

POTERI DELL'AGCOM E USO DEGLI ALGORITMI. TRA INNOVAZIONI TECNOLOGICHE ED EVOLUZIONI DEL QUADRO REGOLAMENTARE*

MATTEO GIANNELLI**

Sommario

1. Premessa. – 1.1 Tra analisi e indagini conoscitive: piattaforme digitali e sistema dell'informazione. – 1.2 Le modifiche al Regolamento dell'Autorità per la valorizzazione delle attività di analisi e di studio. – 2. AGCOM, trasparenza nella selezione dei contenuti, consapevolezza degli utenti circa i contenuti e le informazioni ricevute *online*. I limiti delle forme di auto-regolazione. – 3. Ambiti e strategie di intervento recenti: qualità dell'informazione, pluralismo e *Web Analytics*. – 4. Due casi di studio sul tema delle decisioni algoritmiche. – 4.1 (*segue*) Il divieto di pubblicità di giochi e scommesse e i servizi di indicizzazione e promozione di siti *web*. 4.2. (*segue*) l'atto di richiamo sul rispetto dei principi vigenti a tutela della correttezza dell'informazione e la lettera per le piattaforme di condivisione con riferimento al tema Covid-19. – 5. La nuova consiliatura e le sfide della regolazione, tra pluralismo e innovazione tecnologica.

Abstract

The essay aims to analyse and describe the practice of decisions, studies and any other documentation that AGCOM has published on the subject of algorithmic decisions in recent years. Through this analysis some observations will be made on the role that the Authority may play in the coming years in the regulation of phenomena linked to technological innovation.

Suggerimento di citazione

M. GIANNELLI, *Poteri dell'AGCOM e uso degli algoritmi. Tra innovazioni tecnologiche ed evoluzioni del quadro regolamentare*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2021. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Il contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al *webinar* "Autorità amministrative indipendenti e regolazione delle decisioni algoritmiche" svoltosi il 7 maggio 2021 e organizzato dal Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Firenze, nell'ambito del Progetto PRIN 2017 *Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law* (SE.CO.R.E TECH).

** Dottorando in Diritto pubblico nell'Università degli Studi di Firenze.
Contatto: matteo.giannelli@unifi.it

1. Premessa

Il presente contributo intende analizzare e descrivere la prassi relativa alla produzione di atti, decisioni, studi e ogni altra documentazione che negli ultimi anni l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ha pubblicato sul tema delle “decisioni algoritmiche”.

Rispetto alla notevole mole di provvedimenti del Garante della protezione dei dati personali¹, il numero di atti rilevanti è senza dubbio più limitato²: un fenomeno che ha molteplici ragioni tra cui l'impossibilità per i privati cittadini di adire direttamente l'Autorità. Ciò non toglie, tuttavia, che l'AGCOM abbia intrapreso alcune iniziative, in particolare di analisi e di studio³, di rilievo primario – come testimoniato anche in documenti di autorità straniera⁴ – e che la quarta consiliatura, iniziata nel settembre 2020, potrà rappresentare un punto di svolta per il ruolo e la posizione dell'Autorità nel sistema di regolazione del pluralismo e dei fenomeni di innovazione tecnologica⁵.

Nell'era della convergenza e della rivoluzione digitale un punto di riferimento imprescindibile per l'analisi proposta è costituito dall'informazione *online*, in cui il tema della salvaguardia del pluralismo si presenta in forme nuove e più complesse, ponendo numerose sfide all'attenzione dell'Autorità⁶.

La destrutturazione del sistema dell'informazione, la moltiplicazione delle *fake news* – o, meglio, di forme di disinformazione⁷ – e il dilagare dei c.d.

¹ Su cui si rinvia al lavoro di V. PAGNANELLI *Decisioni algoritmiche e tutela dei dati personali. Riflessioni intorno al ruolo del Garante*, contenuto in questo *Speciale*.

