regolazione "leggera" e indiretta, che si basa su meccanismi di *soft law*, su principi relativi alla *governance* interna del soggetto regolato, su sistemi di autoregolazione,¹⁴ a una regolazione invece

¹¹ S. FLAXMAN – S. GOEL – J. M. RAO, *Filter Bubbles, Echo Chambers, and Online News Consumption*, in *Public Opinion Quarterly*, 80, *Special Issue*, 2016, 298 e ss. . E. PARISSIER, *The Filter Bubble: How the New Personalized Web is Changing What We Read and How We Think*, New York, 2011.

¹² Secondo uno studio di *Reuter*, *Reuters Digital News Report 2017* le reti social costituiscono la principale fonte di informazioni per le persone tra i 18 e i 34 anni. Inoltre lo stesso studio evidenzia che il 54% delle persone preferisce utilizzare gli algoritmi per leggere le notizie. Questo significa che la maggioranza dei giovani prende le sue decisioni politiche basandosi su informazioni filtrate dagli algoritmi.

¹³ Per questi ed altri dati sulla concentrazione del mercato nelle piattaforme digitali cfr. A. MARTUSCIELLO, *Le iniziative di AGCOM in materia di pluralismo e di correttezza dell'informazione sulle piattaforme digitali*, in *Il Diritto dell'informazione*, a cura di M. MANETTI e R. BORRELLO, Modena 2019, 48

¹⁴ La definizione di *soft law* e di autoregolazione è molto complessa e non è oggetto di questo lavoro. Si può in generale dire che vi è una certa condivisione nel ritenere che la *soft law* sia prodotta da soggetti privi di rappresentanza democratica e che le sanzioni previste sono indirette e riconducibili a valutazioni effettuate dal mercato nel quale il soggetto opera. L.

molto più vincolante che si basa sulla previsione da parte di una norma giuridica, della regola e della sanzione.

In genere il primo sistema è usato nella regolazione sovranazionale (ad esempio nella regolazione finanziaria) dove predomina lo strumento della *soft law* che si estrinseca attraverso la previsione di principi – tendenzialmente assai generali- che debbono essere recepiti, in maniera autonoma, dai soggetti regolati.¹⁵ I soggetti regolati possono rispettare il principio (ed adeguare in ipotesi la propria organizzazione interna) o non rispettare il principio, dovendo però in questo secondo caso, spiegare la ragione dell'inadempimento e potendo l'autorità di regolazione rendere pubblici i soggetti che non si sono adeguati (sono i noti principi del *comply or explain* e del *name and shame*, principi cardine della *soft law* sovranazionale).¹⁶

Questo modello di regolazione si basa in verità, più che su un potere sanzionatorio dell'autorità pubblica, sui meccanismi di autoregolazione del mercato in presenza di informazioni corrette. Se il mercato conosce che un determinato operatore ha deciso di non rispettare le regole mentre tutti gli altri le rispettano, sarà considerato meno affidabile e quindi presumibilmente "punito" in termini di perdite di quote di mercato. Si tratta pertanto di un esempio di regolazione leggera e non invadente rispetto all'autonomia privata.

Questi principi si applicano spesso, ad esempio, per spingere imprese regolate ad adottare *standard* internazionali nell'organizzazione interna. Il regolatore pone un principio relativo alla *governance* nell'assunto che questo principio possa garantire meglio un interesse ritenuto meritevole di protezione, dopodiché il soggetto regolato può conformarsi o non conformarsi a questo principio. Però se non si conforma deve spiegarne le ragioni, e alla fine, se le ragioni non sono sufficienti, il soggetto regolato viene collocato in una lista di coloro i quali non si sono conformati (*name and shame*). È evidente che questa forma di pubblicità negativa produce effetti non positivi per l'operatore (evidentemente differenti a seconda del mercato in cui opera).

Può essere allora di un certo interesse verificare se i modelli principali di regolazione delle reti sociali durante il periodo elettorale seguono questi *standard* internazionali, o se, invece, seguono modelli differenti.

Si inizierà prendendo in esame le regole sovranazionali, per analizzare, di seguito, sia pure rapidamente, i principi del codice europeo di buona pratica, la legge tedesca sull' *hate speech* e la legge francese sulla disinformazione attraverso *internet*.

2. I principi sovranazionali

A livello internazionale ci sono molti atti che contengono principi o *standards* in materia di *internet* e reti sociali, ma tra essi una posizione di particolare rilievo è assunta dal Consiglio di Europa (poi COE) e dalla Commissione di Venezia, che hanno assunto vari atti che esprimono posizioni simili.

In relazione al COE è necessario ricordare la Raccomandazione CM (2018) 2 *on the roles and responsibilities of internet intermediaries* (7 marzo 2018) e la raccomandazione CM (2011) 21 settembre 2011 *on notion on media*; in relazione alla Commissione di Venezia gli atti più significativi sono una opinione del 2007 *on Media coverage of election campaigns*, e una sessione di lavoro del 2016 che aveva per oggetto il monitoraggio dei media e dei social network nei periodi pre-elettorali. Si tratta di documenti di una certa utilità per sottolineare alcune questioni generali relative

SENDEN, *Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where Do They Meet?*, in [Electronic Journal of Comparative Law](#); A. POSNER, *Soft Law: Lessons from Congressional Practice*, in *Stanford Law Review* 573(2008).

