

# **Delega di funzioni regolamentari e lotta ai rischi sistemici causati dalla disinformazione nel *Digital Services Act*: quali rischi per la libertà di espressione?\***

Andrea Palumbo – Jacopo Piemonte

## **Abstract**

Il saggio mira a esaminare fino a che punto il modello di co-regolamentazione adottato dal regolamento (UE) 2022/2065 per la mitigazione dei rischi sistemici causati dalla disinformazione possa assicurare il rispetto della libertà di espressione degli utenti dei servizi di fornitori di piattaforme e motori di ricerca online di dimensioni molto grandi. Le rilevanti disposizioni del regolamento sono analizzate sotto la lente della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Nella prima parte è oggetto di analisi la compatibilità di questo modello regolamentare con il principio di legalità sancito dalla Carta, mentre la seconda parte si concentra sui rischi che le restrizioni disposte ai sensi del regolamento (UE) 2022/2065 per la mitigazione dei rischi sistemici non siano in linea con il principio di proporzionalità. Le criticità identificate nello scritto intendono offrire spunti di riflessione sull'idoneità della co-regolamentazione per disciplinare attività che implicano la moderazione dei contenuti di utenti online.

This contribution aims to examine whether the co-regulation model adopted in regulation (EU) 2022/2065 to govern the mitigation of systemic risks caused by disinformation is compatible with the protection of users' freedom of expression on very large online platforms and search engines. The relevant provisions of the Regulation are evaluated in light of the Charter of fundamental rights of the European Union. First, it will be assessed if the co-regulatory model of the Regulation is respectful of the legality principle of the Charter. Second, the analysis moves on to the risk that the mitigation of systemic risks generated by disinformation may lead to disproportionate interferences with the right to freedom of expression. The identified shortcomings should provide points of reflection on whether co-regulation is fit for purpose when it comes to the moderation of users' online content.

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

## **Sommario**

1. Considerazioni introduttive. - 2. Il nuovo paradigma regolamentare del *DSA* ed il ruolo della co-regolamentazione: esiste un problema per la tutela della libertà di espressione? - 3. Restrizioni della libertà di espressione derivanti dall'attuazione dell'art. 35 del *DSA* e del Codice. - 4. Delega di funzioni regolamentari e compatibilità con il principio di legalità: l'assetto co-regolamentare del *DSA* alla prova. - 4.1. Il principio di legalità nella Carta. - 4.2. La compatibilità con il principio di legalità dell'art. 35 del *DSA*. - 5. Salvaguardie per un'applicazione proporzionata dell'art. 35 del *DSA*, rispetto della libertà di espressione in concreto? - 5.1. Le salvaguardie del *DSA* per il rispetto del principio di proporzionalità nella moderazione dei contenuti – 5.2. Mettendo in pratica il *DSA*: fino a che punto è ragionevole attendersi il rispetto del principio di proporzionalità? - 5.3. (Segue) I rimedi giudiziali e stragiudiziali nel *DSA*. - 5.3.1. Il primo livello: meccanismi di reclamo e ricorso. - 5.3.2. Il secondo livello: la risoluzione stragiudiziale delle controversie. - 5.3.3. Il terzo livello: il ricorso agli organi giurisdizionali. - 5.4. (Segue) La supervisione della Commissione. - 5.4.1. I meccanismi di controllo sull'operato di *VLOPs* e *VLOSEs* nel *DSA*. - 5.4.2. Luci e ombre del ruolo di vigilanza della Commissione. - 6. Conclusioni.

## **Keywords**

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea - disinformazione - libertà di espressione e di informazione - moderazione dei contenuti - *Digital Services Act*

---

## **1. Considerazioni introduttive**

A decorrere dal 17 febbraio 2024, comincerà a trovare applicazione il regolamento (UE) 2022/2065 (regolamento sui servizi digitali)<sup>1</sup>, meglio conosciuto con il suo nome inglese *Digital Services Act* (di seguito, il “*DSA*”). Con il *DSA* il legislatore europeo ha introdotto un nuovo paradigma regolamentare per i rischi posti dai fornitori di servizi intermediari di semplice trasporto, memorizzazione temporanea e memorizzazione di informazioni, concentrandosi sulla disciplina dei servizi di memorizzazione di informazioni (c.d. *hosting*). Tra le altre cose, il *DSA* ha introdotto una disciplina *ad hoc* per i fornitori di piattaforme online di dimensioni molto grandi e dei motori di ricerca online di dimensioni molto grandi (in inglese, rispettivamente, *very large online platforms* e *very large online search engines*, di seguito “*VLOPs*” e “*VLOSEs*” e, congiuntamente, gli “intermediari”)<sup>2</sup>, a cui sono state attribuite importanti funzioni di auto-regolamentazione rispetto all'adozione delle misure di attenuazione dei rischi sistemici causati dai loro servizi, quali ad esempio la diffusione di contenuti illegali e dannosi online. Viene

---

<sup>1</sup> Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali).

<sup>2</sup> Le piattaforme online e i motori di ricerca online sono designati, rispettivamente, come *VLOPs* e *VLOSEs* sulla base dei criteri stabiliti dall'art. 33 del *DSA*.

dunque attribuita a tali intermediari ampia discrezionalità nell'implementazione del *DSA*.

Questo nuovo sistema potrebbe comportare, con ogni probabilità, la limitazione dell'esercizio della libertà di espressione per i destinatari dei servizi di *VLOPs* e *VLOSEs*<sup>3</sup> (di seguito, gli "utenti") in determinate situazioni (si pensi, ad esempio, alla possibilità per gli intermediari di rimuovere contenuti di utenti che considerino perniciosi). Per questa ragione, l'implementazione di questo sistema dovrebbe avvenire nel pieno rispetto delle condizioni richieste dal diritto dell'Unione per limitare l'esercizio di diritti fondamentali.

Questo articolo si concentrerà sull'analisi delle criticità che si presentano, per la libertà di espressione degli utenti, in conseguenza della delega di competenze regolamentari che il *DSA* opera verso *VLOPs* e *VLOSEs* per l'attenuazione di rischi sistemici. Al fine di fornire considerazioni più precise sulle ricadute applicative di questo approccio regolamentare, l'analisi prenderà ad esempio il caso dell'attenuazione dei rischi sistemici causati dalla disseminazione di contenuti qualificati come disinformazione. L'esempio della disinformazione è stato selezionato in virtù del fatto che ad oggi è già stato adottato un codice di condotta da parte di alcuni *VLOPs* e *VLOSEs* per adempiere, tra le altre cose, agli obblighi di attenuazione dei rischi del *DSA*. Pertanto, i paragrafi che seguono forniranno sia considerazioni generali sulle problematiche derivanti dalla delega di funzioni regolamentari, sia un'analisi più concreta e precisa dei risvolti pratici del funzionamento di alcune disposizioni del *DSA* nello specifico caso della lotta alla disinformazione e dell'utilizzo del codice di buone pratiche sulla disinformazione del 2022 (di seguito, il "Codice")<sup>4</sup>.

## **2. Il nuovo paradigma regolamentare del *DSA* ed il ruolo della co-regolamentazione: esiste un problema per la tutela della libertà di espressione?**

Il *DSA* costituisce un rivoluzionario sviluppo legislativo per la disciplina della diffusione di contenuti illegali o dannosi online.

Esso potrebbe porsi nel solco della spinta normativa con cui l'Europa si è eretta a livello globale come pioniera nella difesa dei diritti fondamentali nel mondo digitale e nella regolamentazione del digitale, influenzando anche legislazioni extra europee. Tale fenomeno, noto come "*Brussels effect*", ha portato in passato numerose legislazioni extra-UE a prendere come ispirazione il *General Data Protection Regulation*<sup>5</sup> per regolare nei rispettivi paesi la tutela dei dati personali<sup>6</sup>. Del pari, anche la proposta di *Artificial*

<sup>3</sup> Per la definizione di "destinatario del servizio" art. 3, lett. b), del *DSA*.

<sup>4</sup> Commissione europea, *The Strengthened Code of Practice on Disinformation 2022*, in *ec.europa.eu*, 16 giugno 2022.

<sup>5</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>6</sup> A. Bendiek - I. Stuerzer, *The Brussels Effect, European Regulatory Power and Political Capital: Evidence for*

*Intelligence Act*<sup>7</sup> (in fase avanzata di finalizzazione da parte del Legislatore europeo) potrebbe diventare in futuro uno tra i principali *standard* globali a cui fare riferimento per la regolamentazione dell'intelligenza artificiale<sup>8</sup>. Si è sostenuto che la stessa dinamica possa dunque ripetersi con il modello europeo introdotto dal *DSA*. Seppure le differenze culturali potrebbero portare a maggiori difficoltà nell'“impiantare” tale sistema in paesi come gli Stati Uniti, tale modello si pone quanto meno come primo innovativo *benchmark* legislativo in questo ambito che non si potrà non tenere in considerazione<sup>9</sup>. Ed infatti, nonostante il testo del *DSA* riprenda i principi della direttiva *e-commerce*<sup>10</sup> per la disciplina della responsabilità degli intermediari per i contenuti diffusi online da terzi<sup>11</sup>, introduce anche importanti novità.

In primo luogo, il *DSA* presenta un nuovo paradigma regolamentare per la disciplina dei contenuti diffusi tramite i servizi degli intermediari online, passando da un approccio concentrato sulla responsabilità *ex post* degli intermediari ad una regolamentazione *ex ante* delle loro attività<sup>12</sup>. Agli articoli, ereditati dalla direttiva *e-commerce*, sul regime di esenzione dalla responsabilità si aggiunge una corposa normativa su obblighi di trasparenza e di due *diligence*, che si articolano su più livelli con una diversa disciplina a seconda della categoria di intermediari per cui trovano applicazione. La categoria soggetta al maggior numero di disposizioni è quella dei *VLOPs* e *VLOSEs*, per cui il *DSA* trova integralmente applicazione con obblighi supplementari rispetto agli altri intermediari, in considerazione dei maggiori rischi che comportano per la società e la circolazione di informazioni online.

In secondo luogo, il *DSA* impone una serie di obblighi la cui implementazione in concreto deve essere definita dagli intermediari disciplinati, tramite un'autovalutazione del rispetto della normativa da parte degli stessi accompagnata da sistemi di controllo esterno e dalla vigilanza di autorità competenti. Questo approccio lascia ampia discrezionalità ai soggetti obbligati su come implementare il *DSA*, seppur con la previsione di un continuo monitoraggio del loro operato.

---

*Mutually Reinforcing Internal and External Dimensions of the Brussels Effect from the European Digital Policy Debate*, in *Digital Society*, 2-5, 2023, 5.

<sup>7</sup> Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2021, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione.

<sup>8</sup> L. Floridi, *The European Legislation on AI: a Brief Analysis of its Philosophical Approach*, in *Philosophy & Technology*, 34, 2021, 217 ss.

<sup>9</sup> N. Zingales, *The DSA as a Paradigm Shift for Online Intermediaries' Due Diligence: Hail To Meta-Regulation*, in J. Van Hoboken - J. P. Quintais - N. Appelman - R. Fahy - I. Buri - M. Straub (a cura di), *Putting the DSA into practice*, 2022, 222 ss.

<sup>10</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 (Direttiva sul commercio elettronico).

<sup>11</sup> Si vedano, in particolare, gli artt. 4, 5 e 6 del *DSA* sul regime di responsabilità dei prestatori del servizio di, rispettivamente, semplice trasporto, memorizzazione temporanea e memorizzazione di informazioni.

<sup>12</sup> G. Caggiano, *La proposta di Digital Service Act per la regolazione dei servizi e delle piattaforme online nel diritto dell'Unione europea*, in G. Caggiano - G. Contaldi - P. Manzini, *Verso una legislazione europea su mercati e servizi digitali*, Bari, 2021, 7; M. C. Buiten, *The Digital Services Act: From Intermediary Liability to Platform Regulation*, *Journal of Intellectual Property*, in *Information Technology and E-Commerce Law*, 12, 2022, 361.

L'esempio evidente di questo approccio è rinvenibile nella Sezione del *DSA* dedicata agli obblighi per *VLOPs* e *VLOSEs*<sup>13</sup>, ove il legislatore europeo ha attribuito a questi intermediari il compito di agire come auto-regolatori dei rischi sistemici che emergono a causa dell'utilizzo dei loro servizi<sup>14</sup>, sebbene sotto la vigilanza della Commissione e prevedendo sistemi di controllo da parte di esperti indipendenti. In particolare, l'art. 34 del *DSA* prevede che *VLOPs* e *VLOSEs* debbano valutare gli eventuali rischi sistemici nell'Unione derivanti «dalla progettazione o dal funzionamento del loro servizio e dei suoi relativi sistemi, compresi i sistemi algoritmici, o dall'uso dei loro servizi»<sup>15</sup>. Questa valutazione deve essere effettuata almeno una volta l'anno, nonché ogniqualvolta è introdotta una funzionalità che possa avere un impatto critico sui rischi sistemici individuati. L'art. 34 del *DSA* non fornisce una lista completa dei rischi sistemici per cui deve essere compiuta la valutazione, ma specifica che, in ogni caso, la valutazione deve comprendere quattro categorie di rischi sistemici, riguardanti la diffusione di contenuti illegali, gli eventuali effetti negativi per l'esercizio dei diritti fondamentali, gli eventuali effetti negativi sul dibattito civico, i processi elettorali e la sicurezza pubblica, e infine gli effetti negativi sulla violenza di genere, la protezione della salute pubblica e dei minori e le gravi conseguenze negative per il benessere fisico e mentale della persona<sup>16</sup>.

