

Oreste Pollicino

---

**I CODICI DI CONDOTTA  
TRA *SELF-REGULATION*  
E *HARD LAW*: ESISTE DAVVERO  
UNA TERZA VIA PER LA  
REGOLAZIONE DIGITALE?  
IL CASO DELLA STRATEGIA  
EUROPEA CONTRO  
LA DISINFORMAZIONE *ONLINE***

---

Estratto

I CODICI DI CONDOTTA TRA  
SELF-REGULATION E HARD LAW: ESISTE  
DAVVERO UNA TERZA VIA PER LA  
REGOLAZIONE DIGITALE? IL CASO DELLA  
STRATEGIA EUROPEA CONTRO LA  
DISINFORMAZIONE ONLINE

SOMMARIO: 1. L'illusione anarcoide delle origini e l'emersione del dilemma *soft law vs. hard law*. — 2. L'*humus* valoriale di riferimento in una prospettiva transatlantica. — 3. Il genere letterario «codice di condotta», origini e contestualizzazione. — 4. Il caso della strategia della disinformazione *online*: le coordinate teoriche e la metafora costitutiva del libero mercato delle idee. — 5. L'importazione forzata della metafora e le conseguenze sul piano delle opzioni di politica del diritto. Dal Codice di condotta del 2018 a quello del 2022. — 6. Le novità sostanziali del Codice di condotta del 2022.

1. *L'illusione anarcoide delle origini e l'emersione del dilemma soft law vs. hard law*. — «Governi del Mondo, stanchi giganti di carne e di acciaio, io vengo dal Cyberspazio, nuova dimora della Mente. A nome del futuro, chiedo a voi, esseri del passato, di lasciarci soli. Non siete graditi fra di noi. Non avete alcuna sovranità sui luoghi dove ci incontriamo»<sup>1</sup>.

Con queste parole, nel 1996, agli albori del *web*, prendeva corpo la grande illusione (*ex post* fin troppo facile etichettare però) di un *internet* immune da qualsiasi forma di regolazione statale o sovranazionale.

---

<sup>1</sup> J.P. BARLOW, *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, EFF, 1996.

**ORESTE POLLICINO**

Come è stato giustamente fatto notare, in questa prospettiva, i poteri pubblici sono «l'altrove, impossibilitati a predicare la propria sovranità e ad estendere l'*enforcement* delle norme giuridiche entro uno spazio idealizzato come territorio separato»<sup>2</sup>.

Venticinque anni dopo è facile concludere come la storia abbia poi fatto emergere una realtà assai diversa da quella che si augurava Barlow. E questo per almeno due ragioni. La prima è che gli Stati nazione hanno dimostrato di poter non solo regolamentare ma anche «iper-regolare» il cyberspazio che, è bene sempre tenerlo a mente, prima ancora che di *bit*, è costituito da infrastrutture fisiche e cavi sottomarini e quindi di una dimensione «atomica», parte di quel mondo analogico nei cui confronti Barlow (auto)proclamava una irrealistica indipendenza. Si pensi a come ordinamenti non democratici siano stati in grado di creare dei c.d. *Great Firewall*, come nel caso cinese e, ultimamente, quello russo a seguito della invasione dell'Ucraina in cui, per l'appunto, muraglie virtuali e strategie di disinformazione, cui si accennerà nella parte conclusiva, e di censura hanno prodotto lesioni assai reali e significative all'esercizio della libertà di espressione ed al diritto a essere informati.

1052

La seconda ragione consiste nel fatto che ciò che doveva essere, secondo la visione utopistica di Barlow, un nuovo mondo libero da condizionamenti e poteri forti, in cui la comunità di utenti avrebbe avuto la capacità di autoregolarsi alla luce della propria cornice valoriale di riferimento, si è rivelato uno spazio che, lungi dal voler cavalcare le visioni distopiche — altrettanto nocive di quelle utopistiche — per esempio di Morozov<sup>3</sup>, e parzialmente anche di Zuboff<sup>4</sup>, si è rivelato assai accessibile ai poteri privati che hanno sicuramente condizionato quel processo di autodeterminazione da parte degli utenti che doveva essere la pietra angolare su cui costruire lo spazio immaginato dai pionieri del *web*.

Alla luce dello scenario qui brevemente descritto, soprattutto nella dottrina statunitense, si è subito evidenziata una contrapposizione<sup>5</sup> tra i

<sup>2</sup> M. BASSINI, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi "spazi pubblici" e "poteri privati"*. Spunti di comparazione, in *MediaLaws*, 2021, 86 ss.

<sup>3</sup> E. MOROZOV, *The Net Delusion. The Dark Side of Internet Freedom*, New York, Public Affairs, 1997.

<sup>4</sup> S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism. The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, New York, Public Affairs, 2019.

<sup>5</sup> Sui problemi relative al rapporto tra autoregolazione ed eteroregolazione vedi le acute osservazioni, in questo *Simposio*, di L. TORCHIA, *Poteri di vigilanza, controllo e sanzionatori nella regolazione europea della trasformazione digitale*.

**LA STRATEGIA EUROPEA CONTRO LA DISINFORMAZIONE ONLINE**

sostenitori di una visione cyberanarcoide <sup>6</sup> e coloro che hanno contestato i presupposti normativi e descrittivi di questa tesi <sup>7</sup>. Le posizioni antitetiche alla *State regulation*, ispirate forse anche da un «pregiudizio liberario», incline a guardare con diffidenza all'assoggettamento a regolazione pubblicistica di fenomeni «nuovi», si fondavano sul riconoscimento di una pretesa superiorità dell'autoregolamentazione sul cyberspazio. Questa visione era suggestionata da alcune criticità ravvisate all'applicazione alla rete di regole pensate per un mondo fatto di materia e fondato sulla delimitazione di confini territoriali (anche quale operazione idonea a sancire un limite all'efficacia spaziale di certe regole), fra cui per esempio l'incertezza che gli individui-utenti avrebbero patito nell'identificare le regole applicabili nei vari ambiti/siti in cui le loro condotte prendevano corpo (l'assenza della c.d. *notice*).