¹⁵ Un primo elemento che caratterizza e differenzia l'*Hard Law* dalla *Soft Law* è la carenza di legittimazione democratica del soggetto che emana la regola. Cfr. E. PARIOTTI "Soft law" e ordine giuridico ultra-statale tra "rule of law" e democrazia, in *Ragion pratica*, Bologna 2009, 88 e ss.

¹⁶ M. RAMAJOLI, *Self Regulation, Soft Regulation, Hard Regulation nei mercati finanziari*, in *Rivista della Regolamentazione dei Mercati*, 2/2016

alla utilizzazione delle reti sociali specialmente in relazione al periodo elettorale, anche se non trattano il grande problema della disinformazione.

A livello sovranazionale, invece, questo problema è stato trattato in una dichiarazione dell'OCSE del 2017, intitolata “*Joint declaration on freedom of expression and fake news. Disinformation and Propaganda*”.

I tratti comuni degli atti emanati da COE e Commissione di Venezia sembrano essere i seguenti:

a) Un primo punto riguarda la qualificazione giuridica delle reti sociali. Sia il COE che la Commissione di Venezia ritengono necessario ampliare il concetto di *media*. In particolare la Commissione di Venezia sottolinea che la responsabilità editoriale costituisce il principale indicatore per qualificare uno strumento di comunicazione come *media*. E la responsabilità editoriale sussiste anche se il contenuto editoriale sia conseguenza della utilizzazione di strumenti tecnologici come gli algoritmi.

Il COE pare sulla stessa lunghezza d'onda: raccomanda agli Stati un approccio graduato e differenziato e individua alcuni indicatori per qualificare un operatore come *media* (*media indicadores*).

Tali indicatori sono la intenzione di comportarsi come *media*, in maniera professionale, per esempio aggregando o selezionando il contenuto delle informazioni attraverso una organizzazione professionale, anche automatizzata o algoritmica, perseguire l'obiettivo dei *media* diffondendo informazioni ad un pubblico vasto e mantenere un controllo editoriale sui contenuti. In relazione a questi punti viene altresì specificato che i processi automatizzati debbono essere qualificati come processi editoriali, in particolare quando si faccia riferimento a tecniche algoritmiche.¹⁷

b) In relazione al grande problema della regolazione, mentre la Commissione di Venezia non ha tenuto, sino ad oggi, una precisa posizione, il COE ha evidenziato alcuni profili che vale la pena sottolineare.

In primo luogo, il principio di eguaglianza impone che gli intermediari siano trattati diversamente, in termine di obbligazioni e responsabilità, perché non tutti gli intermediari sono eguali. Ad esempio le reti sociali che intermediano grandi flussi di informazioni hanno obblighi e responsabilità più importanti.

In secondo luogo gli intermediari debbono fornire informazioni chiare e trasparenti sui meccanismi di profilazione, pubblicando relazioni che siano accessibili e chiare.

c) In ultimo, sia il COE che la Commissione di Venezia, sottolineano un pericolo rispetto alla protezione dei diritti fondamentali. In particolare la Commissione di Venezia sottolinea che, in conseguenza della tecnica di profilazione e elaborazione dei dati, si possa rischiare di compromettere la equità delle elezioni.

In conclusione, anche se non è possibile individuare, in relazione a questo tema, uno *standard* regolatorio internazionale sufficientemente determinato, pare però chiaro che sia la Commissione di Venezia sia il COE ritengono che gli Stati debbano considerare quantomeno le reti sociali più importanti, come mezzi di informazione (e quindi estendere ad essi, in quanto compatibili, quantomeno le regole dei mezzi di informazione).

Inoltre, tra i differenti modelli di regolazione, sia il COE che la Commissione di Venezia sembrano esprimere una preferenza verso una regolazione *soft*, basata principalmente sulla imposizione di obblighi di trasparenza imposti agli intermediari. Entrambi, nella sostanza, sembrano ritenere che il c.d. libero mercato delle idee non possa ben funzionare senza un intervento di regolazione.

Nondimeno il quadro sovranazionale appare tutt'altro che definito. Ad esempio la *joint declaration* del OCSE del 2017, relativa alle notizie false, sembra esprimere una posizione differente. In primo luogo si afferma che la libertà di espressione garantisce anche le notizie false. E, di conseguenza, si ritiene che una generale proibizione di informazioni definite, in maniera generica come *fake news* o informazioni non obiettive è incompatibile con gli *standard* internazionali.

¹⁷ Sulla complessa questione della definizione di “media” cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *Cosa intendiamo oggi per media*, in *Il Diritto dell'Informazione*, in *Il diritto della informazione*, cit., 11 ss. ed *ivi* ulteriori indicazioni bibliografiche.

In secondo luogo gli intermediari non possono essere responsabili del contenuto che deriva da una terza parte, sino a quando rifiutano di rimuovere il contenuto in conseguenza di un ordine adottato da una autorità indipendente (come una Corte) e gli Stati non possono bloccare siti se non come misura estrema.¹⁸

3. Il codice europeo

In questo contesto sovranazionale si colloca la prima normativa europea emanata per regolare l'attività delle piattaforme *on line* nel periodo elettorale: il *Code of Practice on disinformation* (poi codice).