Sulla base dei rischi così individuati, *VLOPs* e *VLOSEs* sono tenuti, ai sensi dell'art. 35 del *DSA*, ad adottare misure di attenuazione dei rischi che siano ragionevoli, proporzionate ed efficaci<sup>17</sup>. A tal proposito, è possibile evidenziare la presenza di un sistema

<sup>13</sup> Si veda il Capo III, Sezione 5 del *DSA*.

<sup>14</sup> N. Zingales, *The DSA as a Paradigm Shift for Online Intermediaries' Due Diligence: Hail To Meta-Regulation*, cit., 215 ss.

<sup>15</sup> Si veda l'art. 34, par. 1, del *DSA*.

<sup>16</sup> L'art. 34, par. 1, secondo capoverso del *DSA* dispone quanto segue con riferimento agli obblighi di *VLOPs* e *VLOSEs*:

«Essi effettuano le valutazioni dei rischi entro la data di applicazione di cui all'articolo 33, paragrafo 6, secondo comma, e successivamente almeno una volta all'anno, e in ogni caso prima dell'introduzione di funzionalità che possono avere un impatto critico sui rischi individuati a norma del presente articolo. La valutazione del rischio deve essere specifica per i loro servizi e proporzionata ai rischi sistemici, tenendo in considerazione la loro gravità e la loro probabilità, e deve comprendere i seguenti rischi sistemici:

- a) la diffusione di contenuti illegali tramite i loro servizi;
- b) eventuali effetti negativi, attuali o prevedibili, per l'esercizio dei diritti fondamentali, in particolare i diritti fondamentali alla dignità umana sancito nell'articolo 1 della Carta, al rispetto della vita privata e familiare sancito nell'articolo 7 della Carta, alla tutela dei dati personali sancito nell'articolo 8 della Carta, alla libertà di espressione e di informazione, inclusi la libertà e il pluralismo dei media, sanciti nell'articolo 11 della Carta, e alla non discriminazione sancito nell'articolo 21 della Carta, al rispetto dei diritti del minore sancito nell'articolo 24 della Carta, così come all'elevata tutela dei consumatori, sancito nell'articolo 38 della Carta;
- c) eventuali effetti negativi, attuali o prevedibili, sul dibattito civico e sui processi elettorali, nonché sulla sicurezza pubblica;
- d) qualsiasi effetto negativo, attuale o prevedibile, in relazione alla violenza di genere, alla protezione della salute pubblica e dei minori e alle gravi conseguenze negative per il benessere fisico e mentale della persona».

<sup>17</sup> L'art. 35, par. 1, primo capoverso dispone quanto segue:

«I fornitori di piattaforme online di dimensioni molto grandi e di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi adottano misure di attenuazione ragionevoli, proporzionate ed efficaci, adattate ai rischi sistemici specifici individuati a norma dell'articolo 34, prestando particolare attenzione agli effetti di tali misure sui diritti fondamentali».

di co-regolamentazione, in cui le autorità di vigilanza collaborano con gli intermediari per la definizione delle misure di implementazione dell'art. 35 del *DSA* in concreto. In particolare, il *DSA* contempla, all'art. 45, par. 2<sup>18</sup>, la collaborazione tra intermediari e Commissione europea per la definizione all'interno di codici di condotta delle misure di attenuazione dei rischi sistemici identificati a norma dell'art. 34.

L'art. 35 del *DSA* riguarda l'attenuazione di una categoria aperta di rischi sistemici che possono potenzialmente derivare non solo da contenuti illegali, ma anche dalla diffusione di contenuti legali che possono essere nocivi se disseminati sistematicamente e con determinate modalità, come può essere il caso della disinformazione. Inoltre, l'attuazione dell'art. 35 può realizzarsi tramite misure di moderazione dei contenuti online degli utenti, così interferendo con i diritti fondamentali di questi ultimi.

Pertanto, si può osservare come l'art. 35 del *DSA* attribuisca importanti funzioni regolamentari a *VLOPs* e *VLOSEs*, in collaborazione e sotto la vigilanza della Commissione, per l'attuazione di misure capaci di limitare l'esercizio dei diritti fondamentali degli utenti, ed in particolare la loro libertà di espressione.

Questo approccio regolamentare presenta criticità per il rispetto delle condizioni per la restrizione dei diritti tutelati dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>19</sup> (di seguito, la "Carta"), sia nella forma che nella sostanza delle sue ricadute applicative. Queste criticità possono essere esaminate con maggiore facilità con riferimento all'attenuazione dei rischi sistemici causati dalla disinformazione, in quanto per la disinformazione è già stato adottato un codice di condotta adatto ad essere impiegato come mezzo di implementazione dell'art. 35, come previsto dall'art. 45 del *DSA*. Pertanto, è possibile avanzare considerazioni sul funzionamento complessivo dell'assetto regolamentare del *DSA* per la mitigazione dei rischi sistemici generati dalla disinformazione<sup>20</sup>. Nei paragrafi che seguono sono esaminate le criticità per la tutela della libertà di espressione degli utenti derivanti dall'implementazione dell'art. 35 del *DSA* per mitigare i rischi sistemici causati dalla disinformazione, con particolare riferimento al rispetto del principio di legalità della Carta, alle conseguenze applicative della delega di funzioni regolamentari agli intermediari, e all'assenza di sufficienti salvaguardie per assicurare che la moderazione di contenuti avvenga nel pieno rispetto del principio di proporzionalità sancito dalla Carta. In sostanza, nei prossimi paragrafi è discussa la

<sup>18</sup> L'art. 45, par. 2, del *DSA* dispone quanto segue:

«Qualora emerga un rischio sistemico significativo ai sensi dell'articolo 34, paragrafo 1, che interessa diverse piattaforme online di dimensioni molto grandi o diversi motori di ricerca online di dimensioni molto grandi, la Commissione può invitare i fornitori di piattaforme online di dimensioni molto grandi interessati o i fornitori di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi e altri fornitori di piattaforme online di dimensioni molto grandi, di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi, di piattaforme online e di altri di servizi intermediari, se opportuno, nonché le pertinenti autorità competenti, le organizzazioni della società civile e altre parti interessate, a partecipare all'elaborazione dei codici di condotta, anche stabilendo impegni ad adottare misure specifiche di attenuazione dei rischi nonché un quadro di comunicazione periodica sulle misure adottate e sui relativi risultati».

<sup>19</sup> Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, GUUE C-364/2000.

<sup>20</sup> Il collegamento tra l'art. 35 e la disinformazione non è esplicito sulla base del testo dell'articolo, ma è reso evidente dai preamboli del *DSA* (si vedano i preamboli 83, 84 e 88). È stato anche dedotto dal fatto che tra i rischi sistemici da valutare a norma dell'art. 34 vi sono gli effetti negativi su dibattito civico, processi elettorali, sicurezza pubblica, salute pubblica e dei minori, benessere fisico e mentale della persona.

compatibilità con l'art. 52 della Carta del sistema co-regolamentare disposto dal *DSA*.

### **3. Restrizioni della libertà di espressione derivanti dall'attuazione dell'art. 35 del *DSA* e del Codice**

Prima di procedere oltre, occorre preliminarmente considerare se l'attuazione dell'art. 35 del *DSA* per mitigare i rischi generati dalla disinformazione possa interferire con la libertà di espressione degli utenti che, come noto, è tutelata dall'art. 11 della Carta<sup>21</sup>. A riguardo, l'attuazione dell'art. 35 del *DSA* potrebbe interferire in più modi con la libertà di espressione degli utenti. Trattandosi di un articolo che trova applicazione a un'ampia varietà di situazioni e per diverse finalità, la sua incidenza in concreto sulla libertà di espressione dipenderà da come sarà implementato volta per volta dai soggetti obbligati. Con riferimento allo specifico caso delle misure da adottare per mitigare i rischi causati dalla disinformazione, occorre guardare al Codice per comprendere se siano imposte misure che possano essere considerate restrizioni alla libertà di espressione degli utenti, ovvero alle misure che i firmatari del Codice potrebbero porre in essere per conformarsi all'art. 35.

A tal proposito, occorre riferirsi agli impegni 18 e 21 del Codice. Nell'ambito di questi impegni, i firmatari si sono incaricati di limitare la diffusione dannosa della disinformazione adottando, tra le altre cose, misure consistenti nella proibizione di un contenuto e nella restrizione della visibilità di contenuti (ad esempio agendo sui parametri dei sistemi di raccomandazione). Occorre dunque valutare se tali misure costituiscono restrizioni della libertà di espressione tutelata dall'art. 11 della Carta.

Come prima premessa, bisogna tenere a mente che l'art. 11 obbliga l'Unione e gli Stati membri ad astenersi dal violare la libertà di espressione. Le disposizioni della Carta si applicano, difatti, alle istituzioni e organi dell'Unione, e agli Stati membri esclusivamente quando attuano il diritto dell'Unione<sup>22</sup>. Si nota che non impongono invece direttamente obblighi ai privati, che non sono tenuti a rispettare i diritti fondamentali della Carta nei rapporti con altri privati. Tuttavia, se *VLOPs* e *VLOSEs* imponessero limitazioni al godimento della libertà di espressione in attuazione dell'art. 35 del *DSA*, la Carta troverebbe applicazione in quanto la restrizione discenderebbe direttamente dall'adempimento ad un obbligo dettato dalla normativa europea. Lo stesso si può dire per il caso in cui gli impegni del Codice siano implementati dai firmatari come strumento per adempiere agli obblighi dell'art. 35 del *DSA*. Difatti, in questi casi sarebbe l'applicazione in concreto dell'art. 35 ad essere la fonte della restrizione del diritto fondamentale. Di conseguenza, in qualità di restrizione avente fonte in un atto legislativo europeo, è necessario che tale restrizione sia posta in essere nel rispetto della Carta. Sulla base di questo presupposto è analizzata, nei paragrafi che seguono, la

---

<sup>21</sup> L'art. 11, par. 1, della Carta prevede quanto segue:

«Ogni individuo ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera».

<sup>22</sup> Si veda l'art. 51, par. 1, della Carta.

conformità della restrizione alla Carta, nell'ambito degli effetti "verticali" imposti dalla Carta verso le istituzioni dell'Unione. Non sono invece oggetto del presente articolo gli eventuali effetti "orizzontali" che la Carta potrebbe produrre nei rapporti tra privati, posto che, ad oggi, la Corte di giustizia non ha ancora espressamente riconosciuto l'efficacia orizzontale della libertà di espressione, nonostante non sia escluso che tale efficacia possa essere riconosciuta in futuro<sup>23</sup>.

Resta dunque da intendere se gli specifici divieti previsti nel Codice possano essere considerati lesivi dell'art. 11 della Carta.

Ai fini dell'interpretazione di questa disposizione, è possibile prendere in considerazione tanto la giurisprudenza della Corte di giustizia quanto quella della Corte europea dei diritti dell'uomo (di seguito, la "CEDU") sull'applicazione del corrispondente art. 10<sup>24</sup> della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (di seguito, la "Convenzione")<sup>25</sup>, ove viene sancita la libertà di espressione<sup>26</sup>. A riguardo, occorre evidenziare che i contenuti falsi, generalmente qualificabili come disinformazione sulla base delle definizioni attualmente impiegate, sono protetti dalla libertà di espressione dell'art. 11 al pari dei contenuti attendibili<sup>27</sup>. Difatti, nella giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo la tutela fornita dalla libertà di espressione si estende anche alle informazioni considerate false<sup>28</sup>, nonché alle informazioni o idee che offendono, turbano o disturbano<sup>29</sup>. Perciò, i contenuti generalmente considerati come

<sup>23</sup> Sulle ragioni per cui potrebbe essere riconosciuta l'efficacia orizzontale della Carta, soprattutto nei confronti di soggetti capaci di controllare il flusso di informazioni online e limitare significativamente l'esercizio della libertà di espressione, si veda: M. Brkan, *Freedom of expression and Artificial Intelligence: impersonalisation, disinformation and (lack of) horizontal effect of the Charter*, in *Maastricht Faculty of Law Working Papers*, 2019, 9 ss.

<sup>24</sup> L'art. 10, par. 1, della Convenzione dispone quanto segue:  
«Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive».

<sup>25</sup> Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, Roma, 4.XI.1950.

<sup>26</sup> Il collegamento con la Convenzione è stabilito esplicitamente dall'art. 52, par. 3, della Carta, ove è previsto che, laddove la Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione, il loro significato e portata sono uguali a quelli conferiti dalla Convenzione, senza precludere che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa. In buona sostanza, il livello di protezione dei diritti fondamentali stabilito ai sensi della Convenzione deve essere garantito, come standard minimo di tutela, anche nell'applicazione della Carta, salva la possibilità che la Carta conferisca maggiore protezione. Questo collegamento tra la Carta e la Convenzione è di fondamentale importanza per l'interpretazione della libertà di espressione nel diritto dell'Unione, anche in considerazione del fatto che la giurisprudenza della CEDU sulla libertà di espressione è ben più sviluppata della corrispondente giurisprudenza della Corte di giustizia europea.