Queste preoccupazioni, come è noto, hanno ben presto lasciato spazio a visioni non ostili a una regolazione statale, che hanno conosciuto un più facile radicamento anche per effetto delle prime pronunce giurisprudenziali in cui, soprattutto negli Stati Uniti, si prendeva atto che le peculiarità del cyberspazio non fossero tali da distogliere le attività che vi prendevano corpo da qualsiasi regola di condotta che non fosse già stata introdotta dagli Stati per governare il «mondo della materia» <sup>8</sup>. Anzi, come si è fatto notare in uno studio di parecchi anni fa <sup>9</sup>, è proprio la reazione delle corti statunitensi all'orientamento anarcoide prima evocato, attraverso l'esercizio di radicamento della propria giurisdizione in merito a casi aventi ad oggetto una disputa su Internet a confermare che esistono *adjudicators* all'interno di uno spazio che si pensava fosse immune all'intervento dei pubblici poteri. Il che, si notava in quello studio, potrebbe fare emergere uno scenario alquanto paradossale nel quale «the area of Internet law, for years considered the most emblematic expression of the limitations of national law in facing the challenges of

<sup>6</sup> D.R. JOHNSON e D. POST, *Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace*, in 48 *Stanford Law Review* (1996), 1371 ss.

<sup>7</sup> In tema J.L. GOLDSMITH, *Against Cyberanarchy*, in 65 *University of Chicago Law Review* (1998), 1199 ss.

<sup>8</sup> Si v. U. KOHL, *Jurisdiction and the Internet*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009; D.J. SVANTESSON, *Solving the Internet Jurisdiction Puzzle*, Oxford, Oxford University Press, 2017; J. HÖRNLE, *Internet Jurisdiction Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2020.

<sup>9</sup> O. POLLICINO e M. BASSINI, *The Law of the Internet between Globalization and Localization*, in *Transnational Law - Rethinking Law and Legal Thinking*, a cura di M. Maduro, K. Tuori e S. Sankari, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

**ORESTE POLLICINO**

globalisation, would, by contrast, prove to be one of the few fields of law still encapsulated in national law, in which not only a global approach, but also a transnational one risks proving not to be fully adequate»<sup>10</sup>.

Al di là degli scenari paradossali, ciò che rileva in questa sede ed emerge dalle riflessioni preliminari appena svolte è che il dibattito transatlantico sulla regolamentazione dei nuovi attori del *web* sin da subito si è polarizzato (*melius*: radicalizzato) su due posizioni (che hanno dato vita ad un dilemma di natura quasi esistenzialista), tra autoregolamentazione da una parte (sponda statunitense) e necessità di una *hard law* (di matrice europea) dall'altra.

2. *L'humus valoriale di riferimento in una prospettiva transatlantica.* — Come sempre accade, anche in questo caso, le opzioni di politica del diritto prescelte sono fortemente influenzate dall'*humus* valoriale che caratterizza gli ordinamenti in questione. Semplificando al massimo una questione che meriterebbe ben altro approfondimento, ma che in questo caso è funzionale all'oggetto privilegiato di indagine relativo alla percorribilità ed efficacia, alla luce delle novità adottate dall'ormai all'orizzonte *Digital Services Act* (DSA)<sup>11</sup>, della via della coregolamentazione<sup>12</sup> quale possibilità di andare oltre il dilemma pseudo-esistenzialista prima evocato, si potrebbe dire che se la parola chiave del costituzionalismo statunitense è «libertà», quella del costituzionalismo europeo, e non poteva non esserlo, è «dignità». Più precisamente, esiste una profonda frattura di fondo che oppone alla visione nordamericana incentrata sull'esaltazione del Primo emendamento una rappresentazione squisitamente europea fondata sul predominio assiologico della protezione dei dati.

La libertà di espressione è stata interpretata da sempre nel diritto costituzionale statunitense come la stella polare, il diritto che segna la caratterizzazione di quell'ordinamento giuridico. Questo atteggiamento trova emersione nella cornice valoriale adottata dalla Corte Suprema,

<sup>10</sup> POLLICINO e BASSINI, *The Law of the Internet between Globalization and Localization*, cit.

<sup>11</sup> Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio 15 dicembre 2020, relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE, COM(2020) 825 final.

<sup>12</sup> Più in generale sulle luci ed ombre che la possibilità di nuovi meccanismi di coregolamentazione offerti dal DSA vedi l'assai ben articolato saggio di A. SIMONCINI, *La coregolamentazione delle piattaforme digitali*, in questo *Simposio*.

**LA STRATEGIA EUROPEA CONTRO LA DISINFORMAZIONE ONLINE**

incline a esaltare fin dalla prima pronuncia in materia l'inedita dimensione libertaria del fenomeno *internet*. Da subito, agli occhi della Corte Suprema statunitense, *internet, the new free marketplace of ideas*, offre coordinate e spazi nuovi per l'esercizio della libertà di parola, ai quali occorre guardare attraverso lenti e categorie diverse da quelle che si applicano ai media tradizionali. Da qui la scelta, in *Reno v. ACLU*<sup>13</sup>, di mutuare dalla celebre *dissenting opinion* di Justice Holmes in *Abrams*<sup>14</sup>, l'utilizzo della metafora del *free marketplace of ideas*, la cui importazione nell'ordinamento europeo è stata la causa principale, come si dirà, delle questioni costituzionali sollevate dal consolidamento di nuovi attori privati, come anche dimostrato dal parziale fallimento del primo codice di condotta dell'Unione europea in tema di lotta alla disinformazione.