Il codice costituisce il punto di arrivo di un percorso iniziato dalla Commissione Europea e finalizzato a garantire la regolarità del processi democratici (in particolare le elezioni europee del 2019), quali la comunicazione della Commissione 26.4.2018: “*Contrastare la disinformazione on line: un approccio europeo*”; la relazione della Commissione 5.12.2018 sulla attuazione di quella medesima comunicazione; la comunicazione della Commissione del 5.12.2018 “*Piano di azione contro la disinformazione*”.¹⁹

Come noto il codice non è stato approvato da nessun organo delle istituzioni europee ma da un organismo di autoregolazione, appositamente costituito e denominato *Forum Multistakeholder on disinformation on line*.²⁰ Per questa ragione, e per la natura delle obbligazioni che contiene, il codice costituisce un esempio di regolazione “leggera”, principalmente volontaria, e lascia anche ai firmatari scegliere quali obbligazioni rispettare.

In particolare il codice prevede le seguenti obbligazioni, di natura molto generale:

a) Un controllo sulla pubblicità. I firmatari si impegnano a prevedere processi interni per limitare le entrate pubblicitarie che derivano dalla diffusione di notizie false.

¹⁸ “*State mandated blocking of entire websites, IP addresses, ports or network protocols is an extreme measure which can only be justified where it is provided by law and is necessary to protect a human right or other legitimate public interest, including in the sense of that it is proportionate, there are no less intrusive alternative measures which would protect the interest and it respects minimum due process guarantees.*”

¹⁹ COM (2018) 236 final, *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, Contrastare la disinformazione online: un approccio europeo*, 2018, in eur-lex.europa.eu; COM(2018) 794; *Relazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo, Al Consiglio, Al Comitato Economico E Sociale Europeo E Al Comitato Delle Regioni sull'attuazione della comunicazione "Contrastare la disinformazione online: un approccio europeo"*, 2018 e JOIN(2018) 36 ; *Comunicazione Congiunta Al Parlamento Europeo, Al Consiglio Europeo, Al Consiglio, Al Comitato Economico E Sociale Europeo E Al Comitato Delle Regioni, Alto Rappresentante Dell'unione per gli Affari Esteri e la Politica di Sicurezza*, 2018.

Questa comunicazione deriva da una risoluzione del Parlamento europeo del 2017 con la quale il Parlamento invitò la Commissione ad analizzare la situazione e il contesto giuridico relativo alle notizie false e a verificare la possibilità di un intervento legislativo per limitare le notizie false. Nel marzo del 2018 il Consiglio europeo dichiarò che le reti social e le piattaforme digitali devono garantire procedure trasparenti e la piena protezione della vita privata e dei dati personali dei cittadini. Sul procedimento di approvazione del codice cfr. A.PAGANO, *Il Code of Practice on Disinformation. Note sulla natura giuridica di un atto misto di autoregolazione*, in Federalismi.it giugno 2019, il quale ricorda come “la Commissione Europea, preoccupata per la genuinità dei procedimenti democratici (in particolare per le elezioni del Parlamento Europeo), nel gennaio del 2018 ha istituito un gruppo di esperti di alto livello (HLEG) incaricato di fornire consulenza sulle iniziative politiche volte a contrastare la diffusione della disinformazione online, rivedere i principi e le migliori pratiche esistenti allo stato dei fatti e del diritto ed individuare le più efficienti strategie d'azione.

I risultati del lavoro del gruppo sono confluiti, nel marzo del 2018, nel cd. “*Report of the independent High level Group on fake news and online disinformation*” che individua una serie di raccomandazioni, sia a breve che a lungo termine, finalizzate ad affrontare i più urgenti problemi derivanti dalla diffusione della disinformazione online (in particolare nei procedimenti elettorali) e rafforzare la resilienza della società europea rispetto agli effetti collaterali della diffusione delle *fake news*.

²⁰ Il *Forum Multistakeholder on Disinformation on line* era organizzato in due differenti gruppi. Da un lato il c.d. *working group*, composto dalle principali piattaforme *on line* e dalle associazioni di categoria e dalle principali associazioni pubblicitarie. Dall'altro lato dal c.d. “*Sounding board*” al quale partecipavano invece i rappresentanti dei media, della società civile, dei controllori dei fatti e del mondo accademico. Il *Sounding board*, aveva il compito di trasmettere alla Commissione la sua opinione sul codice..

b) Un controllo sugli annunci politici. I firmatari si impegnano a distinguere tra annunci pubblicitari e contenuto editoriale.

c) Un controllo sui *bot*. I firmatari si impegnano a attuare politiche chiare sull'uso improprio di *robots* automatizzati.

d) Un controllo sulle fonti. I firmatari si impegnano a sviluppare indicatori efficaci di fiducia sulle fonti riconoscendo la importanza di segnalare la c.d. disinformazione.

e) Un controllo a posteriori sulla attività svolta. I firmatari si impegnano a presentare una relazione annuale sulla attività svolta per contrastare la disinformazione. Inoltre i firmatari dovranno riunirsi regolarmente e alla fine del primo anno si dovrà decidere se modificare il codice o adottare altri mezzi.