<sup>27</sup> La libertà di espressione trova ovviamente un limite nel caso in cui, attraverso la disinformazione, si tenti di manipolare intenzionalmente il dibattito pubblico. Tale comportamento mina, infatti, alla radice le basi stesse per cui è tutelata la libertà di espressione e costituisce dunque un abuso del diritto. Ovviamente sul punto si può sviluppare un ampio dibattito dato che non risulta immediato discernere l'uso legittimo della propria libertà di espressione da un abuso di tale diritto (si veda J. Bayer - I. Katsirea - O. Batura - B. Holznagel - S. Hartmann - K. Lubianiec, *The Fight against disinformation and the right to freedom of expression*, in *europarl.europa.eu*, 5 luglio 2021, 84 ss.).

<sup>28</sup> CEDU, *Salov c. Ucraina*, ric. 65518/01, (2005), 113; CEDU, *Dareskizb c. Armenia*, ric. 61737/08, (2021), 71 ss..

<sup>29</sup> CEDU, *Handyside c. Regno Unito*, ric. 5493/72 (1976), 49; CEDU, *Observer and Guardian c. Regno Unito*,

disinformazione sono tutelati dalla libertà di espressione, con la conseguenza che un utente di servizi online ha, in linea di principio, il diritto di diffondere contenuti falsi senza interferenze da parte dei poteri pubblici. Sulla scorta di questa Giurisprudenza, si può dunque concludere che *VLOPs* e *VLOSEs* porrebbero in essere un'interferenza con la libertà di espressione degli utenti sicuramente nel caso più estremo di rimozione e proibizione di un contenuto, che abbiamo visto essere la misura più drastica contemplata dal Codice.

Ciò avverrebbe però del pari anche quando si restringe la visibilità di contenuti, che è un'ulteriore misura prevista dal Codice<sup>30</sup>, impostando ad esempio i sistemi di raccomandazione in modo da non raccomandare determinati contenuti agli utenti, o in caso di retrocessione dei contenuti nei risultati di un motore di ricerca. In questo caso, l'interferenza con la libertà di espressione è certamente meno evidente rispetto alla rimozione dei contenuti, e la Corte di giustizia e la CEDU non si sono ad oggi pronunciate sul se costituisca una violazione rispettivamente degli artt. 11 e 10, quando disposta in adempimento ad un obbligo di legge. Tuttavia, è possibile argomentare che si tratta di una restrizione in considerazione dei principi generali sulla libertà di espressione. In primo luogo, nonostante il contenuto in sé non sia rimosso, ne viene limitata la circolazione agendo sui suoi mezzi di diffusione. Come affermato dalla CEDU, l'art. 10 della Convenzione si applica non solo ai contenuti, ma anche ai suoi mezzi di disseminazione<sup>31</sup>. In secondo luogo, la CEDU ha in un'occasione affermato che si ha una restrizione della libertà di espressione non solo quando l'accesso ad un contenuto è reso impossibile, ma anche quando è semplicemente ostacolato<sup>32</sup>. A tal proposito, occorre infatti osservare che i sistemi di raccomandazione sono diventati importanti mezzi di disseminazione, che determinano l'esperienza online degli utenti e tramite cui è possibile manifestare le proprie espressioni online.

Alla luce di tutto quanto sopra, si nota dunque che quanto previsto dal Codice potrebbe effettivamente essere una limitazione della libertà di espressione *ex art.* 11 della Carta. Nonostante i sistemi di raccomandazione discriminino per loro natura, e gli intermediari siano liberi di disciplinarne il funzionamento facilitando la diffusione di alcuni contenuti rispetto ad altri, sorgono problemi per il rispetto della Carta e della Convenzione quando la diffusione dei contenuti è determinata da un obbligo legale, in virtù degli obblighi “negativi” che impongono all'Unione e agli Stati membri di non limitare l'esercizio della libertà di espressione.

Le interferenze sopra descritte possono essere legittime, nell'ordinamento dell'Unione, solo nel caso in cui siano rispettati i requisiti di cui all'art. 52, par. 1, della Carta<sup>33</sup>,

---

ric. 13585/88, (1991), 59.

<sup>30</sup> Si veda l'impegno 18 del Codice.

<sup>31</sup> CEDU, *Autronic AG c. Svizzera*, ric. 12726/87, (1990), 47; CEDU, *Murphy c. Irlanda*, ric. 44179/98, (2003), 61; *Abmet Yildirim c. Turkey*, ric. 3111/10, (2012), 50; *Pirate Bay: Neij and Sunde Kolisoppi c. Sweden*, ric. 40397/12 (2013); *Pendov c. Bulgaria App*, ric. 44229/11, (2020), 53.

<sup>32</sup> *Pendov c. Bulgaria*, ric. 44229/11, (2020), 53. In questa sentenza, la CEDU ha affermato che sussiste una restrizione alla libertà di espressione se la funzionalità di un sito internet è compromessa, anche qualora il sito internet rimanga tecnicamente accessibile.

<sup>33</sup> Tale disposizione prevede che: «Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e

ovvero i principi di legalità, legittimità e proporzionalità, e se le restrizioni poste in essere non intaccano il contenuto essenziale della libertà di espressione<sup>34</sup>.

Ai fini di questo contributo, si nota che la formulazione degli obblighi all'interno dell'art. 35 fa sorgere dubbi sulla compatibilità con il principio di legalità. Allo stesso tempo, l'attribuzione di responsabilità regolamentari ai soggetti obbligati nell'ambito del sistema di co-regolamentazione potrebbe far sì che, nella pratica, il principio di proporzionalità non sia rispettato. Non sembrano esserci evidenti criticità in relazione alle altre due condizioni previste dall'art. 52, par. 1, della Carta, ovvero la legittimità della restrizione e il rispetto del contenuto essenziale del diritto fondamentale. Pertanto, ai fini di questo contributo, saranno esposte solo le criticità presentate dall'assetto co-regolamentare, con particolare riferimento al contrasto alla disinformazione, in relazione al rispetto dei principi di legalità e proporzionalità.

Le problematiche di cui sopra sono esaminate di seguito, iniziando con le criticità legate all'osservanza del principio di legalità di cui all'art. 52, par. 1, della Carta.

## **4. Delega di funzioni regolamentari e compatibilità con il principio di legalità: l'assetto co-regolamentare del DSA alla prova**

### **4.1. Il principio di legalità nella Carta**

L'art. 52, par. 1, della Carta prevede che le eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà garantiti dalla stessa Carta devono essere «previste dalla legge». Ai fini dell'interpretazione di questo requisito, è essenziale guardare sia alla giurisprudenza della Corte di giustizia, che alla più copiosa giurisprudenza elaborata in materia dalla CEDU.

Secondo quanto affermato dalla Corte di giustizia in alcune tra le sue più recenti ed importanti sentenze, la normativa che dispone una restrizione dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta deve, al fine di rispettare il principio di legalità, prevedere norme chiare e precise<sup>35</sup> e definire essa stessa la portata della limitazione al diritto con cui interferisce<sup>36</sup>. La CEDU ha formulato le condizioni per il rispetto del principio di legalità in modo simile a quanto fatto dalla Corte di giustizia, affermando che l'analogo principio ai sensi della Convenzione si intende rispettato quando una restrizione: i)

---

libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui».

<sup>34</sup> Anche per la valutazione sul rispetto di questi requisiti occorre prestare particolare attenzione alla giurisprudenza della CEDU sulla restrizione della libertà di espressione, posto che le restrizioni ammesse ai sensi della Carta non possono eccedere quelle permesse in applicazione della Convenzione. Ciò in conseguenza del requisito che il livello di protezione offerto dalla Carta non sia mai inferiore a quello garantito dalla CEDU.

<sup>35</sup> CGUE, C-419/14, *WebMindLicenses Kft. V Nemzeti Adó- és Vámhivatal Kiemelt Adó- és Vám Főigazgatóság*, (2015), 81; C-203/15 e C-698/15, *TELE2 Sverige*, (2016), 109.

<sup>36</sup> CGUE, parere 1/15, *Accordo PNR UE-Canada*, (2017), 139; C-311/18, *Facebook Ireland c. Schrems*, (2020), 175; C-401/19, *Repubblica di Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, (2022), 64.

ha una base giuridica nella normativa nazionale, ii) è adeguatamente accessibile, e iii) è prevedibile<sup>37</sup>. Tuttavia, il significato di “legge” nella giurisprudenza della CEDU si caratterizza per avere un’accezione materiale e non formale, poiché comprende varie categorie di diritto scritto, che includono non solo le misure legislative ma anche le norme positive di rango secondario e le misure adottate da organismi di regolamentazione professionale in virtù di poteri di normazione indipendente loro delegati dal Parlamento<sup>38</sup>. Inoltre, la CEDU ricomprende nella nozione di “legge” anche il diritto non scritto, come le norme derivate dalla giurisprudenza<sup>39</sup>. In buona sostanza, per “legge” si intende la norma in vigore così come interpretata dai giudici competenti<sup>40</sup>. Non è chiaro fino a che punto questa nozione di “legge” sarebbe rilevante anche per l’applicazione del principio di legalità nell’ambito dell’art. 52, par. 1, della Carta, posto che la Corte di giustizia non ha mai esplicitamente richiamato questa nozione della CEDU, né ha mai fornito indicazioni che farebbero pensare che questa nozione possa aver fatto il suo ingresso nel diritto europeo. Dato che la “soglia CEDU” per la tutela dei diritti fondamentali è una soglia minima, la Corte potrebbe dare un’interpretazione più stretta del termine “legge” per garantire un maggior livello di protezione. In assenza di chiare indicazioni da parte della Corte di giustizia, l’analisi del presente paragrafo si concentrerà sulla chiarezza e precisione della norma che permette una restrizione, sulla descrizione della portata e sulla prevedibilità della restrizione per gli interessati. Pertanto, l’analisi si concentrerà sulla qualità delle norme che costituiscono la base giuridica della restrizione, piuttosto che sulla loro qualificazione formale.

### **4.2. La compatibilità con il principio di legalità dell’art. 35 del DSA**

Come premessa, occorre ricordare che non è necessario, per assicurare conformità al principio di legalità, che vi sia assoluta certezza giuridica e prevedibilità sull’applicazione di una norma che implica la restrizione di un diritto fondamentale, poiché può essere necessario che la legge sia formulata in termini sufficientemente ampi per permetterne l’adattamento alla varietà di fattispecie che possono presentarsi in concreto. Questa premessa è in particolare da tenere a mente per gli obblighi di moderazione dei contenuti online, che per la natura delle fattispecie da disciplinare possono richiedere disposizioni formulate in termini piuttosto ampi. Ciò è stato confermato dalla Corte di giustizia nella recente sentenza<sup>41</sup> sulla legittimità dell’art. 17 della Direttiva 2019/790 (di seguito, la “Direttiva DSM”)<sup>42</sup>, ove la Corte ha affermato che le fattispecie discipli-

<sup>37</sup> CEDU, *Sunday Times c. Regno Unito*, ric. 6538/74, (1979), 49; *Abmet Yildirim c. Turkey*, ric. 3111/10, (2012), 59.

<sup>38</sup> CEDU, *Sanoma Uitgevers B.V. c. Paesi Bassi*, ric. 38224/03, (2010), 83.

<sup>39</sup> *Ibid.*

<sup>40</sup> *Ibid.*

<sup>41</sup> CGUE, C-401/19, *Repubblica di Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio dell’Unione europea* (2022), 73, 74 e 75.

<sup>42</sup> Direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019 sul diritto

nate dall'art. 17 richiedevano termini ampi che lasciassero agli enti obbligati la facoltà di decidere sulle specifiche misure da adottare per adempiere ai propri obblighi, così concludendo che le disposizioni contese dell'art. 17 rispettano il principio di legalità di cui all'art. 52, par. 1, della Carta.

Con questa sentenza, la Corte ha di fatto confermato la legittimità di un assetto regolamentare che prevede la delega a soggetti privati di importanti compiti regolamentari sulla moderazione dei contenuti, lasciando a tali soggetti ampia discrezionalità su come implementare azioni che possono incidere significativamente sull'esercizio della libertà di espressione. Tralasciando, ai fini del presente articolo, ogni considerazione critica sulle conclusioni della Corte in relazione all'art. 17, ed utilizzando anzi questa sentenza come punto di riferimento per valutare il rispetto del principio di legalità, è possibile rilevare carenze nell'art. 35 del *DSA*, con particolare riferimento alla sua chiarezza e determinazione delle condizioni per l'imposizione di restrizioni alla libertà di espressione, nonché alla definizione della portata delle restrizioni stesse. Partendo dalla sentenza della Corte sull'art. 17 della Direttiva DSM è anzi possibile argomentare che l'art. 35 non è pienamente conforme al principio di legalità, proprio in ragione della sua differente formulazione e differenti ricadute applicative rispetto all'art. 17 della Direttiva DSM.

Vi sono due principali criticità sollevate dall'art. 35 per il rispetto del principio di legalità. Da un lato, la definizione dei rischi sistemici e le condizioni per l'adozione delle misure di attenuazione dei rischi e, dall'altro, la portata delle possibili restrizioni che ne conseguono. Entrambi questi aspetti influiscono sulla prevedibilità dell'interferenza con la libertà di espressione.