Rispetto all'assetto valoriale statunitense appena descritto possiamo dire, semplificando, che tale libertà in Europa si gioca la sua partita «alla pari» con altri diritti fondamentali e non gode di quella prevalenza assiologica che caratterizza la posizione e l'interpretazione del Primo emendamento nell'ordinamento statunitense.

Ci sono almeno due elementi che confermano questo quadro, e sono rintracciabili entrambi all'interno del quadro convenzionale. Innanzitutto, l'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, al suo secondo comma, prevede un qualcosa di assolutamente «irricevibile» per il costituzionalismo statunitense. Ovvero la codificazione espressa, come del resto per tutte le altre libertà e diritti previsti dal medesimo testo convenzionale, di limiti e quindi di restrizioni alla stessa libertà, giustificate alla luce della stella polare del costituzionalismo europeo, ovvero il principio di responsabilità.

In secondo luogo, altro concetto sconosciuto al diritto costituzionale d'oltreoceano, la Convenzione (ma anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione) prevede espressamente la possibilità dell'abuso del diritto<sup>15</sup>, a conferma di quell'ottica di non assolutezza, bilanciamento e pari-ordinazione tra diritti quali caratteristiche delle tradizioni costituzionali comuni europee. Proprio questa impostazione più moderata, che

1055

<sup>13</sup> Corte Suprema federale degli Stati Uniti d'America 26 giugno 1997, *Reno v. ACLU*, in 521 U.S. 844 (1997).

<sup>14</sup> Corte Suprema federale degli Stati Uniti d'America, 10 novembre 1919, *Abrams v. United States*, in 250 U.S. 616 (1919). Si veda, nello specifico, la *dissenting opinion* di Holmes, 624 ss.

<sup>15</sup> Art. 17 CEDU e art. 54 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

considera la libertà di espressione in modo analogo ad altri diritti pari-ordinati, ha permesso di gettare le fondamenta per interventi normativi più moderni; si pensi al GDPR<sup>16</sup>, alla direttiva *Copyright*<sup>17</sup>, e alla revisione della direttiva in tema di servizi media audiovisivi<sup>18</sup>, e alle prossime riforme ormai prossime del cantiere digitale europeo (il DSA, già citato, il *Digital Markets Act* — DMA<sup>19</sup> — e l'*Artificial Intelligence Act*<sup>20</sup>, senza dimenticare il nuovo Codice di condotta contro la disinformazione pubblicato il 16 giugno del 2022<sup>21</sup>, cui nell'ultima parte di questo scritto sarà dedicato un breve approfondimento).

3. *Il genere letterario «codice di condotta», origini e contestualizzazione.* — È solo alla luce dello scenario appena descritto che è possibile contestualizzare «il genere letterario» del codice di condotta e la trasfigurazione che sembra poter avere nel contesto europeo. Una sorta di trasformatore, come vedremo guardando all'osservatorio privilegiato della strategia contro disinformazione, da un meccanismo fondato sulla autoregolamentazione a, almeno potenzialmente, uno alternativo basato sulla coregolamentazione<sup>22</sup>.

1056

<sup>16</sup> Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

<sup>17</sup> Direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE.

<sup>18</sup> Direttiva (UE) 2018/1808 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018 recante modifica della direttiva 2010/13/UE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (direttiva sui servizi di media audiovisivi), in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato.

<sup>19</sup> Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio 15 dicembre 2020, relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali), n. COM/2020/842 final. Vedi a riguardo, in questo *Simposio*, le assai interessanti e condivisibili riflessioni di M. LIBERTINI, *Il Regolamento europeo sui mercati digitali e le norme generali in materia di concorrenza*.

<sup>20</sup> Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio 21 aprile 2021, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, n. COM(2021) 206 final. Vedi a questo proposito, in questo *Simposio*, le assai interessanti considerazioni di G. FINOCCHIARO, *La regolazione dell'intelligenza artificiale*, ed il denso ed assai condivisibile saggio di G. RESTA, *Cosa c'è di 'europeo' nella Proposta di Regolamento UE sull'intelligenza artificiale?*, in *Dir. inf.*, 2022, 323.

<sup>21</sup> Si v. per lettura del testo aggiornato <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/cod-e-practice-disinformation>.

<sup>22</sup> Per una mappatura, nel contesto europeo, ad ampio raggio, ad di là dell'ambito digitale oggetto privilegiato di questa indagine vedi l'analisi, anche se non più recente, di

**LA STRATEGIA EUROPEA CONTRO LA DISINFORMAZIONE ONLINE**

Serve però procedere con ordine, con un cenno alle origini della fonte del diritto oggetto di indagine. Il codice di condotta non trova la sua culla nel contesto digitale, ma piuttosto in quello relativo alla c.d. *corporate social responsibility*<sup>23</sup>. La ragione della genesi all'interno dell'ambito societario è duplice. In primo luogo, codificare le regole operazionali relative al loro operato interno alla società, dall'altro, sul fronte esterno e per ragioni legate alla dimensione reputazionale, dimostrare come l'assetto societario si sia dotato di principi organizzativi in conformità con le *best practice* più attente alla tutela dei diritti fondamentali in gioco, facendo riferimenti ai principi e valori sia etici che giuridici generalmente riconosciuti. Tutto questo, ovviamente su base volontaria. Per questa ragione sembra appropriata la definizione di Jimenez, Dittmar e Vargas Portillo ai sensi della quale «the term code of conduct refers to certain rules of correct behaviour established by associations involved in a particular sector of business activity with the objective of establishing norms reciprocal behaviours among themselves and other economic agents»<sup>24</sup>.