Queste obbligazioni sono effettivamente molto generali, tanto che nella sua opinione finale alla Commissione del 24 settembre 2019 il c.d. *Sounding board* (organo interno al *Forum* che ha approvato il codice) ha rilevato che il codice non contiene impegni chiari e significativi, nessun obiettivo misurabile e anche nessuno strumento di *enforcement*, con la conclusione che non potrebbe essere definito neppure come un codice di regole.²¹

Tuttavia, data la genericità degli impegni ed i rilievi critici sopra citati, con la comunicazione del 5.12.2018 sulla attuazione della precedente comunicazione “contrastare la disinformazione”, la Commissione ha precisato ulteriormente il contenuto delle obbligazioni degli intermediari.²²

Sulla base di tale comunicazione, che potrebbe essere considerata come interpretativa del codice, gli intermediari sono obbligati, ad esempio, a comunicare il numero di profili falsi individuati e i profili falsi disabilitati; gli investimenti effettuati; le politiche svolte per disabilitare siti ecc. Si tratta in questo caso di obbligazioni assai dettagliate, con la conseguenza che la vera fonte di obblighi per gli intermediari firmatari pare essere, a questo punto, più la comunicazione della Commissione che il codice stesso.

La Commissione precisa inoltre che il mancato rispetto di queste obbligazioni potrebbe comportare il passaggio da strumenti di autoregolazione a strumenti normativi di *hard law*, e in particolare l'adozione di un regolamento, oltre al fatto che verranno pubblicizzate le inadempienze del singolo intermediario ad opera dell'autorità di controllo secondo il modello del “*Name and Shame*”.

Il codice, inoltre, riveste notevole importanza anche per la questione relativa alla disinformazione. Infatti, oltre a determinare gli impegni degli intermediari, tenta di dare una definizione di disinformazione e di disinformazione elettorale.

Disinformazione – secondo il codice- significa diffondere in maniera intenzionale informazioni false o ingannevoli, sia per scopi di utilità economica, sia per ingannare il pubblico. Inoltre tali informazioni debbono avere attitudine a provocare danni pubblici, intesi come minacce ai processi politici o a altri beni pubblici (salute, ambiente, sicurezza). Ci sono quindi differenti elementi che compongono la fattispecie:

- a) la esistenza di informazioni false o ingannevoli;
- b) un elemento soggettivo di dolo specifico (lo scopo di ricavare profitto o di ingannare il pubblico);
- c) una componente di pericolo (che tali informazioni possano provocare un danno pubblico).

²¹ Questo perché non rientrerebbe nella definizione europea di autoregolamentazione, intesa come iniziativa volontaria che permette tuttavia la assunzione di obblighi che possono essere monitorati. In particolare sono due le motivazioni che inducono il *Sounding Board* a ritenere che non si possa parlare di *Self-Regulation*: la mancanza di impegni chiari, significativi e oggettivamente misurabili e l'impossibilità di svolgimento di un controllo effettivo sull'implementazione, anche in virtù della mancanza di strumenti di conformazione. Come si è accennato, tuttavia, i firmatari del Codice hanno sottoscritto anche ulteriori atti, detti “*Roadmaps*” o “*Milestones*”, che individuano una serie di obblighi specifici temporalmente scanditi che, confluendo nell'Allegato I, divengono oggetto dell'attività di controllo e di valutazione. In particolare, gli impegni assunti con le *Roadmaps* vengono espressamente definiti come direttamente vincolanti.

²² COM (2018) 794 *Relazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo, Al Consiglio, Al Comitato Economico E Sociale Europeo E Al Comitato Delle Regioni sull'attuazione della comunicazione "Contrastare la disinformazione online: un approccio europeo"*, 2018

Sempre in funzione di limitare la disinformazione, le due comunicazioni introducono la possibilità di istituire strumenti pubblici di supporto agli strumenti di autoregolazione. Si tratta della creazione di una rete indipendente di verificatori di fatti per analizzare le fonti e i processi di creazione e diffusione delle informazioni, mentre in una tappa posteriore la commissione introdurrà una piattaforma *on line* europea sicura sulla disinformazione e un sistema di allerta rapido, in cooperazione con gli stati membri, che, a dire della medesima Commissione, consentirà di segnalare in tempo reale le campagne di disinformazione.²³

Infine la Commissione propone anche di applicare in maniera differente la normativa restrittiva in materia di aiuti di stato rispetto alle fonti tradizionali di informazione, con lo scopo evidente di diminuire le asimmetrie e la posizione dominante degli intermediari *internet* nel mercato della informazione.

Il modello, quindi, sembra ispirarsi ad un sistema misto di co-regolazione *soft* e di strumenti *hard* (anche se questa seconda parte deve ancora essere realizzata).²⁴

In relazione alla regolazione *soft* si evidenzia che, in accordo con le norme internazionali, il sistema appare proporzionale, perché gli operatori possono scegliere le obbligazioni che intendono rispettare (anche se la scelta non dipende, come invece dovrebbe, dall'entità dei flussi intermediati quanto invece da una libera scelta).