² Una prima ricerca testuale effettuata tra gli atti e i provvedimenti dell'Autorità, <https://www.agcom.it/atti-e-provvedimenti>, restituisce solo tre atti in cui ricorrono i termini “algoritmico”, “algoritmica” o “algoritmici” o le sue declinazioni. Sono, invece, circa 60 gli atti in cui compare il termine “algoritmo” o “algoritmi” (dato aggiornato al 1° luglio 2021).

³ Si tratta di iniziative che, sin dall'inizio, hanno caratterizzato il modo di operare dell'Autorità, cfr. l'allegato A alla delibera 278/99/CONS, *Procedura per lo svolgimento di consultazioni pubbliche nell'ambito di ricerche e indagini conoscitive*.

⁴ Cfr. il recente studio sulla disinformazione online curato dalla autorità di settore britannica Ofcom, OFCOM, *Understanding online false information in the UK*, 27 gennaio 2021, https://www.ofcom.org.uk/__data/assets/pdf_file/0027/211986/understanding-online-false-information-uk.pdf

⁵ Sul punto v. *infra* § 5 e, per le tendenze in atto nel quadro europeo, il contributo di E. CATERINA, *Trasparenza della decisione algoritmica: quale ruolo per le autorità di garanzia nelle comunicazioni? Un quadro europeo*, contenuto in questo *Speciale*.

⁶ Tra i molti cfr., fin da subito, E. CHELI, *Prefazione*, in MENSÌ, P. FALLETTA, *Il diritto del web*, Wolters Kluwer, Milano, 2015, IX ss., e P. CARETTI, A. CARDONE, *Diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era della convergenza*, Il Mulino, Bologna, 2019, 237 ss.

⁷ Su questa precisazione terminologica cfr. il Final report of the High Level Expert Group on Fake News and Online Disinformation della Commissione europea del gennaio 2018 dove in apertura si specifica che «The analysis presented in this Report starts from a shared understanding of disinformation as a phenomenon that goes well beyond the term “fake news”. This term has been appropriated and used misleadingly by powerful actors to dismiss coverage that is simply found disagreeable. Disinformation as defined in this Report includes all forms of false, inaccurate, or misleading information designed, present-ed and promoted to intentionally cause public harm or for profit».

discorsi d'odio (*bate speech*) rappresentano l'effetto più visibile della costruzione di Internet attraverso il ruolo di oligopoli che gestiscono l'informazione senza essere editori. Un processo circolare che si alimenta della difficile distinzione tra informazione e intrattenimento causata dalla struttura algoritmica della Rete⁸.

Un cambio di paradigma che ha costretto la dottrina a interrogarsi sul ruolo della regolazione pubblica nel porre rimedio al dilagare della logica privatistica e mercantile che presiede alla gestione delle piattaforme *online* e dei *Social Networks*, attraverso cui si esplica la libertà di informazione e si realizza la comunicazione politica⁹.

Si tratta di un processo di cui anche l'AGCOM, in quanto autorità "convergente", si è fatta carico intraprendendo un complesso percorso regolamentare che dalla auto-regolazione si sta rapidamente muovendo verso la co-regolamentazione, rappresentando in maniera del tutto emblematica le tendenze di sistema attualmente in atto.

In questa prospettiva, le funzioni di garanzia e regolazione dell'Autorità meritevoli di attenzione riguardano l'uso delle tecnologie digitali: dalla protezione dell'utente, e del cittadino, alla prevenzione e repressione dell'uso distorto dei dati e delle informazioni, fino al piano della definizione mercati.

L'Autorità, avvalendosi della lungimiranza della sua legge istitutiva, la legge Maccanico – che già assegnava al Consiglio il compito di «promuovere ricerche e studi in materia di innovazione tecnologica e di sviluppo nel settore delle comunicazioni e dei servizi multimediali» (art. 1, co. 6, lett. c), n. 3, l. n. 249 del 1997)¹⁰ –, ha perseguito nel corso degli anni una «strategia basata su fatti, informazioni e competenze, orientata a conoscere a fondo i fenomeni su cui è chiamata a deliberare, garantendo al tempo stesso la promozione

⁸ Più in generale si discorre del generale "superamento" della visione romantica della rete Internet nella premessa all'ultima edizione di R. ZACCARIA, A. VALASTRO, E. ALBANESI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Wolters Kluwer, Milano, 2021, vi.