Perché però questo insieme di regole, di fatto scritte, su base volontaria, da chi poi è destinato ad applicarle, siano inquadrabili nel genere letterario del codice di condotta, ci sono delle condizioni minime da rispettare. In primo luogo, devono esserci degli obiettivi chiari e non equivoci che siano in grado di rispondere alla domanda «cosa», vale a dire quali i fini ultimi da realizzare attraverso la scrittura del codice. In secondo luogo, è necessario che ad ogni obiettivo corrispondano una o più «misure» in grado di rispondere alla domanda «come», vale a dire con quali mezzi e strumenti sia possibile realizzare gli obiettivi prefissati. In terzo luogo, è fondamentale che vi siano degli indicatori in grado di

1057

L.A.J. SENDEN, L. KICA, M. HIEMSTRA e K. KLINGER, *Mapping self- and co-regulation approaches in the EU context*, 2015, <https://dspace.library.uu.nl/handle/1874/327305>; ed anche L.A.J. SENDEN, *Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where do they meet?*, in 9 *Electronic Journal of Comparative Law* 2005.

<sup>23</sup> Una delle definizioni più accurate del concetto si trova nel *Green Paper* della Commissione sulla *Corporate Social Responsibility* come «a concept whereby companies integrate social and environmental concerns in their business operations and in their interaction with their stakeholders on a voluntary basis». Commissione delle comunità europee, *Green paper promoting a European framework for corporate social responsibility*, 2001, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0366:FIN:EN:PDF>.

<sup>24</sup> D.L. JIMÉNEZ, E.C. DITTMAR e J.P. VARGAS PORTILLO, *New Directions in Corporate Social Responsibility and Ethics: Codes of Conduct in the Digital Environment*, in 1 *Journal of Business Ethics* (2021), 5.



**ORESTE POLLICINO**

misurare e verificare l'efficacia dei risultati conseguiti e del mantenimento degli obblighi assunti (si tratta dei cosiddetti *Key Performance Indicators* — KPIs). Infine, è cruciale che al codice sia assicurata la natura dinamica di *living document*, sia per quanto riguarda il profilo soggettivo di nuovi possibili firmatari che potrebbero aderire, sia con riferimento a quello oggettivo della verifica circa la effettiva realizzazione degli impegni assunti.

Se si contestualizza il modello appena descritto di codice di condotta all'interno dell'ecosistema digitale in continua evoluzione dell'Unione europea, in cui, nonostante il codice genetico descritto in precedenza di matrice regolatoria — in conformità alle tradizioni costituzionali comuni — non è sempre possibile, per difetto di competenza, assenza di una base giuridica appropriata o semplicemente resistenza da parte di alcuni stati membri, adottare una normativa vincolante, si può osservare che i codici di condotta sono stati uno strumento assai utilizzato per tentare attraverso uno strumento di *soft law*, di convincere attori privati, a livello nazionale ed europeo, a raggiungere un livello più elevato di protezione dei diritti in gioco attraverso un dialogo con le istituzioni europee competenti e la successiva adozione di un codice di condotta. Il primo diritto per cui l'Unione europea ha deciso di muoversi per promuovere l'adozione di tali strumenti a livello nazionale è stato quello relativo alla protezione dei minori. Già con l'allegato II alla raccomandazione del Consiglio 98/560<sup>25</sup> si richiedeva l'adozione, su base volontaria, da parte degli operatori che erogavano servizi di media audiovisivi di codice di condotta a protezione sia, come si diceva, dei minori, sia, più in generale della dignità umana. I medesimi riferimenti a codici di condotta a livello nazionale che possano rendere più efficace la normativa (già vincolante) dell'Unione europea sono contemplati, ad esempio, dalla direttiva *e-Commerce*<sup>26</sup>, che li prevede anche a livello comunitario e dal GDPR all'art. 40.

In tutti questi casi, a ben vedere, i codici di condotta si innestano all'interno di un tessuto normativo già esistente a livello europeo, e sono

---

<sup>25</sup> Raccomandazione del Consiglio del 24 settembre 1998 concernente lo sviluppo della competitività dell'industria dei servizi audiovisivi e d'informazione europei attraverso la promozione di strutture nazionali volte a raggiungere un livello comparabile ed efficace di tutela dei minori e della dignità umana.

<sup>26</sup> Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno.

**LA STRATEGIA EUROPEA CONTRO LA DISINFORMAZIONE ONLINE**

finalizzati a precisarne i contorni o renderne più efficaci le disposizioni. Non sono dunque i casi più interessanti ai nostri fini, in quanto vi è già stata una regolamentazione (*hard*) sia essa volta a cercare armonizzazione minima con una direttiva o un'ambiziosa e quasi mai realizzata uniformità con un regolamento (spesso direttive mascherate quando toccano temi legati all'ecosistema digitale, si pensi al GDPR o alla nuova proposta di regolamento in materia di intelligenza artificiale)<sup>27</sup>. Si tratta dunque in sostanza di *self-regulation*, del tutto volontaria, che però ha già un tessuto normativo vincolante su cui poggiarsi, e la maggior parte delle volte, peraltro, si tratta di codici di condotta adottati a livello nazionale, ove invece il nostro ambito di indagine privilegiato è quello europeo.

Più interessante ai nostri fini quegli esercizi di scrittura relativi a codici di condotta a livello europeo che si confrontano con campi che non hanno alla base una preesistente normativa vincolante dell'Unione, perché, molto semplicemente, si tratta di temi che, al di là della competenza della stessa Unione sul punto, è molto controverso, prima ancora del «come» regolamentare, cioè attraverso quale opzione di politica del diritto, «se» farne o meno oggetto di regolazione.