Inoltre nel monitoraggio si applicano alcuni dei principi tipici della *soft law* sovranazionale, come il sistema del *comply or explain* e, come abbiamo già detto, del *name and shame*. Infatti gli intermediari debbono rispondere alle informazioni chieste dalla Commissione. Se non lo fanno dovranno spiegarne le ragioni e saranno resi pubblici gli inadempienti.

4. Legge tedesca e legge francese: due diversi modelli

In Europa, gli esempi più noti di regolamentazione delle piattaforme *on line* sono la legge tedesca "Legge per migliorare la protezione dei diritti sui social network",²⁵ e la legge francese "*Relative a la lutte contre la manipulation de l'information*".²⁶

La legge tedesca introduce un modello di regolamentazione, nei principi ispiratori, vicino agli *standard* di regolamentazione sovranazionali che abbiamo evidenziato, anche se ha per oggetto la repressione dei contenuti illegali (sostanzialmente l'*hate speech*) e pertanto non può essere considerata una legge contro o sulla disinformazione.²⁷ Tantomeno è una legge specifica per il periodo elettorale.

In ogni caso tale legge fornisce un modello in parte ispirato alle tecniche di *soft law*. Le principali obbligazione degli intermediari si sostanziano infatti nella costituzione di una procedura interna

²³ Non v'è dubbio tuttavia che questa previsione appare più un auspicio che non un impegno concreto. Non si conosce infatti allo stato come possa funzionare un sistema di tal genere.

²⁴ Sulle *soft law* cfr. E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008, M. RAMAJOLI, *Self Regulation, Soft Regulation, Hard Regulation nei mercati finanziari*, in *Rivista della Regolamentazione dei Mercati*, 2/2016. Sul punto si veda anche B. BOSCHETTI, "Soft law e normatività: un'analisi comparata", *cit.*, 1 e F. CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *Pol. dir.*, 2001, 543. A. VITALE, *I codici di autoregolamentazione tra autonomia collettiva e coregolamentazione, i codici di buona condotta e la normativa sulla privacy*, Roma, 2004.

²⁵ La traduzione della legge, a cura di G. GIANNONE CODIGLIONE, in *Media law*, 1\2017, pag. 185; cfr. M. BASSINI, G.E. VIGEVANI, *Primi appunti su fake news e dintorni*, in *Media law* 1, 2017; G. DE GREGORIO, *The market place of ideas nell'era delle post verità: quali responsabilità per gli attori pubblici e privati on line*, *ivi* 91; F. PIZZETTI, *Fake news e allarme sociale: responsabilità non censura*, *ivi* 48.

²⁶ Legge 2018-1202

²⁷ Sulla base dell'art. 1 la legge si applica ai fornitori di servizi di telecomunicazioni che per scopo di profitto gestiscono piattaforme *internet* per permettere agli utenti di condividere a qualunque tipo di contenuto o di renderlo accessibile al pubblico. Le piattaforme che offrono contenuti di tipo giornalistico o editoriale, rispetto ai quali la responsabilità è dello stesso fornitore di servizi, non sono considerate come *social network* ai sensi della legge. Inoltre il gestore di un *social network* con meno di due milioni di utenti registrati in Germania è esonerato dagli obblighi previsti dalla legge.

efficace e trasparente, per la gestione dei contenuti illeciti e per consentire agli utenti la trasmissione delle segnalazioni, e in un obbligo di rendicontazione sulla gestione delle segnalazioni. La legge determina il contenuto di questa relazione in cui il gestore deve fornire informazioni, tra l'altro, sulle risorse, la competenza tecnica delle unità responsabili della gestione dei segnali, il tempo necessario per bloccare i contenuti illeciti.

Per quanto concerne la procedura per la gestione delle segnalazioni i principi e gli obiettivi sono chiaramente stabiliti: in sintesi la procedura deve garantire che il gestore del *social network* accolga immediatamente la segnalazione; rimuovi o blocchi l'accesso a un contenuto manifestamente illecito entro 24 ore dalla ricezione della segnalazione;²⁸ e entro sette giorni i contenuti illeciti (ma non manifestamente illeciti).²⁹ È prevista la costituzione di un organismo di autoregolamentazione, indipendente, finanziato dai gestori dei social network e accreditato da un autorità amministrativa, al quale i gestori possono rimettere la decisione sulle segnalazioni.

Il management deve monitorare la gestione delle segnalazioni mensilmente, correggere le carenze organizzative, garantire corsi di formazione e programmi di supporto almeno ogni sei mesi. La mancata adozione delle procedure, dei rapporti, del monitoraggio sulla gestione delle segnalazioni, così come la mancata correzione di una carenza organizzativa o la mancata formazione costituiscono illeciti sanzionabili, così come sono illeciti sanzionabili la mancata rimozione entro 24 ore dei contenuti manifestamente illeciti e entro sette giorni dei contenuti illeciti.³⁰

Ciò che tuttavia appare interessante, nell'ottica della individuazione del modello, è che il sistema sanzionatorio è principalmente legato all'organizzazione e agli obblighi di trasparenza, che costituiscono, nell'impianto della legge, le precondizioni per una corretta gestione dei contenuti illeciti. È prevista evidentemente anche una sanzione per l'inadempimento rispetto a singole fattispecie (mancata rimozione di un contenuto manifestamente illecito o illecito), ma in generale può osservarsi che il sistema pare incentrato più su regole generali interne che sulla repressione *ex post*. Ciò che viene imposta è soprattutto un'organizzazione interna in grado di garantire gli obiettivi che il regolamento vuole raggiungere, e ciò che viene sanzionato è principalmente il mancato adeguamento del sistema interno a questi principi.