⁹ Di recente su questi aspetti nella dottrina italiana A. CARDONE, "Decisione algoritmica" vs. *decisione politica*. A.I., *legge, democrazia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, 82 ss, e E. LONGO, *The Risks of Social Media Platforms for Democracy: A Call for a New Regulation*, in B. CUSTERS, E. FOSCH VILLARONGA, H. DRUKARCH (eds.), *Law & AI*, Information Technology and Law Series, Springer - T.M.C. Asser Press, in corso di pubblicazione. Imprescindibile nella letteratura sul tema il riferimento all'opera di J.M. BALKIN, *Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation*, in *University of California, Davis Law Review*, vol. 51(3), 2018, 1149 ss., spec. 1173, dove l'A. si sofferma sulla necessità di «new form of government speech regulation. I call it "new school" speech regulation, to distinguish it from earlier, "old school" speech regulation. Old school speech regulation primarily aims at speakers and publishers of content. [...] New school speech regulation, by contrast, is not aimed at speakers or publishers; it is aimed at digital infrastructure».

¹⁰ Si ricordi anche il punto n. 1 della medesima lettera dove si dispone che il Consiglio «segnala al Governo l'opportunità di interventi, anche legislativi, in relazione alle innovazioni tecnologiche ed all'evoluzione, sul piano interno ed internazionale, del settore delle comunicazioni».

dell'innovazione e della concorrenza, la salvaguardia del pluralismo dell'informazione e la tutela del cittadino», per utilizzare le parole di un'importante delibera sui cui si tornerà *infra*¹¹.

1.1 Tra analisi e indagini conoscitive: piattaforme digitali e sistema dell'informazione

Il punto di partenza della ricognizione proposta nel presente lavoro può essere individuato nell'indagine conoscitiva su *Piattaforme digitali e sistema dell'informazione*, avviata con la Delibera n. 309/16/CONS del 21 giugno 2016¹² e conclusasi con la Delibera n. 79/20/CONS del 27 febbraio 2020¹³.

Nell'ambito di tale indagine è stato istituito, nel novembre 2017, un *Tavolo tecnico per la garanzia del pluralismo e della correttezza dell'informazione sulle piattaforme digitali*¹⁴. Si è trattato di un vero e proprio modello di cooperazione istituzionalizzata con le piattaforme, con lo scopo di promuovere l'autoregolamentazione di queste ultime per l'individuazione e il contrasto ai fenomeni di disinformazione *online*.¹⁵

Nell'ambito del *Tavolo* – a cui hanno preso parte, tra gli altri, Google, Facebook, Wikipedia, gruppi editoriali e associazioni di categoria¹⁶ – sono state adottate le *Linee guida per la parità di accesso alle piattaforme online durante la campagna elettorale 2018* (1 febbraio 2018), sulla cui base le piattaforme

¹¹ Cfr. par. 3. Si tratta dell'Allegato B) - *Indagine conoscitiva su piattaforme digitali e sistema dell'informazione - Documento di chiusura* alla Delibera n. 79/20/CONS del 27 febbraio 2020 - *Chiusura dell'indagine conoscitiva su "Piattaforme digitali e sistema dell'informazione", avviata con la delibera n. 309/16/CONS*.

¹² Delibera n. 309/16/CONS del 21 giugno 2016, *Avvio di una indagine conoscitiva su "Piattaforme digitali e sistema dell'informazione"*.

¹³ Cfr. *supra* nota 2.

¹⁴ Delibera n. 423/17/CONS del 6 novembre 2017, *Istituzione di un tavolo tecnico per la garanzia del pluralismo e della correttezza dell'informazione sulle piattaforme digitali*, con Allegato sulle modalità di funzionamento del Tavolo.