4. *Il caso della strategia della disinformazione online: le coordinate teoriche e la metafora costitutiva del libero mercato delle idee.* — Un caso emblematico è quello della lotta alla disinformazione *online* che per la complessità del tema, anche definitorio, e la difficoltà di bilanciare da una parte il diritto ad essere informati in modo se non veritiero, quanto meno verificabile, e la pericolosità di restrizioni ingiustificate alla libertà di espressione, con un pericoloso effetto di *collateral censorship*<sup>28</sup>, trova risposte diverse tanto sul «se» quanto sul «come» da una parte all'altra dell'oceano Atlantico.

È proprio sul grado di asimmetria transatlantica prima menzionata relativa al ruolo da attribuire alla libertà di espressione e a quanto la protezione ad essa accordata sia in grado di avere un predominio assiologico sulle altre libertà con essa in conflitto che si gioca la partita rilevante in tema di disinformazione.

<sup>27</sup> Su questi punti ci si permette di rinviare all'Audizione di chi scrive, tenutasi presso le Commissioni riunite trasporti e attività produttive della Camera dei deputati l'8 febbraio 2022 e consultabile a questo [link](https://webtv.camera.it/evento/19913): <https://webtv.camera.it/evento/19913>.

<sup>28</sup> J. BALKIN, *Old-School/New-School Speech Regulation*, in 127 *Harvard Law Review* (2014), 2296 ss.

**ORESTE POLLICINO**

L'Europa ha provato, con un primo codice di condotta, nel 2018, a delegare alle grandi piattaforme la regolamentazione del fenomeno. Per comprendere perché si sia scelta la strada della *self-regulation* è importante fare un passo indietro, partendo proprio dalla metafora, prima richiamata, del *free marketplace of ideas*, di matrice statunitense, e del tentativo, da parte della Commissione europea di fare propria quella metafora, allorché abbia delegato l'esercizio di scrittura del primo codice di condotta contro la disinformazione alle grandi piattaforme, con tutte le implicazioni di politica del diritto che ne sono conseguite.

Il linguaggio metaforico, e qui è necessaria una premessa di matrice teorico-definitoria, gioca un ruolo fondamentale, con particolare riferimento al processo migrazione di «metafore costituzionali» e delle conseguenti opzioni di politica del diritto. Più specificatamente lo strumento necessario, se non privilegiato per operazioni di traslazione e di «trasferimento» delle categorie «classiche» dal mondo materiale a quello immateriale, è l'utilizzo del linguaggio metaforico. In fondo, la metafora, quasi geneticamente, e sicuramente etimologicamente, ha in sé quel *meta-pherein*, trasferire «oltre», attraverso campi di esperienza diversi.

1060

Bisogna riconoscere ad Alessandro Giuliani il grande merito di aver per primo (anche prima degli studiosi cognitivisti nordamericani) fatto emergere l'importanza del linguaggio metaforico: «tutta la storia del pensiero giuridico potrebbe essere studiata, dal punto di vista del linguaggio, come un susseguirsi di metafore»<sup>29</sup>.

Il passaggio ulteriore è compiuto con la pubblicazione, nel 1980, del volume *Metaphors We Live by* di Lakoff e Johnson<sup>30</sup>. Secondo tale prospettiva, ogni metafora avrebbe un «campo d'origine» («a source domain»), un «campo di destinazione» («a target domain»). Il che implica, per dirla con Winter<sup>31</sup>, quel processo di «carry over, transfer knowledge across domain».

Questa premessa, si accennava prima, sembra rilevante per poter

<sup>29</sup> A. GIULIANI, *La «nuova retorica» e la logica del linguaggio normativo*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1970, 379, il quale aggiunge che «basterebbe esaminare una qualsiasi delle controversie della scienza giuridica per vedere come le diverse soluzioni siano condizionate dalle metafore accettate, dalle similitudini, dal ricorso all'esempio», per il cui il lavoro del giurista non sarebbe altro che «correzione di metafore, chiarificazione del linguaggio».

<sup>30</sup> G. LAKOFF e M. JOHNSON, *Metaphors We Live by*, Chicago, University of Chicago Press, 1980, trad. it. ID., *Metafora e vita quotidiana*, Milano, Bompiani, 1998.

<sup>31</sup> S.L. WINTER, *A Clearing in the Forest. Law, Life, and Mind*, Chicago, University of Chicago Press, 2001.

**LA STRATEGIA EUROPEA CONTRO LA DISINFORMAZIONE ONLINE**

meglio comprendere il processo che ha portato alla migrazione (ed al rigetto) dal contesto statunitense a quello europeo della metafora, già più volte richiamata, del libero mercato delle idee, con conseguente fallimento, come si dirà, della opzione di politica del diritto conseguente, ovvero l'adozione del primo codice di condotta europea contro la disinformazione, interamente fondato su un meccanismo di autoregolamentazione e quindi di delega in bianco alle piattaforme digitali, nuovi poteri privati sempre più in competizione con i poteri pubblici e, di fatto, a volte, giocando un ruolo para-costituzionale<sup>32</sup>.

Si è aperto infatti, da qualche anno, un dibattito se, ed in caso di risposta affermativa, quale possa essere la reazione giuridica più adeguata rispetto ad un fenomeno che, i casi della stagione pandemica e di quella bellica sono esemplari al riguardo, è in grado di influenzare ed inquinare il dibattito pubblico fino a, con riferimento al momento elettorale, incidere sugli esiti dello stesso.

È proprio in questo contesto, come si accennava, che la metafora coniata da Holmes nel 1919, o meglio il suo riadattamento all'ecosistema digitale da parte della Corte suprema nel 1997, di *internet* quale *new free marketplace of ideas*, è rilevante.