È cioè un modello regolatorio prima ancora che sanzionatorio. La legge francese, che ha modificato il codice elettorale francese, ha un approccio e caratteristiche diverse rispetto alla legge tedesca.

Innanzitutto, a differenza della legge tedesca, la legge francese introduce regole speciali che si applicano solo nel periodo elettorale (nei tre mesi precedenti le elezioni), e solo agli operatori che hanno superato un certo numero di connessioni (cinque milioni al mese). Il che sembra confermare, come accennato in premessa, che da un lato il sistema elettorale costituisce un ordinamento sezionale e pertanto necessita di regole particolari, e dall'altro lato che tali regole devono essere proporzionali alla natura e alle caratteristiche dell'operatore.

In secondo luogo, la legge francese è una legge contro le notizie false e non contro i contenuti illeciti (come quella tedesca) e anche una legge contro le influenze straniere nelle elezioni.³¹

Per queste ragioni la normativa contiene una definizione di notizie false, come descrizioni imprecise o fuorvianti di un fatto con la caratteristica di alterare la regolarità dell'elezione, diffuse in

²⁸ Salvo che il *social network* abbia concordato con l'autorità giudiziaria competente un periodo più lungo per la cancellazione o il blocco dei contenuti manifestamente illeciti

²⁹ La legge prevede ipotesi nelle quali il termine di sette giorni può essere superato. Se la decisione sull'illeceità del contenuto dipende dalla falsità di una dichiarazione o da circostanze di fatto il gestore può dare all'utente la possibilità di replicare alla segnalazione prima che venga adottata una decisione. Altrimenti il social network può rimettere la decisione a un organo di autoregolamentazione previsto dalla stessa legge.

³⁰ L'autorità amministrativa competente (Ufficio federale di giustizia) può adottare una decisione di rimozione solo previa decisione giudiziale sulla sua illiceità.

³¹ La legge prevede, all'art. 6, che nei tre mesi anteriori alle elezioni il Consiglio superiore dell'audiovisuale se verifica che un servizio di comunicazione controllato o sotto l'influenza di uno Stato straniero ha diffuso false informazioni, in maniera deliberata con la finalità di alterare la regolarità dello scrutinio, può ordinare la sospensione della diffusione del servizio.

modo deliberato, artificiale o automatizzato e massivo, da un servizio di comunicazione online al pubblico. Il *Conseil Constitutionnel*, con una decisione interpretativa di rigetto del 20 dicembre 2018, ha specificato alcuni punti, in particolare in relazione alla interpretazione delle espressioni parole e notizie fuorvianti o inesatte, ma senza cambiare l'imposizione della legge³².

Di conseguenza la fattispecie di disinformazione giuridicamente rilevante è definita da un insieme di elementi oggettivi, soggettivi e di scopo. Costituiscono elementi oggettivi le descrizioni imprecise e fuorvianti, i mezzi (servizi di comunicazioni *on line* al pubblico), e le modalità (l'automatizzazione e la diffusione massiva); costituisce elemento soggettivo il dolo specifico (deliberatamente); costituisce l'elemento di scopo l'attitudine ad alterare la regolarità della elezione come descrizioni imprecise o fuorvianti, con la attitudine di tali descrizioni ad alterare la regolarità dell'elezione. In terzo luogo, la legge introduce una procedura giudiziaria sommaria davanti a un giudice civile. Il giudice deve decidere in 48 ore e adottare tutti i mezzi necessari per fermare la diffusione delle notizie. Infine, la legge prevede obblighi specifici di trasparenza nei tre mesi precedenti le elezioni e obblighi generali di lotta contro la diffusione di informazioni false che possono alterare la regolarità del controllo. Tra gli obblighi specifici, gli operatori devono fornire informazioni chiare e trasparenti sulla remunerazione e l'identità delle persone fisiche e giuridiche che intrattengono relazioni economiche con la piattaforma (oltre una determinata soglia). Tra gli obblighi generali, gli operatori si impegnano a dare trasparenza agli algoritmi e anche a pubblicare statistiche aggregate nel loro funzionamento, a fornire informazioni sulle persone fisiche e morali che sono remunerate in cambio della promozione dei contenuti. Gli obblighi informativi sono assistiti da sanzioni anche penali.

Vi sono dunque differenze rilevanti tra l'impianto della legge tedesca e l'impianto della legge francese.