In primo luogo, i rischi sistemici che giustificano l'adozione di misure di attenuazione non sono sufficientemente definiti all'interno del *DSA*, e anzi la loro individuazione è lasciata a *VLOPs* e *VLOSEs*. L'art. 34, par. 1, fornisce alcuni esempi, non esaustivi, di rischi sistemici, che sono formulati per la maggior parte in modo ampio. Questo approccio può apparire sensato se si tiene conto del fatto che il legislatore europeo non poteva prevedere, al momento della stesura del *DSA*, tutti i rischi sistemici che potrebbero presentarsi in futuro con l'evoluzione della società e della tecnologia. Allo stesso tempo, lasciarne l'individuazione a *VLOPs* e *VLOSEs* può sembrare ragionevole perché questi ultimi si trovano nella posizione migliore per riuscire ad identificarli. Tuttavia, la definizione dei rischi sistemici è un passaggio essenziale per determinare a quali condizioni l'art. 35 impone l'obbligo di adottare misure di mitigazione. Non solo non vi è una definizione legislativa di cosa si intenda per rischio sistemico, ma l'art. 34 è vago sulle modalità di individuazione di tali rischi, in quanto non detta puntuali criteri e parametri qualitativi e/o quantitativi per comprendere in quali casi un rischio diventi "sistemico"<sup>43</sup>. Inoltre, non è fornita una lista completa degli interessi pubblici che devono essere in pericolo affinché vi sia un rischio sistemico. La lista di

---

d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE.

<sup>43</sup> L'art. 34, par. 2, dispone quanto segue:

«Nello svolgimento delle valutazioni dei rischi, i fornitori di piattaforme online di dimensioni molto grandi e di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi tengono conto, in particolare, dell'eventualità e

cui al par. 1 non è esaustiva e quindi lascia un punto di domanda su quali altri interessi pubblici potrebbero giustificare l'applicazione dell'art. 35, con un evidente rischio di applicazione arbitraria dell'articolo<sup>44</sup>. Anche nella lista fornita vi sono alcuni interessi pubblici definiti in modo fin troppo ampio, com'è il caso degli effetti negativi sul dibattito civico, i processi elettorali, la sicurezza pubblica, la salute pubblica e dei minori, il benessere fisico e mentale della persona. Per quel che a noi interessa in relazione alla lotta alla disinformazione, la definizione dell'interesse pubblico alla tutela del dibattito civico e dei processi elettorali è un punto particolarmente delicato a potenzialmente soggetto ad interpretazioni difformi. Per un utente online potrebbe essere difficile, se non impossibile, avere un'idea su quali saranno le misure di attenuazione di rischi per il dibattito civico e i processi elettorali, in quanto non ci sono criteri generalmente accettati per comprendere in quali casi una condotta ripetuta in modo sistemico possa creare dei danni al dibattito civico e ai processi elettorali. Ad esempio, la disinformazione, le cui misure di contrasto potrebbero verosimilmente essere adottate sulla base di questi interessi pubblici, non è neanche citata in alcuna disposizione del *DSA* ma solo nei preamboli, e ci potrebbero essere fenomeni sociali la cui connessione con l'art. 34 non è evidente e deve essere ancora stabilita. D'altro canto, i soli rischi siste-

---

del modo in cui i seguenti fattori influenzano uno dei rischi sistemici di cui al paragrafo 1:

- a) la progettazione dei loro sistemi di raccomandazione e di qualsiasi altro sistema algoritmico pertinente;
- b) i loro sistemi di moderazione dei contenuti;
- c) le condizioni generali applicabili e la loro applicazione;
- d) i sistemi di selezione e presentazione delle pubblicità;
- e) le pratiche del fornitore relative ai dati.

Le valutazioni analizzano inoltre se e in che modo i rischi di cui al paragrafo 1 siano influenzati dalla manipolazione intenzionale del loro servizio, anche mediante l'uso non autentico o lo sfruttamento automatizzato del servizio, nonché l'amplificazione e la diffusione potenzialmente rapida e ampia di contenuti illegali e di informazioni incompatibili con le condizioni generali.

La valutazione tiene conto di specifici aspetti regionali o linguistici, anche laddove siano specifici di uno Stato membro».

<sup>44</sup> L'art. 34, par. 1, dispone quanto segue:

«I fornitori di piattaforme online di dimensioni molto grandi e di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi individuano, analizzano e valutano con diligenza gli eventuali rischi sistemici nell'Unione derivanti dalla progettazione o dal funzionamento del loro servizio e dei suoi relativi sistemi, compresi i sistemi algoritmici, o dall'uso dei loro servizi.

Essi effettuano le valutazioni dei rischi entro la data di applicazione di cui all'articolo 33, paragrafo 6, secondo comma, e successivamente almeno una volta all'anno, e in ogni caso prima dell'introduzione di funzionalità che possono avere un impatto critico sui rischi individuati a norma del presente articolo. La valutazione del rischio deve essere specifica per i loro servizi e proporzionata ai rischi sistemici, tenendo in considerazione la loro gravità e la loro probabilità, e deve comprendere i seguenti rischi sistemici:

- a) la diffusione di contenuti illegali tramite i loro servizi;
- b) eventuali effetti negativi, attuali o prevedibili, per l'esercizio dei diritti fondamentali, in particolare i diritti fondamentali alla dignità umana sancito nell'articolo 1 della Carta, al rispetto della vita privata e familiare sancito nell'articolo 7 della Carta, alla tutela dei dati personali sancito nell'articolo 8 della Carta, alla libertà di espressione e di informazione, inclusi la libertà e il pluralismo dei media, sanciti nell'articolo 11 della Carta, e alla non discriminazione sancito nell'articolo 21 della Carta, al rispetto dei diritti del minore sancito nell'articolo 24 della Carta, così come all'elevata tutela dei consumatori, sancito nell'articolo 38 della Carta;
- c) eventuali effetti negativi, attuali o prevedibili, sul dibattito civico e sui processi elettorali, nonché sulla sicurezza pubblica;
- d) qualsiasi effetto negativo, attuale o prevedibile, in relazione alla violenza di genere, alla protezione della salute pubblica e dei minori e alle gravi conseguenze negative per il benessere fisico e mentale della persona».

mici sufficientemente definiti sono la diffusione di contenuti illegali e gli effetti negativi per i diritti fondamentali. Nel primo caso l'illegalità di un contenuto è facilmente verificabile sulla base delle leggi in vigore nell'Unione, e nel secondo caso è possibile comprendere dalla normativa in vigore e dalla relativa giurisprudenza quando un diritto fondamentale si intende violato.

Oltre a mancare, come sopra osservato, una definizione di rischio sistemico, il testo legislativo non fornisce indicazioni su quale sia il livello di gravità di un rischio sistemico che può giustificare l'adozione di misure di attenuazione, lasciando anche questa valutazione alla discrezionalità dei soggetti obbligati. Sia il testo legislativo che i preamboli<sup>45</sup> si concentrano sul fornire esempi, anche piuttosto dettagliati, sull'applicazione dell'art. 35, ma specificando che tali esempi non sono esaustivi, e senza fornire delle indicazioni di validità generale che circoscrivano le condizioni di applicabilità dell'art. 35. Poiché i presupposti di applicabilità dell'articolo sono fenomeni sociali non facilmente misurabili, e il cui impatto sugli interessi pubblici protetti può essere altrettanto difficilmente quantificabile, l'assenza di ulteriori indicazioni genera forti incertezze applicative.

Occorre, a tal proposito, osservare che la regolamentazione dei rischi sistemici non è una novità assoluta nella legislazione europea, ma trova anzi un importante precedente nella disciplina sulla vigilanza prudenziale degli istituti finanziari<sup>46</sup>. Tuttavia, a differenza della normativa europea sulla vigilanza prudenziale degli istituti finanziari, in cui i rischi sistemici che costituiscono i presupposti di applicabilità di varie disposizioni sono matematicamente calcolabili con precise indicazioni sulle relative modalità di calcolo presenti nella normativa, per i fenomeni sociali interessati dal *DSA* non ci sono definizioni generali né indicazioni sulle modalità di calcolo. Prendendo ad esempio il caso della disinformazione, la misurazione del suo impatto sul dibattito civico ed i processi elettorali è una scienza ancora in via di sviluppo, e gli esperti del campo riconoscono che la misurazione sufficientemente precisa sull'impatto della disinformazione, o delle misure di contrasto ad essa, è un'attività per cui vi sono diversi approcci e metodi eterogenei<sup>47</sup>, e che può rivelarsi difficoltosa<sup>48</sup>, sebbene non impossibile. Per queste ragioni, può rendersi necessario che la legge detti criteri più precisi per la definizione di rischio sistemico e per la sua individuazione.

In secondo luogo, l'art. 35 non definisce quale portata possano avere le misure di attenuazione sulla libertà di espressione. Il par. 1 dell'articolo richiede che *VLOPs* e *VLOSEs* prestino particolare attenzione agli effetti delle misure sui diritti fondamentali, e fornisce una lista di esempi di misure di attenuazione. Pertanto, gli intermediari hanno la facoltà di adottare qualsiasi misura di moderazione dei contenuti che si renda neces-

---

<sup>45</sup> Si vedano i preamboli da 79 a 91.

<sup>46</sup> Si veda il regolamento (UE) n. 575/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento e che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012.

<sup>47</sup> Y. Green - A. Gully - Y. Roth - A. Roy - J. A. Tucker - A. Wanless; *Evidence-Based Misinformation Interventions: Challenges and Opportunities for Measurement and Collaboration*, in [carnegieendowment.org](https://carnegieendowment.org), 2023.

<sup>48</sup> B. Nimmo, *The breakout scale: measuring the impact of influence operations*, in [brookings.edu](https://brookings.edu), 2020; S. Altay - M. Berriche - A. Acerbi - *Misinformation on Misinformation: Conceptual and Methodological Challenges*, in *Social Media + Society*, 9(1), 2023.

saria, dalla semplice restrizione della visibilità di un contenuto al blocco di un account utente, pur dovendo valutare se nel caso concreto sia assicurato il rispetto della libertà di espressione. Questo potrebbe rendere difficoltosa per gli utenti la previsione delle restrizioni che potrebbero essere disposte in futuro. Per quanto sia vero che, nel recente caso sull'art. 17 della Direttiva DSM, la Corte ha ritenuto compatibile con il principio di legalità l'utilizzo di nozioni aperte per disciplinare la moderazione di contenuti online, occorre evidenziare che l'art. 17 indica quali restrizioni possano essere disposte per la libertà di espressione degli utenti, pur non definendone le modalità pratiche di attuazione. Difatti, dalla lettura del par. 4 dell'art. 17 è chiaro che, per beneficiare del regime di esenzione dalla responsabilità per la comunicazione al pubblico di contenuti protetti dal diritto d'autore, i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online dovrebbero in certi casi rimuovere o disabilitare l'accesso ai contenuti. Perciò, anche se non sono interamente determinate le misure pratiche di implementazione di questi obblighi, gli utenti possono perlomeno prevedere il genere di restrizioni derivanti dall'applicazione dell'art. 17. Nel caso dell'art. 35, non vi è alcuna indicazione nel testo legislativo di quali restrizioni potrebbero essere imposte.

Le carenze sopra evidenziate creano incertezza giuridica, e non sembrano conciliabili con il principio della Corte di giustizia secondo cui la normativa che dispone una restrizione di diritti fondamentali deve definire la portata della restrizione stessa. L'attuale formulazione dell'art. 35 non dà chiarezza sulle sue ricadute applicative e preclude la prevedibilità di eventuali limitazioni alla libertà di espressione per gli utenti. D'altro canto, è attribuita ampia discrezionalità agli intermediari sulla definizione dell'ambito di applicazione dell'art. 35 e, in ultima battuta, alla Commissione che vigila su di essi e può dare chiarimenti sull'applicazione dell'art. 35 nella propria prassi amministrativa. Resta da chiedersi se le carenze del testo legislativo possano essere colmate da quanto sarà previsto nei codici di condotta e negli orientamenti che la Commissione può adottare a norma dell'art. 35, par. 3. Quanto ai codici di condotta e gli orientamenti della Commissione, si tratta di iniziative volontarie la cui adozione in futuro non è obbligatoria né garantita. Inoltre, non sono fonti vincolanti e non producono effetti giuridici, con la conseguenza che sarebbero difficilmente qualificabili come "leggi" ai sensi dell'art. 52, par. 1, della Carta, soprattutto alla luce del significato che questo termine assume nella giurisprudenza della CEDU<sup>49</sup>.

In conclusione, l'attuale assetto regolamentare del *DSA* per la mitigazione dei rischi sistemici sembrerebbe non pienamente conforme ad almeno una delle condizioni richieste per la restrizione di diritti fondamentali ai sensi della Carta, il principio di legalità.

---

<sup>49</sup> Si veda quanto sopra esposto nel paragrafo 4.1, e in particolare: CEDU, *Sanoma Uitgevers B.V. c. Paesi Bassi*, ric. 38224/03 (2010), 83.

## **5. Salvaguardie per un'applicazione proporzionata dell'art. 35 del DSA, rispetto della libertà di espressione in concreto?**

### **5.1. Le salvaguardie del DSA per il rispetto del principio di proporzionalità nella moderazione dei contenuti**

Nel presente paragrafo sono esaminate le conseguenze della delega di responsabilità regolamentari agli intermediari nel *DSA*, sotto l'ottica diversa del rispetto, in pratica, del principio di proporzionalità di cui all'art. 52, par. 1, della Carta. Questo paragrafo si propone di dimostrare che, sebbene nella struttura generale del *DSA* l'applicazione dell'art. 35 sembrerebbe essere accompagnata da molteplici salvaguardie per assicurare che le restrizioni della libertà di espressione avvengano nel rispetto del principio di proporzionalità, vi sono molteplici ragioni per argomentare che questo potrebbe non essere il caso nella sostanza della pratica applicativa.