Quando infatti nel 2018 in Commissione europea decide di adottare una strategia, a livello comunitario, e quindi di matrice tendenzialmente unitaria, per fronteggiare il fenomeno della disinformazione, l'opinione prevalente, a cui, parte del gruppo di lavoro, l'autore di queste pagine si oppone, fu proprio quella di importare in Europa, dall'*humus* del costituzionalismo statunitense, in cui era nata e cresciuto, la metafora di *internet* quale il nuovo mercato delle idee. Quindi una fiducia cieca nella capacità auto-correctiva del «mercato» a fare emergere, attraverso una *free competition* di idee e opinioni (anche quelle false), la verità, o comunque ad isolare la disinformazione senza la necessità di alcun intervento che prevedesse il coinvolgimento di istituzioni pubbliche. Il che si traduce nel meccanismo di autoregolamentazione come unica opzione di politica del diritto disponibile. Un orientamento questo che è

<sup>32</sup> Si v. OFA M.R. FERRARESE, *Poteri nuovi. Privati, penetranti, opachi*, Bologna, il Mulino, 2022; S. CASSESE, *Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati?*, Bologna, il Mulino, 2016. Ci si permette di rinviare sul punto a O. POLLICINO, *Potere Digitale*, in *Enc. dir.*, di prossima pubblicazione. Si v. anche G. DE GREGORIO, *Digital Constitutionalism in Europe. Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022 e O. POLLICINO, *Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet. A Road toward digital constitutionalism?*, Oxford, Hart, 2021.

**ORESTE POLLICINO**

sicuramente conforme alle radici culturali e costituzionali americane per cui, come è stato sostenuto dalla stessa Corte suprema «Under the First Amendment there is no such thing as a false idea. However pernicious an opinion may seem, we depend for its correction not on the conscience of judges and juries but on the competition of other ideas. But there is no constitutional value in false statements of fact»<sup>33</sup>.

Il che però è, al contrario, tutt'altro che in armonia con le tradizioni costituzionali europee e con il livello di concorrenzialità del pluralismo del dibattito pubblico in *internet* che ha caratterizzato il modello continentale. Per essere più chiari, come si è avuto più volte di ribadire, il sistema statunitense non può essere «costituzionalmente» sensibile al tema della disinformazione per definizione, in quanto, come si diceva, si fonda sulla capacità autocorrettiva del «mercato delle idee» e per quelle caratteristiche peculiari proprie del costituzionalismo americano cui si accennava in precedenza. Vale a dire predominio assiologico del Primo emendamento, fiducia nello strumento tecnologico come «amplificatore» delle libertà preesistenti, grande rilevanza del profilo attivo, con riguardo alla libertà di espressione, di chi diffonde il proprio pensiero.

1062

In Europa, al contrario, visto il sistema valoriale assai differente sia per quanto riguarda, come già richiamato, il ruolo giocato «alla pari» della libertà di espressione con le altre libertà fondamentali, sia con riferimento al concetto di abuso del diritto e all'attenzione al profilo passivo del diritto a essere informato se non in modo veritiero, quanto meno verificabile, un'importazione dell'idea di *internet* quale *new free marketplace of ideas* nelle vesti di bussola di orientamento per (non regolare) il fenomeno della disinformazione non poteva che comportare (e portare a) una crisi di rigetto.

Crisi dovuta anche ad errato esercizio di trasferimento o traslazione dei campi di esperienza che abbiamo visto, caratterizzare, anche etimologicamente, il concetto di metafora. Si è visto infatti che tale concetto ha due elementi costitutivi, il campo di provenienza ed il campo di destinazione. Con riferimento alla metafora oggetto di importazione nel nostro caso, il libero mercato delle idee, evidentemente, il campo di provenienza della stessa è quello relativo al libero gioco di mercato tipico del diritto alla concorrenza e quello di destinazione fa invece riferimento al plura-

<sup>33</sup> Corte suprema federale degli Stati Uniti d'America, 25 giugno 1974, *Gertz v. Robert Welch*, in 418 U.S. 323 (1974). Si veda, nello specifico, la *dissenting opinion* di Holmes, 624 ss.

**LA STRATEGIA EUROPEA CONTRO LA DISINFORMAZIONE ONLINE**

lismo di idee che dovrebbe caratterizzare lo spazio ed il discorso pubblico, nel mondo analogico e in quello digitale. Ebbene, è evidente che affinché l'importazione di una metafora possa funzionare gli elementi costitutivi dei due campi rilevanti non possono essere stravolti.

Nel caso dell'importazione europea della metafora oggetto di indagine — libero mercato delle idee — invece si ha un netto stravolgimento del campo di provenienza, c.d. *source domain*, tra i periodi in cui la metafora è elaborata per la prima volta da Holmes nel 1919 e poi ripresa dalla Corte suprema nel 1997 e quello in cui, assai dopo, nel 2018, la stessa metafora è stata poi presa in prestito dalla Commissione europea nella sua prima strategia, ed il suo primo Codice di condotta contro la disinformazione. Quando Holmes scriveva la sua *dissenting opinion* il contesto statunitense era caratterizzato da un periodo di *laissez faire*, a forte traino liberale, in cui effettivamente vi erano tutte le caratteristiche, quanto al campo di provenienza della metafora, di un mercato libero e concorrenziale. Così come, quando nella traslazione dal mondo degli atomi a quello dei *bit* la Corte suprema riprendeva la metafora definendo a fine degli anni Novanta *internet* come *the new marketplace of ideas*, questa faceva effettivamente riferimento al momento fondativo per la nascita e lo sviluppo del cyberspazio, un «mercato» a quei tempi davvero libero, che aveva fatto illudere, come si è visto, i pionieri del *web* potesse davvero essere indipendente dal mondo reale. Al contrario, quando nel 2018 la metafora è importata forzatamente dalla Commissione europea nel vecchio continente al fine di elaborare la prima strategia europea contro la disinformazione, l'assetto economico (campo di provenienza della metafora) che caratterizzava (e tutt'ora caratterizza) il *web*, era ed è tutt'altro che libero, per via dell'emersione e del consolidamento di quei poteri privati cui prima si faceva accenno.