Mentre la legge tedesca sanziona principalmente l'intermediario per la sua mancanza di organizzazione che ha impedito la tempestiva rimozione di un contenuto illecito, la legge francese sanziona l'intermediario, *ex post* per la diffusione delle notizie. Mentre la legge tedesca si basa su un'organizzazione amministrativa e sui meccanismi procedurali interni degli intermediari, la legge francese si basa sostanzialmente sull'intervento del giudice. In definitiva mentre l'impianto della legge tedesca è orientato alla prevenzione piuttosto che alla repressione, l'ordinamento francese ha scelto l'opzione opposta.

5. Esiste un modello comune di regolazione?

Dovendo trarre qualche elemento di sintesi da questa complessa – e tutt'altro che conclusiva – evoluzione della regolazione europea in tema di *social network* in periodo elettorale, sembra che si possano sottolineare almeno quattro punti che si collocano su di una linea di sviluppo relativamente coerente.

Il primo punto, che costituisce una precondizione rispetto ai seguenti, è la consapevolezza, da parte delle autorità sovranazionali e anche da parte degli Stati, circa i fallimenti del mercato prodottosi nel mercato dell'informazione con l'avvento dei *social network*. Fallimenti del mercato che si sono amplificati – come logico – nell'ambito del mercato delle informazioni politiche durante un procedimento elettorale.

Si tratta infatti di un sub-mercato che, essendo da un lato più ristretto e dall'altro lato più regolato del mercato generale dell'informazione, ha subito in maniera ancora più violenta, gli effetti di operatori in posizione dominante che operano svincolati tuttavia dalle regole alle quali sono invece sottoposti gli altri operatori. Per le ragioni che abbiamo già visto i fallimenti di questo mercato tuttavia non producono solo asimmetrie per i consumatori e per gli altri attori del mercato (mezzi

³² Con la decisione n. 2018-733 DC del 20 dicembre 2018 il *Conseil Constitutionnel* ha precisato che le notizie false o inesatte sono quelle di cui si può dimostrare la falsità in maniera oggettiva, con la esclusione delle opinioni, le parodie, le inesattezze parziali o le semplici esagerazioni. Inoltre la possibilità di bloccare, per un giudice, la diffusione di notizie può essere giustificato solo se il carattere inesatto o falso è manifesto, così come deve essere manifesto il rischio di alterazione delle elezioni.

tradizionali di informazione), ma incidono sulle modalità di formazione del consenso, che costituisce il presupposto per un voto libero ed informato.

Da qui il secondo punto circa la tendenza, da parte degli atti –non normativi- sovranazionali, ad incentivare la estensione della nozione di media anche ai *social network*. Sia il COE che la Commissione di Venezia concordano nello specificare, ai fini della identificazione delle reti sociali come media, alcuni "media indicators" (l'intenzione di agire come media, l'organizzazione professionale, il controllo editoriale, sebbene automatizzato). Questo punto assume un certo rilievo in relazione ai procedimenti elettorali, perché, fino ad ora, i social network non rispettavano le regole di quell'ordinamento sezionale (parità di accesso e in generale par condicio, trasparenza, silenzio nel c.d. periodo riflessione ecc.).

Il terzo punto sul quale sembra emergere una condivisione generale, sia a livello di documenti sovranazionali, che rispetto alle legislazioni specifiche di Germania e Francia e al Codice europeo, è poi l'applicazione del principio di proporzionalità e di eguaglianza alle piattaforme. Non tutti i *social network* devono essere trattati allo stesso modo, perché diverso è il loro potenziale impatto sui processi elettorali. Questo principio è stato incorporato, anche se in modo particolare, nel codice europeo, poiché i firmatari sono le grandi piattaforme che gestiscono servizi on line. È stato incorporato nella legge tedesca (la legge si applica ai social network con oltre 2.000.000 di utenti) e anche nella legge francese (le regole si applicheranno agli operatori che superano un determinato numero di connessione).

La quarta linea di sviluppo evidenzia una generale tendenza alla coregolamentazione, sebbene in questa espressione possano essere compresi modelli di regolazione assai diversi,³³ e sebbene i modelli normativi non seguano tutti i medesimi principi. In generale può dirsi che il sistema del Codice europeo è quello maggiormente ispirato alle *soft law* sovranazionali, il modello francese è quello che meno recepisce tali principi, mentre quello tedesco si colloca con alcuni elementi dell'uno e altri dell'altro.

Il modello europeo prevede una coregolamentazione particolarmente leggera, basata su principi assai generali e su un ruolo delle istituzioni pubbliche principalmente di verifica delle obbligazioni volontariamente assunte dagli operatori privati; il sistema di sanzioni si fonda sugli strumenti tipici della soft law sovranazionale con ampio ricorso alle regole del *comply or explain* e del *name and shame*.

Anche la Germania, che pure ha previsto un sistema sanzionatorio assai rigoroso, ha però impostato il sistema regolatorio secondo gli schemi generali della coregolazione: spetta infatti alle piattaforme determinare come disciplinare le procedure sulle segnalazioni, così come è espressione di autonomia privata l'organo indipendente costituito per verificare l'illiceità dei contenuti. Vi sono riferimenti al sistema del *name and shame*, soprattutto in relazione all'obbligo di resocontazione sulla gestione delle segnalazioni, per i gestori che abbiano ricevuto più di cento segnalazioni in un anno (con pubblicazione, tra l'altro, di tale rapporto sulla Gazzetta federale).