Il *DSA* fornisce salvaguardie procedurali per assicurare che le restrizioni alla libertà di espressione predisposte dai fornitori di servizi intermediari siano il più possibile proporzionate e non arbitrarie. Vi sono infatti due opzioni procedurali nel *DSA* per accedere alla revisione di una decisione restrittiva della libertà di espressione, che fungono da salvaguardie contro l'adozione di decisioni erranee o arbitrarie da parte degli intermediari, volte a garantire che ogni interferenza sia mirata e limitata a quanto strettamente necessario. In primo luogo, il *DSA* prevede, all'art. 20, par. 1, l'obbligo per tutti i fornitori di piattaforme online di mettere a disposizione degli utenti un sistema interno di gestione dei reclami efficace che consenta di presentare reclami contro le decisioni limitative della loro libertà di espressione<sup>50</sup>. L'art. 20 richiede anche che le decisioni sui reclami siano motivate e siano prese con la supervisione di personale e non solo tramite strumenti automatizzati. In secondo luogo, ai sensi dell'art. 21, par. 1, del *DSA*, tutti gli utenti affetti da queste decisioni hanno diritto a scegliere qualunque organismo di risoluzione extragiudiziale delle controversie certificato a norma del *DSA* per risolvere le controversie inerenti alle decisioni stesse<sup>51</sup>. Inoltre, in aggiunta a queste

<sup>50</sup> L'art. 20, par. 1, del *DSA* dispone quanto segue:

«I fornitori di piattaforme online forniscono ai destinatari del servizio, comprese le persone o gli enti che hanno presentato una segnalazione, per un periodo di almeno sei mesi dalla decisione di cui al presente paragrafo, l'accesso a un sistema interno di gestione dei reclami efficace, che consenta loro di presentare per via elettronica e gratuitamente reclami contro la decisione presa dal fornitore della piattaforma online all'atto del ricevimento di una segnalazione o contro le seguenti decisioni adottate dal fornitore della piattaforma online a motivo del fatto che le informazioni fornite dai destinatari costituiscono contenuti illegali o sono incompatibili con le condizioni generali:

- a) le decisioni che indicano se rimuovere le informazioni o disabilitare l'accesso alle stesse o se limitarne la visibilità;
- b) le decisioni che indicano se sospendere o cessare in tutto o in parte la prestazione del servizio ai destinatari;
- c) le decisioni che indicano se sospendere o cessare l'account dei destinatari;
- d) le decisioni che indicano se sospendere, cessare o limitare in altro modo la capacità di monetizzare le informazioni fornite dai destinatari».

<sup>51</sup> L'art. 21, par. 1, del *DSA* dispone quanto segue:

«I destinatari del servizio, compresi le persone o gli enti che hanno presentato segnalazioni, ai quali sono rivolte le decisioni di cui all'articolo 20, paragrafo 1, hanno il diritto di scegliere qualunque organismo

due opzioni fornite dal *DSA*, gli utenti hanno sempre il diritto ad adire gli organi giurisdizionali competenti di uno Stato membro per lamentare la violazione dei loro diritti fondamentali. Infine, occorre menzionare che i firmatari si sono altresì impegnati nel Codice a porre in essere un trasparente sistema di reclamo per gli utenti<sup>52</sup>. Tutte queste tutele procedurali possono accompagnare e facilitare un'applicazione proporzionata dell'art. 35 del *DSA*, in conformità a quanto richiesto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>53</sup>.

Al di là delle salvaguardie procedurali, il *DSA* richiama in più punti al rispetto del principio di proporzionalità. Per quel che qui interessa, l'art. 14, par. 4<sup>54</sup>, richiede che gli intermediari, nell'imporre restrizioni in relazione all'uso del loro servizio, inclusa la moderazione dei contenuti, agiscano in modo diligente, obiettivo e proporzionato, nel rispetto dei diritti fondamentali dei destinatari del servizio, ivi inclusa la libertà di espressione. L'obbligo dell'art. 14, par. 4, è limitato all'applicazione dei termini e condizioni dei servizi offerti agli utenti, e quindi introduce degli standard di comportamento che gli intermediari devono rispettare nel loro rapporto con gli utenti, inclusi i casi di attuazione di pratiche di moderazione dei contenuti. Questa disposizione può essere interpretata come generatrice di un obbligo per gli intermediari di rispettare i diritti fondamentali degli utenti, introducendo in sostanza un'efficacia orizzontale indiretta di tali diritti che si realizza tramite i termini e condizioni dei servizi offerti dagli intermediari<sup>55</sup>. Inoltre, l'art. 35, par. 1, prevede che le misure di attenuazione dei rischi sistemici siano ragionevoli, proporzionate ed efficaci, adattate ai rischi sistemici affrontati, al contempo «prestando particolare attenzione agli effetti di tali misure sui diritti fondamentali».

Questi articoli riflettono l'approccio legislativo di attribuire responsabilità regolamentari agli intermediari che diventano sempre di più regolatori indipendenti in assetti di co-regolamentazione e dialogo con l'esecutivo<sup>56</sup>. Questo è evidente quando si osserva l'approccio di delega degli artt. 14, par. 4, e 35, par. 1, in combinazione con l'art. 45, secondo cui la Commissione può incoraggiare l'adozione di codici di condotta, in cooperazione con tutte le parti interessate, per definire l'attenuazione dei rischi sistemici

---

di risoluzione extragiudiziale delle controversie certificato in conformità del paragrafo 3 del presente articolo ai fini della risoluzione delle controversie inerenti a tali decisioni, compresi i reclami che non è stato possibile risolvere mediante il sistema interno di gestione dei reclami di cui a tale articolo».

<sup>52</sup> Si veda l'impegno numero 24 del Codice.

<sup>53</sup> Un principio consolidato nella giurisprudenza della Corte di giustizia è che i meccanismi di reclamo e ricorso sono salvaguardie procedurali essenziali per assicurare la proporzionalità della moderazione di contenuti. Si veda: CGUE, C-401/19, *Repubblica di Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, (2022), 94.

<sup>54</sup> L'Art. 14, par. 4, dispone quanto segue:

«I prestatori di servizi intermediari agiscono in modo diligente, obiettivo e proporzionato nell'applicare e far rispettare le restrizioni di cui al paragrafo 1, tenendo debitamente conto dei diritti e degli interessi legittimi di tutte le parti coinvolte, compresi i diritti fondamentali dei destinatari del servizio, quali la libertà di espressione, la libertà e il pluralismo dei media, e altri diritti e libertà fondamentali sanciti dalla Carta».

<sup>55</sup> J. Quintais - N. Appelman - R. Ó Fathaigh - *Using Terms and Conditions to apply Fundamental Rights to Content Moderation - German Law Journal*, 24(5), 2023, 881 ss., 895 ss.

<sup>56</sup> T. Mylly, *The New Constitutional Architecture of Intellectual Property*, in J. Griffiths - T. Mylly, *Global Intellectual Property Protection and New Constitutionalism - Hedging Exclusive Rights*, Oxford, 2021, 50.

individuati a norma dell'art. 34.

L'approccio sopra descritto crea una situazione in cui il legislatore realizza, in sostanza, una delega verso gli intermediari dei propri obblighi di rispettare i diritti fondamentali<sup>57</sup>, facendo affidamento sul presupposto che gli intermediari stessi implementino misure di moderazione dei contenuti in conformità ai principi della Carta, tra cui il principio di proporzionalità. Questo soprattutto nel caso in cui la moderazione dei contenuti non sia un'iniziativa volontaria degli intermediari, ma un'azione posta in essere per adempiere agli obblighi dell'art. 35. Di fatto, quindi, la definizione di aspetti fondamentali su come disporre la restrizione della libertà di espressione in determinati contesti sarà decisa da soggetti privati nell'ambito di rapporti tra soggetti privati. A tal proposito, l'art. 14, par. 1, prevede che i prestatori di servizi intermediari forniscano nelle loro condizioni generali informazioni sulle restrizioni che impongono ai contenuti dei destinatari del servizio, con riferimento, tra l'altro, alle politiche, procedure, misure e strumenti utilizzati per la moderazione dei contenuti, compresi il processo decisionale algoritmico e la verifica umana, nonché le regole procedurali del loro sistema interno di gestione dei reclami. In tal modo, l'utente dei servizi verrebbe a conoscenza delle possibili limitazioni cui è soggetto solo tramite un documento contrattuale, senza la garanzia di poter distinguere tra le restrizioni imposte dalla legge e quelle volontariamente disposte dagli intermediari. Questa impostazione porta, in un certo senso, ad una "contrattualizzazione" della libertà di espressione, e lascia che nei rapporti tra privati venga trovato un equilibrio tra gli interessi e diritti fondamentali in gioco nel contesto della moderazione dei contenuti. Occorre notare, tuttavia, che in tale contesto il potere di negoziazione contrattuale di grandi intermediari, come i VLOPs e VLOSEs, verso gli utenti può essere prevaricante<sup>58</sup>, se non assoluto<sup>59</sup>.

## **5.2. Mettendo in pratica il DSA: fino a che punto è ragionevole attendersi il rispetto del principio di proporzionalità?**

L'affidamento del legislatore europeo sulla capacità e/o volontà degli intermediari di assicurare che ogni restrizione avvenga in modo proporzionato, senza che il testo legislativo specifichi le modalità con cui far sì che ciò avvenga, può risultare problematico, per varie ragioni.

In primo luogo, un intermediario razionale che effettua moderazione dei contenuti per conformarsi ad un obbligo legislativo sarà mosso, nel decidere le misure con cui farlo in pratica, prevalentemente da ragioni commerciali piuttosto che dall'esigenza di

---

<sup>57</sup> Con riferimento alla delega realizzata nell'art. 14, par. 4, del DSA, si veda: M. Senftleben - J. P. Quintais - A. Meiring, *Outsourcing human rights obligations and concealing human rights deficits: the example of monetization under the CDSMD and the DSA*, 2023, 9.

<sup>58</sup> P. Zumbansen, *The Law of Society: Governance Through Contract*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 14(1), 2007; W. Hartzog - A. Melber - E. Salinger, *Fighting Facebook: A Campaign for a People's Terms of Service Center*, in *cyberlaw.stanford.edu*, 2013.

<sup>59</sup> G. De Gregorio, *Digital Constitutionalism in Europe: Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society*, Cambridge, 2022, 110 ss.

rispettare i diritti fondamentali. Ciò potrebbe comportare una tendenza ad adottare un approccio con cui minimizzare il rischio di non conformità alla legge, tramite la massimizzazione della moderazione dei contenuti in tutte le situazioni di rischio. Ciò porta al rischio che siano imposte più restrizioni sui contenuti di quanto sia necessario (c.d. “*overblocking*”). Il rischio di *overblocking* è stato evidenziato da più autori con riferimento alla moderazione dei contenuti in attuazione dell’art. 17 della Direttiva DSM<sup>60</sup>, che presenta un simile approccio sulla delega agli intermediari della responsabilità di assicurare il rispetto di diritto fondamentali. Nello specifico caso della disinformazione, gli intermediari agiranno su notifica degli utenti o di *fact-checkers*, anche sulla base degli impegni assunti con il Codice, e dovranno prepararsi a tecniche di manipolazione del web potenzialmente rapide e sofisticate, come l’utilizzo di applicazioni di intelligenza artificiale generativa<sup>61</sup>. Non si può quindi escludere che l’utilizzo di strumenti automatizzati diventi opportuno, se non necessario, per contrastare certe tecniche di diffusione della disinformazione. L’utilizzo di strumenti automatizzati determina un maggior rischio di *overblocking*, soprattutto se gli intermediari non allocano sufficienti risorse di supervisione umana.

In secondo luogo, come già osservato da alcuni autori con riferimento all’art. 17 della Direttiva DSM e all’art. 14, par. 4, del *DSA*<sup>62</sup>, il trasferimento dal legislatore agli intermediari di responsabilità per definire come rispettare i diritti fondamentali degli utenti nel caso concreto è un modello che potrebbe non funzionare nella pratica. La critica sollevata riguarda il fatto che gli intermediari potrebbero adottare una propria interpretazione di concetti aperti come “diligenza” e “proporzionalità” nella loro applicazione concreta, per allinearli il più possibile ai propri interessi commerciali piuttosto che al bisogno di tutelare i diritti fondamentali degli utenti. Questa è una conseguenza della circostanza che gli intermediari, i cui interessi non sono in linea, se non talvolta in conflitto, con quelli degli utenti, sono diventati per certi aspetti dei regolatori indipendenti. Per tale ragione, vi sono rischi che il principio di proporzionalità non sia rispettato in concreto, con riferimento ad aspetti di fondamentale importanza che non sono definiti all’interno del testo legislativo, come la necessità di distinguere tra categorie di contenuti (ad esempio, tra contenuti a carattere politico e commerciale) e tra categorie di creatori del contenuto (ad esempio, tra c.d. “*watchdogs*” o semplici utenti). Nell’applicazione dei requisiti di proporzionalità e rispetto dei diritti fondamentali imposti dal *DSA*, è probabile che gli intermediari prediligano considerazioni di costi ed efficienza nello strutturare i propri processi interni per la moderazione e cura dei contenuti. Difatti, *VLOPs* e *VLOSEs* godono di ampia discrezionalità su come implementare concetti aperti in concreto, e costituirebbe per loro la scelta più razionale

<sup>60</sup> M. Senftleben - J. P. Quintais - A. Meiring, *Outsourcing human rights obligations and concealing human rights deficits: the example of monetization under the CDSMD and the DSA*, 2023, 9; M. Perel - N. Elkin-Koren, *Accountability in Algorithmic Copyright Enforcement*, in *Stanford Technology Law Review* 19, 473, 2016, 490 ss.