1063

5. *L'importazione forzata della metafora e le conseguenze sul piano delle opzioni di politica del diritto. Dal Codice di condotta del 2018 a quello del 2022.* — Alla luce di tali premesse, non è un caso che il codice di condotta del 2018 contro la disinformazione, che pure rappresentava un *unicum* a livello mondiale quale modello di impegno volontario, da parte del potere digitale privato, ad adottare tutta una serie di misure che contenessero il fenomeno, è stato deludente quanto a vaghezza degli obblighi assunti da parte delle stesse piattaforme e l'assenza quasi completa di criteri per la verificabilità e la misurabilità degli impegni. In

**ORESTE POLLICINO**

particolare, la versione del 2018 non prevedeva le condizioni fondamentali per rendere il codice uno strumento efficace al contrasto contro la disinformazione, in particolare considerata l'assenza di obiettivi e linee guida definiti dalla Commissione e strumenti di misurazione delle misure adottate dai firmatari.

Si è quindi deciso, in sostanza, a partire dall'autunno del 2021, di riscrivere, sotto il coordinamento di chi scrive ed alla luce delle linee guida della Commissione che erano nel frattempo state adottate<sup>34</sup>, un nuovo codice che potesse colmare le lacune del precedente ed essere uno strumento assai più efficace per contrastare un fenomeno che, intanto, era diventato di una gravità assoluta per gli effetti di inquinamento e di polarizzazione del discorso pubblico, che sempre più caratterizza le *digital agorà* ospitate dalle grandi piattaforme.

Rispetto al 2018 si avevano almeno quattro elementi aggiuntivi che non potevano che cambiare in meglio quanto realizzato con il primo codice di condotta. In primo luogo, la varietà e diversità di provenienza dei firmatari che non sono più soltanto le grandi piattaforme, ma comprendono anche esponenti della società civile, della comunità dei *fact-checkers* e delle imprese pubblicitarie, il che evidentemente ha portato spesso ad un aspro ma molto sano contraddittorio; in secondo luogo, la consapevolezza che bisognava trovare, dopo il fallimento dell'importazione statunitense del concetto di libero mercato delle idee, una risposta prettamente europea conforme all'assetto valoriale del vecchio continente, che si è tradotto in un meccanismo maggiormente bilanciato e di dialogo tra firmatari e Commissione; in terzo luogo, le linee guida della Commissione che fissavano la linea rossa al di sotto della quale, in termine di protezione dei diritti, non si doveva andare e indicando proposte per la misurazione e il monitoraggio degli obiettivi; in quarto luogo e specialmente, la prossima entrata in vigore del DSA, già approvato dal Parlamento europeo e mentre si scrive sul tavolo del Consiglio, che farà dei codici di condotta, compreso quello appena presentato contro la disinformazione, strumenti privilegiati, seppure in modo come vedremo contraddittorio, di coregolamentazione. Il punto è passato inosservato ai più, ma tra le tante virtù (e qualche vizio) del DSA vi è anche il tentativo di fare dei codici di condotta la sede privilegiata per

---

<sup>34</sup> *Guidance on Strengthening the code of practice on disinformation*, adottate dalla Commissione il 26 aprile 2021 e consultabili qui <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/guidance-strengthening-code-practice-disinformation>.



**LA STRATEGIA EUROPEA CONTRO LA DISINFORMAZIONE ONLINE**

andare oltre quello che si diceva essere il dilemma esistenziale già presente agli albori di *internet*, ovvero *self-regulation* versus *hard law*.

Più precisamente, se è vero che il considerando 67 del DSA ribadisce la natura volontaria dei codici di condotta, il considerando 68 prevede espressamente l'opzione di coregolamentazione accanto a quella della *self-regulation* per quanto riguarda i contenuti illeciti come definiti dagli ordinamenti degli stati membri. Inoltre, a dimostrare che si tratta di qualcosa di (molto) più di una cornice di *self-regulation*, in cui il non aderire ad un codice di condotta può avere soltanto per il non firmatario delle implicazioni negative dal punto di vista reputazionale, è espressamente previsto dallo stesso considerando secondo cui «The refusal without proper explanations by a provider of an online platform or of an online search engine of the Commission's invitation to participate in the application of such a code of conduct could be taken into account, where relevant, when determining whether the online platform or the online search engine has infringed the obligations laid down by this Regulation». Niente di più vicino ad una minaccia di *enforcement* esterno che a sua volta è niente di più lontano dai meccanismi propri della *self-regulation* nel settore digitale.

1065

La disciplina più dettagliata è poi affidata rispettivamente all'art. 35 per i codici di condotta in generale e all'art. 36 più specificatamente per i codici in materia di pubblicità *online*. Il *fil rouge* delle disposizioni è sempre lo stesso: da una parte si ribadisce la natura volontaria, dall'altra emerge un ruolo assai più proattivo e di controllo della Commissione con riferimenti anche all'*enforcement* in caso di mancato adempimento degli obblighi assunti.

6. *Le novità sostanziali del Codice di condotta del 2022.* — Tale serie di circostanze favorevoli ha fatto sì che il nuovo codice, di fatto, abbia anticipato il DSA quale primo laboratorio di coregolamentazione che, in futuro, potrà ben andare a toccare settori differenti rispetto a quello della disinformazione, come per esempio l'*hate speech* e la disciplina pubblicitaria. In altre parole, il nuovo codice definisce un esempio di coregolamentazione che contribuisce a definire la strategia europea in relazione alle piattaforme digitali.

Rispetto al codice del 2018 il vero valore aggiunto è costituito da una presenza molto più massiccia e circostanziata degli indicatori delle prestazioni relativi alla effettività (e quindi misurabilità) degli impegni presi.