³³ Sul tema, ed in particolare sulla nozione europea di autoregolamentazione e coregolamentazione cfr. *Parere del Comitato Economico e Sociale Europeo sul tema «Autoregolamentazione e co-regolamentazione nel quadro legislativo dell'UE»* (2015/C 291/05), Par. 2.4 in eur-lex.europa.eu. Tale parere ha come finalità quella di definire "con chiarezza il quadro giuridico in cui tali strumenti (autoregolamentazione e co-regolamentazione) devono operare a livello dell'UE, che ne precisi la natura giuridica, ne stabilisca le condizioni di validità, delimiti i campi di applicazione, chiarisca i rapporti con l'etero-regolamentazione e ne indichi i limiti in modo uniforme, coerente e armonizzato".

Le due *species* di *Soft Law* vengono definite unitariamente come "meccanismi spontanei o indotti che regolano interessi economici e sociali, oppure rapporti e pratiche commerciali dei vari attori economici (*stakeholder*)"; da ciò è possibile desumere che, almeno nella dimensione europea, le categorie di autoregolamentazione e co-regolamentazione risultano accomunate da due elementi: la totale o prevalente attività di soggetti privati nel procedimento di produzione della regola e l'inerenza a settori ordinamentali caratterizzati dalla presenza di preminenti interessi privatistici. In particolare per co-regolazione si intende una "forma di regolamentazione delle parti interessate (*stakeholder*) che è promossa, orientata, guidata o controllata da una terza parte (sia essa un organismo ufficiale o un'autorità di regolamentazione indipendente) di norma dotata di poteri di esame, di controllo e, in alcuni casi, sanzionatori". In argomento cfr. A. PAGANO, *Il Code of practice on disinformation. Note sulla natura giuridica di un atto misto di autoregolazione*, cit. 11 ss.

Si differenzia tuttavia dal modello classico (utilizzato per esempio nel Codice europeo) dove il *name and shame* costituisce un potere selettivo dell'autorità pubblica, ed ha pertanto una precisa funzione sanzionatoria secondo i principi generali della regolazione sovranazionale. Infatti, nel caso della legge tedesca non è l'autorità che pubblica selettivamente gli operatori inadempimenti, ma è medesimo gestore di *social network* che deve pubblicare un rapporto. La funzione non è dunque quella di sanzionare, quanto di generare *accountability* nell'operatore e consapevolezza nei consumatori. Accanto a questi strumenti, inoltre, il sistema tedesco aggiunge anche gli strumenti sanzionatori tipici delle *hard law* (sanzioni economiche) che svolgono la classica funzione deterrente.

Nella legge francese il momento regolatorio *ex ante* è ancora minore, poiché nella sostanza la Francia ha optato per un sistema tradizionale imperniato sulla repressione giudiziale *ex post*. La legge francese, infatti non sembra avere per oggetto la regolazione delle reti sociali, quanto principalmente la determinazione di una nuova fattispecie di illecito (la notizia e la informazione falsa nel periodo elettorale) e di adattare, ai veloci tempi elettorali, procedimenti giudiziali che normalmente sono assai più lenti. Gli obblighi di trasparenza –assai generici- che sono previsti dalla legge, mirano a rendere edotto il consumatore, ma non hanno una funzione sanzionatoria come nelle fattispecie di *name and shame* e postulano un consumatore “informato” e “consapevole” che nella grande massa di utilizzatori è un caso raro.

In conclusione è però difficile sostenere che i fallimenti del mercato che si verificano attraverso la utilizzazione delle piattaforme on line siano risolti con questi interventi. Il *level playing field* tra gli operatori tradizionali e le piattaforme on line è tuttora ben lungi dall'essere realizzato.³⁴

Né, per altro verso, v'è da scandalizzarsi più di tanto della necessità di interventi regolatori in materia di libertà di pensiero. Basta ricordare la sentenza della Corte costituzionale del 1981 quando la necessità di regolamentazione del servizio televisivo fu giustificato sulla base di quelli che sono “*i dati caratteristici del mezzo di diffusione del pensiero in esame, che per la sua notoria capacità di immediata e capillare penetrazione nell'ambito sociale attraverso la diffusione nell'interno delle abitazioni e per la forza suggestiva delle immagini unite alla parola, dispiega una peculiare capacità di persuasione e di incidenza sulla formazione dell'opinione pubblica nonché sugli indirizzi socio-culturali, di natura ben diversa di quella attribuibile alla stampa*”.³⁵ Cambiano i mezzi ma non gli interessi da tutelare.

³⁴ Si ricorda al proposito come, giustamente la Commissione europea sostiene la necessità di non applicare più ai *media* tradizionali la normativa sugli aiuti di Stato. Il rischio che ci troviamo davanti, infatti, è la progressiva scomparsa degli strumenti di informazione “tradizionali”.

³⁵ [Corte cost. 21 luglio 1981 n. 148](#). La sentenza è citata anche da A. MARTUSCIELLO, *Le iniziative di AGCOM in materia di pluralismo e di correttezza dell'informazione*, cit., 58 nel medesimo senso di cui nel testo.