<sup>61</sup> J. A. Goldstein - G. Sastry - M. Musser - R. DiResta - M. Gentzel - K. Sedova, *Generative Language Models and Automated Influence Operations: Emerging Threats and Potential Mitigations*, 2023; Z. Akhtar - *Deepfakes Generation and Detection: A Short Survey*, *Journal of Imaging*, 2023; A. Patel - J. Sattler, *Creatively malicious prompt engineering*, 2023.

<sup>62</sup> M. Senftleben - J. P. Quintais - A. Meiring, *Outsourcing human rights obligations and concealing human rights deficits: the example of monetization under the CDSMD and the DSA*, 2023.

allinearli prevalentemente ad interessi commerciali. *VLOPs* e *VLOSEs* potrebbero essere ancora più incoraggiati a far ciò alla luce del fatto che, secondo il principio di proporzionalità, la portata di obblighi basati sul rischio dipende dalle risorse, dimensioni e altre caratteristiche del soggetto obbligato. La connessione tra considerazioni di costi ed efficienza e gli obblighi di due *diligence* del *DSA* è evidente dal testo del preambolo 41 del *DSA*<sup>63</sup>. Per quanto non sia un problema, ed anzi è auspicabile, che gli obblighi del *DSA* siano calibrati alle caratteristiche e al profilo di rischio di ciascun intermediario, il pericolo è che considerazioni di costi ed efficienza acquisiscano un peso fin troppo importante, e predominante, nell'implementazione dell'art. 35 del *DSA*.

In conclusione, è ragionevole nutrire dubbi sul rispetto in concreto del principio di proporzionalità nella moderazione dei contenuti in adempimento all'art. 35 del *DSA*, ed in particolare sul fatto che *VLOPs* e *VLOSEs* agiscano sempre nel miglior interesse pubblico e degli utenti. Tuttavia, per il caso in cui vi siano restrizioni non proporzionate alla libertà di espressione, il *DSA* predispone dei sistemi di controllo. In primo luogo, gli utenti dispongono di un sistema di rimedi a tre livelli. In secondo luogo, il *DSA* introduce un sistema di vigilanza regolamentare sull'operato di *VLOPs* e *VLOSEs*, che è centralizzato a livello europeo con l'attribuzione di funzioni di vigilanza alla Commissione. Pertanto, occorre valutare se questi due sistemi di controllo, ovvero i meccanismi di ricorso giudiziale o stragiudiziale da un lato, e la vigilanza della Commissione dall'altro, possono offrire rimedio ai rischi insiti nell'esternalizzazione di funzioni regolamentari agli intermediari.

I prossimi due paragrafi saranno quindi dedicati ad esaminare se, nell'assetto generale del *DSA*, è assicurato un equilibrio che garantisca la tutela della libertà di espressione degli utenti in concreto.

### **5.3. (Segue) I rimedi giudiziali e stragiudiziali nel *DSA***

#### **5.3.1. Il primo livello: meccanismi di reclamo e ricorso**

Il meccanismo di reclamo e ricorso (c.d. "*complaint and redress*") richiesto dal *DSA* è volto a salvaguardare le restrizioni eccessive alla libertà di espressione degli utenti. La messa a disposizione di tale meccanismo è richiesta dall'art. 20 del *DSA* per una serie di decisioni che limitano la libertà di espressione degli utenti<sup>64</sup>. Inoltre, l'art. 54

<sup>63</sup> Il preambolo 41 del *DSA* dispone quanto segue:

«A tale riguardo è importante che gli obblighi in materia di dovere di diligenza siano adeguati al tipo, alle dimensioni e alla natura del servizio intermedio interessato. Il presente regolamento stabilisce pertanto obblighi fondamentali applicabili a tutti i prestatori di servizi intermediari nonché obblighi supplementari per i prestatori di servizi di memorizzazione di informazioni e, più specificamente, per i prestatori di piattaforme online, di piattaforme online di dimensioni molto grandi e di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi (...).»

<sup>64</sup> L'art. 20, par. 1, del *GUUE*, L-277 del 27.10.2022. dispone quanto segue:

«I fornitori di piattaforme online forniscono ai destinatari del servizio, comprese le persone o gli enti che hanno presentato una segnalazione, per un periodo di almeno sei mesi dalla decisione di cui al presente paragrafo, l'accesso a un sistema interno di gestione dei reclami efficace, che consenta loro di presentare per via elettronica e gratuitamente reclami contro la decisione presa dal fornitore della

del *DSA* prevede che gli utenti abbiano il diritto di richiedere ai fornitori di servizi intermediari un risarcimento per danni o perdite subiti per violazione degli obblighi stabiliti dal *DSA*<sup>65</sup>.

I meccanismi di reclamo e ricorso sono volti a rimediare al rischio che gli intermediari prendano decisioni erranee o arbitrarie relative alla moderazione di contenuti considerati illegali o incompatibili con le loro condizioni generali. Tuttavia, affinché questi meccanismi rispondano effettivamente alla loro funzione, occorre che gli utenti siano generalmente in grado di assolvere al compito di individuare le violazioni della normativa rilevante che li interessano, e che abbiano gli strumenti e la motivazione per agire prontamente. Inoltre, vi deve essere la garanzia che il rimedio fornito sia in ogni caso effettivo. L'effettività del rimedio è un aspetto centrale, in quanto è necessaria per assicurare il rispetto dei diritti fondamentali degli utenti, nel rispetto del principio generale comunitario di effettività<sup>66</sup>, ma anche per far sì che questi ultimi siano motivati ad agire dinanzi alle decisioni erranee ed arbitrarie degli intermediari. Tuttavia, vi sono due ragioni per pensare che un meccanismo di reclamo e ricorso gestito internamente dagli intermediari non garantisca una tutela effettiva della libertà di espressione degli utenti. Una prima ragione riguarda il rischio che gli intermediari non implementino adeguatamente i meccanismi di reclamo e ricorso. L'art. 20 del *DSA* non fornisce chiare indicazioni su come tale meccanismo debba essere strutturato. In particolare, si esprime in termini generici su elementi cruciali, tra cui le tempistiche da rispettare per lo svolgimento della procedura e come debbano essere progettate le interfacce online per assicurare un agevole esercizio dei diritti di reclamo e ricorso degli utenti. L'art. 20 fa affidamento, al pari degli artt. 14 e 35, su formule che denotano generici standard di comportamento, come l'obbligo di avere sistemi di «facile accesso e uso» e che «consentano e agevolino la presentazione di reclami sufficientemente precisi e adeguatamente motivati». Inoltre, i fornitori di piattaforme online devono gestire i reclami in modo «tempestivo, non discriminatorio, diligente e non arbitrario». Al pari di quanto già osservato con riferimento al rispetto della proporzionalità negli artt. 14 e 35, i fornitori di piattaforme online godono di significativa discrezionalità nel decidere

---

piattaforma online all'atto del ricevimento di una segnalazione o contro le seguenti decisioni adottate dal fornitore della piattaforma online a motivo del fatto che le informazioni fornite dai destinatari costituiscono contenuti illegali o sono incompatibili con le condizioni generali:

- a) le decisioni che indicano se rimuovere le informazioni o disabilitare l'accesso alle stesse o se limitarne la visibilità;
- b) le decisioni che indicano se sospendere o cessare in tutto o in parte la prestazione del servizio ai destinatari;
- c) le decisioni che indicano se sospendere o cessare l'account dei destinatari;
- d) le decisioni che indicano se sospendere, cessare o limitare in altro modo la capacità di monetizzare le informazioni fornite dai destinatari».

<sup>65</sup> L'art. 54 del *DSA* dispone quanto segue:

«I destinatari del servizio hanno il diritto di chiedere un risarcimento, conformemente al diritto dell'Unione e nazionale, ai fornitori di servizi intermediari relativamente a danni o perdite subiti a seguito di una violazione degli obblighi stabiliti dal presente regolamento da parte dei fornitori di servizi intermediari».

<sup>66</sup> Il principio di effettività è un principio generale del diritto dell'Unione europea. Per una trattazione sull'effettività nel diritto europeo T. Tridimas, *The General Principles of EC Law*, Oxford, 2006, 418 ss.; S.M. Carbone, *Principio di effettività e diritto comunitario*, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa - Lezioni Magistrali, 2009.

come implementare questi standard. L'aspetto maggiormente problematico riguarda le tempistiche per la gestione dei reclami, su cui l'art. 20 non solo omette di fornire indicazioni precise, ma richiede soltanto che i fornitori annullino la decisione «senza indebito ritardo»<sup>67</sup>. Ciò potrebbe non essere sufficiente alla luce del fatto che contenuti pubblicati su piattaforme online possono perdere rilevanza in un arco di tempo molto breve, e che in determinati casi è necessario rimuovere celermente la restrizione imposta ad un contenuto affinché il rimedio sia effettivo per l'utente. A tal proposito, l'art. 20 non prevede espressamente che il fornitore debba tenere conto della natura del contenuto oggetto della restrizione, differenziando i tempi di risposta sulla base degli specifici rischi derivanti, caso per caso, dal tardivo annullamento della decisione. Per quanto si potrebbe argomentare, in una certa misura, che un obbligo di differenziare in base alle circostanze sia insito nel requisito di agire senza indebito ritardo, ciò non è evidente dal testo, e non è pacifico che gli intermediari interpretino i propri obblighi in questo senso. Di conseguenza, l'art. 20 non garantisce che i fornitori di piattaforme online prendano effettivamente in considerazione eventuali circostanze del caso concreto che indicano la necessità di procedere con urgenza nel procedimento di revisione della decisione. Presumibilmente, un fornitore razionale tenderà a predisporre procedure di ricorso e reclamo che implicano minori costi, fintantoché gli è concesso. In relazione al caso della disinformazione, le carenze dell'art. 20 sull'implementazione pratica dei meccanismi di ricorso e reclamo non trovano rimedio nel Codice, che risulta essere ancora più vago in materia<sup>68</sup>. In buona sostanza, dalla combinazione del testo legislativo del DSA e del Codice, è possibile concludere che i fornitori di piattaforme online godranno di ampia discrezionalità nello strutturare i meccanismi di reclamo e ricorso sulla base delle proprie considerazioni ed esigenze, con il rischio che vengano predisposti meccanismi inefficienti ed inefficaci che non tutelano adeguatamente la libertà di espressione degli utenti. Gli utenti, dal canto loro, non sarebbero motivati ad agire se non dispongono di un efficiente ed efficace strumento di tutela, rimanendo sprovvisti dinanzi alle condotte illegali dei fornitori di piattaforme online. Secondo quanto riportato in studi empirici, gli utenti hanno spesso riscontrato problemi nei sistemi di notifica e reclamo predisposti da intermediari<sup>69</sup>.

Quanto alla seconda ragione, come già evidenziato da altri autori<sup>70</sup>, fare affidamento sulla proattività degli utenti a richiedere prontamente un rimedio contro decisioni limitative della loro libertà di espressione potrebbe essere un approccio fondato su un presupposto sbagliato. Ci sono risultanze empiriche che dimostrano come gli utenti non siano per larga parte motivati a presentare reclamo contro decisioni che limitano la loro libertà di espressione<sup>71</sup>, e decidano di non agire perché non sanno come proce-

<sup>67</sup> Si veda l'art. 20, par. 4, del DSA.

<sup>68</sup> Si veda l'impegno n. 24 del Codice.

<sup>69</sup> HateAid report, *Unsatisfied and helpless - how social media platforms are failing users*, 2022; S. M. West, *Censored, suspended, shadowbanned: User interpretations of content moderation on social media platforms*, in *New Media & Society*, 20(11), 2018, 4378 ss.

<sup>70</sup> M. Senftleben - J. P. Quintais. - A. Meiring, *Outsourcing human rights obligations and concealing human rights deficits: the example of monetization under the CDSMD and the DSA*, 2023, 22 ss.

<sup>71</sup> J.M. Urban - L. Quilter, *Efficient Process or "Chilling Effects"? Takedown Notices Under Section 512 of the Digital Millennium Copyright Act*, in *Santa Clara Computer and High Technology Law Journal*, 2, 2006, 621.

dere o non si attendono una risposta dall'intermediario<sup>72</sup>. Al di là degli studi empirici, è ragionevole attendersi che, perlomeno nel caso della disinformazione, l'applicazione di una restrizione ad un contenuto possa generare un "chilling effect" capace di produrre effetti dissuasivi verso gli utenti. In particolare, nel momento in cui è applicata una restrizione a un contenuto in quanto falso o non attendibile, l'utente che non aveva agito con piena coscienza ed intenzione di diffondere notizie false potrebbe risentire dello stigma che deriva dalla qualificazione del suo contenuto come disinformazione, percependo che la propria partecipazione al dibattito pubblico non è adeguata o ben accolta. Per questa ragione, un utente potrebbe anche essere dissuaso dal presentare reclamo contro una decisione dell'intermediario.