**ORESTE POLLICINO**

Si fa riferimento ai già richiamati KPI, quasi del tutto assenti nel 2018, che nel nuovo codice prendono il nome di *Qualitative Reporting Elements* (QRE) e *Services Level Indicators* (SLI). Si tratta di un elemento cruciale, perché nessun codice di condotta può essere preso sul serio se non ha criteri, per l'appunto, seri e rigorosi per verificare se e come gli impegni assunti dai firmatari vengano poi tradotti in azioni concrete.

Quanto alle novità sostanziali, partendo dal Preambolo, si può notare come esso faccia riferimento alle tradizioni costituzionali europee ed al ruolo fondamentale della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, quindi ponendo al centro il ruolo dei diritti fondamentali, e del loro bilanciamento, nel contrasto alla disinformazione.

Nel primo capitolo, relativo al c.d. *ad placement*, uno dei capisaldi fondamentali è quello relativo alla trasparenza nei meccanismi di *content monetisation*. Tali strategie che sono legate al *business model* dei *social media*, costituiscono un importante mezzo che tende a favorire la circolazione di contenuti, tra cui la disinformazione, che portano a un maggiore *engagement* e quindi a una remunerazione legata alla loro diffusione. Di conseguenza, il codice dà grande risalto alla lotta senza quartiere contro i professionisti della disinformazione, cercando di valorizzare la demonetizzazione delle risorse necessarie per inquinare il dibattito pubblico.

Con riferimento al secondo capitolo, relativo al tema caldissimo del *political adversting*, il Codice si sofferma molto sulla necessità di una chiara identificazione di cosa sia pubblicità politica sul *web*, con un sistema di *labelling* che deve essere il più chiaro e trasparente possibile. La linea di confine tra contenuti politici e altri contenuti, ma con contenuto politico, rende il contrasto alla disinformazione particolarmente complesso<sup>35</sup>, particolarmente in momenti sensibili quali le elezioni.

Il terzo capitolo, relativo all'integrità dei servizi, ha un focus molto più accentuato rispetto al codice del 2018 sugli sforzi (che devono essere verificabili) per innalzare il livello di sicurezza contro tattiche, tecniche e procedure anche occulte di disinformazione. Un tale sistema fornisce maggiore flessibilità al codice anche per contrastare nuove strategie di manipolazione.

---

<sup>35</sup> G. DE GREGORIO e C. GOANTA, *The Influencer Republic: Monetizing Political Speech on Social Media*, in 23 *German Law Journal* (2022), 204.

**LA STRATEGIA EUROPEA CONTRO LA DISINFORMAZIONE ONLINE**

Il quarto capitolo, relativo al rafforzamento della posizione degli utenti dei servizi dei *social network* e delle grandi piattaforme, affronta un punto centrale e si concentra molto di più rispetto al passato sulle misure di mitigazione ed attenuazione del rischio e su nuovi strumenti per rafforzare, per l'appunto, la posizione dell'internauta. In questo caso, l'obiettivo è fornire agli utenti strumenti che permettano di contrastare la disinformazione, includendo, ad esempio, campagne di *media literacy* o strumenti di ricorso.

Il quinto capitolo, che è dedicato al rafforzamento della ricerca, enfatizza la necessità dell'accesso ai dati necessari da parte dei ricercatori per poter portare avanti in modo indipendente ed approfondito i loro studi sulla disinformazione, ovviamente il tutto in conformità con la disciplina del GDPR. Questo punto costituisce un importante passo in avanti, considerato il limite all'accesso ai dati sui contenuti che sono ospitati dai *social media*.

Il sesto capitolo, relativo alla questione cruciale del *fact-checking*, si concentra sul ruolo di tali attori nel contrasto alla disinformazione, in particolare assicurandosi che sia identificata una *fair financial contribution* a favore dei *fact-checkers*, per assicurarne indipendenza e dialogo con le piattaforme. I *fact-checkers* svolgono un ruolo sempre più centrale nel contrasto alla disinformazione e, in questi anni, hanno stretto maggiori rapporti con le grandi piattaforme che hanno supportato in diversi modi, anche attraverso fondi, l'attività di queste organizzazioni.

Infine, i capitoli su *Transparency Centre* e *Task Force* sono essenziali perché caratterizzano l'identità dinamica del codice come *work in progress* la cui valutazione sulla effettività degli impegni e sulla sua generale implementazione deve essere, per l'appunto, continuativa. In questo caso, la *Task Force* contribuisce anche alla definizione degli *Structural Indicators* (SI) ossia quelle misure diagonali che permettono la misurazione generale degli obiettivi del codice. Proprio questa parte del codice svolge un ruolo fondamentale per assicurare che il codice sia un *living instrument* e possa essere adattato alle sfide del contrasto alla disinformazione.

Un'ultima nota: l'Italia è stato il primo paese europeo — viste le elezioni del 25 settembre 2022 — a cui si sarebbero potute applicare almeno in teoria, le disposizioni, assai innovative, in tema di *political advertising*, presenti nel Codice. È vero che quest'ultimo concede ai firmatari un periodo di sei mesi per implementare le misure che si sono

**ORESTE POLLICINO**

impegnati a realizzare, ma vista la codificazione (mai avvenuta prima) di tali impegni, che, anche se non formalmente vincolanti, giocano sicuramente un ruolo di *moral suasion* piuttosto significativo, sarebbe stato forse il caso di aprire un Osservatorio che potesse (*melius*: avrebbe potuto) assicurare un monitoraggio rigoroso e continuativo sul rispetto di tali disposizioni. Ne va della democrazia, che oggi passa (anche) da una seria lotta alla disinformazione, specie quella che, come è accaduto molte volte, in altri ordinamenti anche dalle forti tradizioni liberali, ha influito sull'esito del momento fondativo di ciascuna democrazia: quello elettorale.