Per le ragioni sopra esposte, non è garantito che, nella loro concreta operatività, i meccanismi di reclamo e ricorso possano attenuare i rischi di decisioni erronee o abusive degli intermediari per garantire un'effettiva tutela della libertà di espressione degli utenti.

### **5.3.2. Il secondo livello: la risoluzione stragiudiziale delle controversie**

L'art. 21 del *DSA* prevede il diritto per gli utenti, compresi coloro che hanno già presentato reclamo ai sensi dell'art. 20, di avere accesso alla risoluzione stragiudiziale delle loro controversie con gli intermediari presso un organismo certificato a norma del par. 3 dello stesso articolo<sup>73</sup>. Gli organismi di risoluzione stragiudiziale delle controversie sono certificati dai coordinatori dei servizi digitali dopo aver verificato che rispondono ad una serie di requisiti, tra cui l'imparzialità ed indipendenza dagli intermediari e dai destinatari dei servizi degli intermediari. È così assicurato che questi organismi siano esterni ed indipendenti rispetto alle parti della controversia. È inoltre richiesto che gli organismi siano competenti a risolvere le controversie e che siano in grado di procedere in modo rapido, efficiente ed efficace.

Gli organismi di risoluzione stragiudiziale delle controversie sono un'innovazione apportata dal *DSA* in materia di moderazione dei contenuti, e rimane da vedere come saranno applicati gli stringenti criteri per la certificazione di questi organismi. Ad esempio, il *Meta Oversight Board*<sup>74</sup>, nonostante le salvaguardie attualmente in essere per garantirne l'indipendenza ed affidabilità, dovrebbe essere oggetto di una significativa riorganizzazione per riuscire a soddisfare i requisiti per la certificazione come organismo di

---

<sup>72</sup> Si vedano le risultanze del progetto *OnlineCensorship.org*, come riassunte in S. M. West, *Censored, suspended, shadowbanned: User interpretations of content moderation on social media platforms*, in *New Media & Society*, 20(11), 2018, 4378,4379.

<sup>73</sup> L'art. 21, par. 1, primo capoverso dispone quanto segue:  
«I destinatari del servizio, compresi le persone o gli enti che hanno presentato segnalazioni, ai quali sono rivolte le decisioni di cui all'articolo 20, paragrafo 1, hanno il diritto di scegliere qualunque organismo di risoluzione extragiudiziale delle controversie certificato in conformità del paragrafo 3 del presente articolo ai fini della risoluzione delle controversie inerenti a tali decisioni, compresi i reclami che non è stato possibile risolvere mediante il sistema interno di gestione dei reclami di cui a tale articolo».

<sup>74</sup> Per maggiori informazioni sul Meta Oversight Board, si veda il seguente [link](#).

risoluzione stragiudiziale delle controversie<sup>75</sup>.

I requisiti imposti per la certificazione di un organismo di risoluzione stragiudiziale delle controversie potrebbe porre rimedio alle due maggiori criticità riscontrate per i meccanismi di reclamo e ricorso, sia per il fatto che questi organismi sono esterni ed indipendenti rispetto agli intermediari, sia perché è loro richiesto di agire celermente, il che potrebbe motivare gli utenti a presentare ricorso. Se questo è il caso dipenderà però da come saranno certificati e strutturati gli organismi in futuro, con la possibilità che vi siano anche importanti divergenze tra gli Stati membri. Tuttavia, si può osservare almeno un'importante criticità: questi organismi non hanno il potere di imporre una risoluzione della controversia vincolante per le parti, secondo quanto previsto dall'art. 21, par. 2, del DSA<sup>76</sup>. Pertanto, gli intermediari potrebbero liberamente decidere di non conformarsi alle decisioni degli organismi stragiudiziali. Per questo motivo, gli utenti potrebbero non essere inclini ad adire questi organismi e, anche qualora lo facciano, la tutela effettiva della loro libertà di espressione non sarebbe garantita se gli intermediari decidono di non adempiere a quanto richiesto nella decisione. Pertanto, parimenti alla conclusione raggiunta per i meccanismi di reclamo e ricorso, potrebbe non essere garantita un'effettiva tutela della libertà di espressione degli utenti in caso di decisioni erronee o abusive degli intermediari.

### **5.3.3. Il terzo livello: il ricorso agli organi giurisdizionali**

Gli utenti che hanno presentato ricorso internamente presso l'intermediario, o che hanno adito uno degli organismi di risoluzione stragiudiziale delle controversie, conservano in ogni caso il diritto di agire dinanzi ad un organo giurisdizionale. Per gli utenti permane quindi la facoltà di accedere al giudizio di un organo indipendente, competente e le cui decisioni hanno poteri vincolanti, così potendo offrire un rimedio che sopperisce alle carenze delle altre opzioni rimediali.

Per quanto non vi siano criticità legate al ricorso giurisdizionale in termini di indipendenza e competenza dell'organo competente, possono esserci dubbi sulla motivazione degli utenti ad agire, e su quanto la tutela possa essere effettiva, dati i tempi medi di risoluzione giudiziale delle controversie nell'Unione<sup>77</sup>. Le procedure giurisdizionali pos-

---

<sup>75</sup> A.Kuczerawy, *Social Media Councils under the DSA: A path to individual error correction at scale?*, in C. M. Kettemann - J. Francke - C. Dinar - L. Hinrichs, *Platform:// Democracy - Perspectives on Platform Power, Public Values and the Potential of Social Media Councils: Research Report Europe*, Hamburg: Verlag Hans-Bredow-Institut, 2023, 46 ss.

<sup>76</sup> L'art. 21, par. 2, del DSA dispone quanto segue:  
«Entrambe le parti adiscono in buona fede l'organismo di risoluzione extragiudiziale delle controversie selezionato e certificato al fine di risolvere la controversia.  
I fornitori di piattaforme online possono rifiutarsi di adire tale organismo di risoluzione extragiudiziale delle controversie qualora una controversia riguardante le stesse informazioni e gli stessi motivi di presunta illegalità o incompatibilità dei contenuti sia già stata risolta.  
L'organismo di risoluzione extragiudiziale delle controversie certificato non ha il potere di imporre una risoluzione della controversia vincolante per le parti».

<sup>77</sup> Per informazioni precise sui tempi medi della giustizia nell'Unione, si veda l'ultimo quadro di valutazione UE della giustizia pubblicato dalla Commissione europea nel 2023: *The 2023 EU Justice Scoreboard, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Central*

sono essere costose ed impegnative in molti Stati membri dell'Unione<sup>78</sup>, e in relazione alle restrizioni applicate a contenuti online la loro effettività dipende dalla possibilità di ottenere celermente misure cautelari, il che potrebbe non essere sempre possibile. In alcuni casi, una notizia pubblicata online potrebbe perdere rilevanza nel giro di ore o di pochi giorni, un arco di tempo che potrebbe essere fin troppo ristretto per ottenere una misura cautelare.

### 5.4. (Segue) La supervisione della Commissione

#### 5.4.1. I meccanismi di controllo sull'operato di *VLOPs* e *VLOSEs* nel *DSA*

Il secondo possibile contrappeso all'ampia discrezionalità di *VLOPs* e *VLOSEs* risiede nei sistemi di controllo sul loro operato predisposti dal *DSA* e dal Codice, e nei poteri di indagine, correttivi e sanzionatori di cui dispone la Commissione per vigilare sulla corretta implementazione del *DSA*. Questi sistemi di controllo e il ruolo della Commissione sono esaminati di seguito, al fine di verificare fino a che punto possano contribuire a garantire che il principio di proporzionalità sia rispettato in concreto, e che vi sia una tutela effettiva della libertà di espressione degli utenti.

Sulla base del *DSA*, vi sono meccanismi di controllo previsti dagli artt. 35, par. 2 e 3, 37, 40, 45, par. 3 e 4, e 65 ss.. Questi si suddividono in meccanismi di controllo con cui la Commissione può indicare *ex ante* a *VLOPs* e *VLOSEs* come adempiere agli obblighi del *DSA*, meccanismi di controllo *ex post* sull'operato di *VLOPs* e *VLOSEs*, e meccanismi che presentano entrambe le caratteristiche.

Quanto al controllo *ex ante*, i par. 2 e 3 dell'art. 35 prevedono che il comitato possa pubblicare, in cooperazione con la Commissione, relazioni sulle migliori pratiche che *VLOPs* e *VLOSEs* possono seguire per attenuare i rischi sistemici individuati, e che la Commissione possa emanare, in cooperazione con i coordinatori dei servizi digitali, orientamenti sull'applicazione dell'art. 35, par. 1. Grazie a questi strumenti, la Commissione ha la facoltà di guidare i fornitori verso un'implementazione degli obblighi del *DSA* che rispetti al meglio i diritti fondamentali degli utenti, così limitando l'ampia discrezionalità lasciata dal testo del *DSA*.

Quanto al controllo *ex post*, il *DSA* prevede molteplici sistemi di controllo. Un primo esempio è la facoltà concessa alla Commissione di richiedere, ai sensi dell'art. 40, par. 1, del *DSA*<sup>79</sup>, l'accesso ai dati di *VLOPs* e *VLOSEs* considerati necessari per monitorare e valutare la conformità del loro operato alle disposizioni del *DSA*.

Un secondo esempio di controllo *ex post* è la revisione indipendente di cui all'art. 37.

---

*Bank, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions*, COM (2023) 309, 2023.

<sup>78</sup> *Ibid.*

<sup>79</sup> L'art. 40, par. 1, del *DSA* dispone quanto segue:

«I fornitori di piattaforme online di dimensioni molto grandi e di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi forniscono al coordinatore dei servizi digitali del luogo di stabilimento o alla Commissione, su loro richiesta motivata ed entro un termine ragionevole specificato in detta richiesta, l'accesso ai dati necessari per monitorare e valutare la conformità al presente regolamento».

L'art. 37, par. 1, richiede che *VLOPs* e *VLOSEs* si sottopongano, almeno una volta all'anno, a revisioni indipendenti volte a valutare la conformità delle loro condotte agli obblighi di cui al Capo III del *DSA* (tra cui rientrano gli obblighi di mitigazione dei rischi sistemici ai sensi dell'art. 35), e agli impegni assunti sulla base dei codici di condotta e dei protocolli di crisi di cui sono firmatari<sup>80</sup>. Le revisioni sono effettuate da organizzazioni che soddisfano una serie di requisiti di indipendenza, comprovata esperienza, obiettività e deontologia professionale. A seguito di ogni revisione, le organizzazioni incaricate devono redigere una relazione contenente, tra le altre cose, un giudizio sul rispetto dei rilevanti obblighi ed impegni da parte di *VLOPs* e *VLOSEs*, che può essere “positivo”, “positivo con osservazioni” o “negativo”. In caso di giudizio di revisione “non positivo”, la relazione deve fornire raccomandazioni operative sulle misure rimediali da impiegare. *VLOPs* e *VLOSEs* che ricevono giudizi di revisione non positivi devono tenere conto delle raccomandazioni fornite per rimediare alle carenze riscontrate, e sono tenuti ad adottare una relazione di attuazione della revisione in cui descrivono le misure adottate o, nel caso in cui non attuino le raccomandazioni operative, le ragioni di tale scelta e le misure alternative per cui hanno optato. Nell'ambito del sistema di revisione, è ragionevole attendersi che la Commissione avrà accesso alle relazioni delle organizzazioni indipendenti e dei *VLOPs* e *VLOSEs*, in particolare ai sensi dell'art. 40 del *DSA* e nell'ambito dell'esercizio da parte della Commissione dei propri poteri di vigilanza ed indagine previsti dagli artt. 67, 68, 69 e 72 del *DSA*, ovvero il potere di richiedere informazioni, di audizione e di raccolta di informazioni, di effettuare ispezioni o azioni di monitoraggio. Si tratta quindi di un sistema di controllo che opera indipendentemente dalla Commissione, prevedendo solo l'interazione tra revisori indipendenti e fornitori di piattaforme. Tuttavia, è ragionevole pensare che il guardiano ultimo rimanga sempre la Commissione, posto che i revisori indipendenti non hanno alcun potere di intervento sull'operato di *VLOPs* e *VLOSEs*<sup>81</sup> e che, nel caso in cui questi ultimi non agiscano adeguatamente per rimediare ad un giudizio di revisione “non positivo”, solo la Commissione potrà adottare misure cogenti ordinando misure provvisorie, rendendo vincolanti gli impegni assunti da un *VLOP* o un *VLOSE*, adottando una decisione di non conformità o irrogando sanzioni pecuniarie<sup>82</sup>.

Un terzo meccanismo di controllo *ex post* risiede nei poteri diretti di indagine della

<sup>80</sup> L'art. 37, par. 1, del *DSA* dispone quanto segue:

«I fornitori di piattaforme online di dimensioni molto grandi e di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi si sottopongono, a proprie spese e almeno una volta all'anno, a revisioni indipendenti volte a valutare la conformità:

- a) agli obblighi stabiliti al capo III;
- b) agli impegni assunti a norma dei codici di condotta di cui agli articoli 45 e 46 e dei protocolli di crisi di cui all'articolo 48».

<sup>81</sup> L'art. 37, par. 6, del *DSA* dispone quanto segue:

«I fornitori di piattaforme online di dimensioni molto grandi e di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi che ricevono una relazione di revisione che non è «positiva» tengono debitamente conto delle raccomandazioni operative ad essi rivolte al fine di adottare le misure necessarie per attuarle. Entro un mese dal ricevimento di tali raccomandazioni, essi adottano una relazione di attuazione della revisione con cui stabiliscono tali misure. Qualora non diano attuazione alle raccomandazioni operative, essi giustificano nella relazione di attuazione della revisione le ragioni di tale scelta e descrivono le misure alternative da esse adottate per risolvere eventuali casi di non conformità rilevati».

<sup>82</sup> Tali misure possono essere adottate, rispettivamente, a norma degli artt. 70, 71, 73 e 74 del *DSA*.

Commissione sulla base degli artt. 66 e seguenti del *DSA*. In particolare, la Commissione può avviare un procedimento di indagine al fine di adottare una decisione di non conformità o di irrogare sanzioni pecuniarie, a norma rispettivamente degli artt. 73 e 74 del *DSA*, con la possibilità di disporre misure provvisorie nel corso del procedimento come previsto dall'art. 70 del *DSA*. Inoltre, ai sensi dell'art. 71 del *DSA* la Commissione può rendere vincolanti gli impegni assunti da un *VLOP* o un *VLOSE*. La Commissione può esercitare i propri poteri di vigilanza sulla base delle informazioni trasmesse tramite i sistemi di controllo previsti dal *DSA*, o autonomamente qualora lo ritenga opportuno.

Con riferimento al controllo sia *ex ante* che *ex post*, l'art. 45 prevede un intervento da parte della Commissione e del comitato sull'elaborazione e l'implementazione dei codici di condotta. Da un lato, la Commissione e il comitato possono influenzare il contenuto dei codici di condotta. Nonostante non partecipino formalmente alla stesura dei codici, che è lasciata ai destinatari delle norme del *DSA*, possono indirettamente influenzarne il contenuto quando ne incoraggiano e agevolano l'elaborazione ai sensi dell'art. 45, par. 1<sup>83</sup>. Dall'altro lato, la Commissione e il comitato possono controllare l'implementazione dei codici di condotta tramite un meccanismo di rendicontazione periodica sulle misure adottate dai firmatari e i relativi risultati, come previsto dall'art. 45, par. 3, del *DSA*<sup>84</sup>, e come meglio definito all'interno del Codice. All'interno della Sezione X del Codice i firmatari si sono impegnati a presentare rapporti periodici alla Commissione su come hanno implementato il Codice, e sui conseguenti risultati<sup>85</sup>. Sulla base di tale rendicontazione, la Commissione e il comitato possono valutare se i codici di condotta rispondono alle finalità per cui sono stati elaborati, anche tenendo conto di eventuali indicatori chiave di prestazione ivi previsti, e pubblicano le loro conclusioni. L'art. 45, par. 4, prevede che, in caso di inottemperanza sistematica ai codici di condotta, la Commissione e il comitato possono invitare i firmatari ad adottare le misure necessarie.

---

<sup>83</sup> L'art. 45, par. 1, del *DSA* dispone quanto segue:

«La Commissione e il comitato incoraggiano e agevolano l'elaborazione di codici di condotta volontari a livello di Unione per contribuire alla corretta applicazione del presente regolamento, tenendo conto in particolare delle sfide specifiche connesse alla lotta ai diversi tipi di contenuti illegali e ai rischi sistemici, conformemente al diritto dell'Unione, in particolare in materia di concorrenza e protezione dei dati personali».

<sup>84</sup> L'art. 45, par. 3, del *DSA* dispone quanto segue:

«Nell'attuare i paragrafi 1 e 2, la Commissione e il comitato nonché, ove opportuno, altri organismi mirano a garantire che i codici di condotta definiscano chiaramente i loro obiettivi specifici, contengano indicatori chiave di prestazione per misurare il conseguimento di tali obiettivi e tengano debitamente conto delle esigenze e degli interessi di tutte le parti interessate, in particolare dei cittadini, a livello di Unione. La Commissione e il comitato mirano inoltre a garantire che i partecipanti riferiscano periodicamente alla Commissione e ai rispettivi coordinatori dei servizi digitali del luogo di stabilimento in merito a tutte le misure adottate e ai relativi risultati, misurati sulla base degli indicatori chiave di prestazione contenuti nei codici di condotta. Gli indicatori chiave di prestazione e gli obblighi di comunicazione tengono conto delle differenze esistenti tra i diversi partecipanti in termini di dimensioni e capacità».

<sup>85</sup> Si vedano gli impegni n. 38-44 del Codice.

### 5.4.2. Luci e ombre del ruolo di vigilanza della Commissione

I meccanismi sopra descritti potrebbero costituire importanti strumenti di salvaguardia dei diritti fondamentali degli utenti delle piattaforme e dei motori di ricerca online di dimensioni molto grandi, assicurando un certo livello di controllo sull'ampia discrezionalità attribuita a *VLOPs* e *VLOSEs* nell'adempimento degli obblighi dell'art. 35 del *DSA*. Da un lato, la Commissione può agire *ex ante* adottando migliori pratiche ed orientamenti per fornire precise indicazioni sulle misure di attenuazione dei rischi da porre in essere, nonché influenzare il contenuto dei codici di condotta elaborati a norma dell'art. 45, assicurando che l'applicazione in concreto dell'art. 35 non porti ad interferenze eccessive e non proporzionate con la libertà di espressione degli utenti. Dall'altro lato, la Commissione dispone di numerosi strumenti per controllare *ex post* l'implementazione dei codici di condotta e, più in generale, tutte le attività di *compliance* al *DSA* poste in essere dai *VLOPs* e *VLOSEs* grazie alle revisioni indipendenti. Per far ciò, la Commissione può beneficiare di un continuo flusso di informazioni sull'operato dei soggetti obbligati e di incisivi poteri di indagine.

Tuttavia, vi è almeno una ragione per cui è possibile argomentare che la supervisione della Commissione tramite questi meccanismi di controllo non permetterebbe un'adeguata tutela della libertà di espressione degli utenti. Nell'architettura del *DSA* l'unica autorità con poteri amministrativi verso i *VLOPs* e i *VLOSEs* è la Commissione. Come previsto dall'art. 66 del *DSA*, solo la Commissione può avviare un procedimento amministrativo nel caso in cui vi sia il sospetto che un *VLOP* o *VLOSE* ha violato una disposizione del *DSA*. Il conferimento di tali poteri alla Commissione può essere problematico, in quanto la Commissione non è un'autorità indipendente, ma è un organo esecutivo avente legami con il potere politico nell'assetto istituzionale dell'Unione<sup>86</sup>. Pertanto, un'istituzione potenzialmente soggetta a pressioni politiche giocherà un ruolo primario nella definizione delle norme applicabili all'esercizio della libertà di espressione online, ed in particolare sulle infrastrutture online gestite dai cosiddetti “*gatekeepers*”, che costituiscono oggi fori di discussione di fondamentale importanza per l'esercizio della libertà di espressione in un sistema democratico. Questo assetto presenta evidenti rischi per la libertà di espressione degli utenti, soprattutto tenendo conto che la supervisione sulle misure di contrasto alla disinformazione è un'attività delicata con importanti ripercussioni per la circolazione delle informazioni in un sistema democratico. Tramite la stretta cooperazione ed il continuo dialogo con i soggetti vigilati la Commissione, un'istituzione legata al potere politico può partecipare alla definizione dei meccanismi con cui decidere quali contenuti siano accettabili o meno, e quali restrizioni possano essere ammesse.

I rischi derivanti dall'attribuzione di competenze di vigilanza alla Commissione possono essere in parte attenuati dalla partecipazione del comitato europeo per i servizi digitali (di seguito, il “Comitato”) ad alcuni dei processi decisionali per la supervisione

<sup>86</sup> Si veda l'art. 17, par. 7, del Trattato sull'Unione europea che disciplina la procedura per la nomina dei membri del collegio dei commissari, all'interno della quale il Parlamento europeo ed il Consiglio dell'Unione europea hanno un ruolo decisivo.

sulle attività di *VLOPs* e *VLOSEs* a norma della Sezione 5 del *DSA*, nonché della Sezione 6 con riferimento ai codici di condotta e ai protocolli di crisi. Il Comitato è infatti un'autorità con un certo livello di indipendenza, e la sua partecipazione alla vigilanza su *VLOPs* e *VLOSEs* potrebbe attenuare, seppur in misura limitata, il rischio che considerazioni politiche influenzino le decisioni della Commissione. Il Comitato è composto da rappresentanti dei coordinatori dei servizi digitali (di seguito, i "CSD"<sup>87</sup>). L'art. 50 del *DSA* obbliga gli Stati membri ad assicurare che i CSD agiscano in piena indipendenza, con sufficiente autonomia per la gestione dei propri bilanci ed adeguate risorse per espletare le proprie funzioni<sup>88</sup>. Pertanto, l'indipendenza dei CSD dovrebbe garantire a sua volta l'indipendenza del Comitato. Tuttavia, l'indipendenza del Comitato potrebbe essere compromessa da due fattori. In primo luogo, gli Stati membri possono prevederne la partecipazione anche da parte di altre autorità nazionali, per le quali il *DSA* non richiede il rispetto di requisiti di indipendenza<sup>89</sup>. In secondo luogo, la Commissione presiede il Comitato e fornisce il proprio accordo per l'adozione del suo regolamento interno<sup>90</sup>, anche se non dispone di alcun diritto di voto<sup>91</sup>. Ad ogni modo, il Comitato ha un ruolo di gruppo consultivo, con il compito di fornire consulenza alla Commissione e ai CSD nell'ambito dell'applicazione del *DSA*. Pertanto, anche qualora fosse un organo indipendente a tutti gli effetti, non dispone di poteri di vigilanza, correttivi e sanzionatori. Di conseguenza, la presenza del Comitato non sarebbe in ogni caso sufficiente a rimediare ai rischi derivanti dall'attribuzione di funzioni di vigilanza alla Commissione, sebbene possa in qualche misura attenuare tali rischi, a seconda di come sarà strutturato ed agirà in concreto.

In conclusione, secondo quanto sopra osservato emerge che, nella pratica, il sistema di vigilanza sull'implementazione del *DSA* da parte degli intermediari presenta almeno un punto debole. In particolare, vi sono rischi per la libertà di espressione degli utenti poiché sono attribuite funzioni di vigilanza ad un'istituzione non indipendente, e la partecipazione del Comitato non è sufficiente a controbilanciare il collegamento al potere politico della Commissione.

## 6. Conclusioni

La strategia co-regolamentare intrapresa dal legislatore europeo nel *DSA* per la disciplina di *VLOPs* e *VLOSEs* può apportare benefici, tra cui la possibilità che le norme si adattino con flessibilità alle fattispecie di rischi sistemici che si presenteranno in futuro. Tuttavia, le osservazioni sopra avanzate mostrano come questi benefici siano accompagnati da chiari rischi per la libertà di espressione degli utenti, e l'intero assetto del *DSA* per la mitigazione dei rischi sistemici appaia non pienamente rispettoso dell'art. 52 della Carta. Da un lato, vi sono evidenti carenze, direttamente percepibili dalla

---

<sup>87</sup> Si veda l'art. 62, par. 1, del *DSA*.

<sup>88</sup> Si veda l'art. 50, par. 1 e 2, del *DSA*.

<sup>89</sup> *Ibid.*

<sup>90</sup> Si veda l'art. 62, par. 2 e 7, del *DSA*.

<sup>91</sup> Si veda l'art. 62, par. 3, del *DSA*.

lettura dei rilevanti articoli del *DSA*, in relazione al rispetto del principio di legalità. Dall'altro lato, anche qualora il *DSA* appaia formalmente rispettoso del principio di proporzionalità, un'analisi più approfondita delle sue ricadute applicative evidenzia il rischio di restrizioni non proporzionate, nonché il rischio che le salvaguardie predisposte come controllo sull'operato degli intermediari non garantiscano una tutela effettiva della libertà di espressione degli utenti.

I fornitori di servizi intermediari hanno implementato pratiche di moderazione dei contenuti ancor prima dell'adozione del *DSA*, agendo anche contro contenuti legittimi ma contrari ai loro termini e condizioni come la disinformazione. Una volta che il *DSA* troverà pienamente applicazione, tuttavia, la moderazione di contenuti legittimi potrebbe verificarsi, su larga scala, in attuazione di un obbligo discendente direttamente dalla legge. La Commissione potrebbe assumere un ruolo di fondamentale importanza, in qualità di autorità di vigilanza, per condurre le pratiche dei soggetti vigilati in una direzione che sia, per quanto possibile, rispettosa dei diritti fondamentali degli utenti. Se condotti nella direzione giusta, è possibile che *VLOPs* e *VLOSEs* implementino il *DSA* in modo pienamente rispettoso del principio di proporzionalità, disattendendo le preoccupazioni sopra esposte. Ciononostante, permane il problema che, come sopra esposto<sup>92</sup>, la Commissione è parte del potere esecutivo nell'assetto istituzionale della separazione dei poteri dell'Unione, e che un'istituzione soggetta ad influenza politica potrà decidere su delicati aspetti riguardanti l'esercizio della libertà di espressione online. Inoltre, l'interferenza con la libertà di espressione conseguente all'attuazione dell'art. 35 non sembrerebbe rispettosa del principio di legalità, come sopra evidenziato<sup>93</sup>. Resta da vedere quali ricadute applicative avrà il *DSA* e fino a che punto la Commissione riuscirà a guidarne la corretta implementazione.

---

<sup>92</sup> Si veda il par. 5.4.2.

<sup>93</sup> Si veda il par. 4.2.