¹⁵ La partecipazione al *Tavolo* era aperta a tutti i soggetti e le piattaforme interessate ai sensi della delibera istitutiva, cfr. art. 1, co. 2: «Al Tavolo, cui possono prendere parte tutti gli enti istituzionali e i soggetti pubblici o privati a vario titolo interessati, sono invitati a partecipare gli attori operanti nei mercati dell'informazione online e, in particolare, le maggiori piattaforme che offrono servizi di social network e motori di ricerca; gli editori di stampa e radiotelevisivi, inclusi quelli che si avvalgono di piattaforme distributive online; le associazioni delle imprese del settore dei media e dell'informazione».

¹⁶ Cfr. Comunicato stampa AGCOM del 4 dicembre 2017 relativo alla prima riunione. Al tavolo tecnico hanno aderito: Google Italy, Facebook Italy, Fondazione Wikimedia Italia, Federazione Italiana Editori Giornali, Confindustria Radio Televisioni, Aeranti-Corallo, Web Radio Associate, Associazione Nazionale Editoria di Settore, Associazione Nazionale Stampa Online, RAI, RTI Mediaset, La7, Sky Italia, Ciaopeople, Pagella Politica, AGI, Adnkronos, Ordine Nazionale dei Giornalisti, Federazione Nazionale della Stampa Italiana, Unione Cattolica Stampa Italia, Utenti Pubblicità Associati, Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria, Unione Nazionale Imprese di Comunicazione, Associazione Aziende di Comunicazione, IAB Italia, Netcomm, Guardia di Finanza -Nucleo Speciale per la Radio-diffusione e l'Editoria.

aderenti hanno messo a disposizione dei propri utenti alcuni strumenti di contrasto alla disinformazione online, tra cui la campagna informativa lanciata da *Facebook* sulle pagine dei propri utenti italiani per l'individuazione delle notizie false e le iniziative di *Google* nella promozione e valorizzazione del *fact-checking*¹⁷. Nelle Linee guida, inoltre, si auspicava l'applicazione dei principi di parità di trattamento della legge sulla *par condicio* anche alle piattaforme¹⁸: un invito a cui, tuttavia, non è seguito alcun esercizio dei poteri dell'Autorità, in assenza di un quadro regolamentare chiaro¹⁹.

Successivamente, è stato redatto il primo rapporto tecnico sulle *Strategie di disinformazione online e la filiera dei contenuti fake* (9 novembre 2018) che ha offerto una dettagliata classificazione delle strategie di disinformazione online quale «fenomeno multiforme, per caratteristiche, soggetti coinvolti, motivazioni sottostanti, tecniche di comunicazione impiegate per comporre i contenuti *fake*, strumenti e tecnologie utilizzate, risorse investite».

Infine, occorre far menzione del *Rapporto sul consumo di informazione* del 19 febbraio 2018 in cui è stata introdotta la categoria analitica delle “fonti algoritmiche” (social network, motori di ricerca, aggregatori di notizie), come distinte dalle “fonti editoriali”, in base alla circostanza che la mediazione, la gerarchia dei contenuti, fruita dall'utente è effettuata da un algoritmo e non in base ad una scelta editoriale²⁰.

Sempre in applicazione della citata delibera 309/16/CONS è stato istituito un coordinamento permanente con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e il Garante per la protezione dei dati personali, in modo da superare la natura settoriale delle competenze e coniugare i poteri e gli istituti

¹⁷ Sui meccanismi di moderazione dei contenuti operati dalle piattaforme e sulla scarsa efficacia dei codici di condotta cfr. l'importante lavoro di D. KAYE, *Speech Police: The Global Struggle to Govern the Internet* (2019), trad. it. F. Graziosi, *Libertà vigilata. La lotta per il controllo di Internet*, Trecani, Roma, 2021, in part. Cap. 3. Inoltre, nella dottrina italiana G.L. CONTI, *Manifestazione del pensiero attraverso la rete e trasformazione della libertà di espressione: c'è ancora da ballare per strada?*, in *Rivista AIC*, 4/2018, 204 ss., e, più di recente dello stesso A., *La lex informatica*, in questa *Rivista*, 1/2021, spec. 337 ss.

¹⁸ Ad esempio, con riferimento ai messaggi pubblicitari i cui inserzionisti siano soggetti politici, era stata evidenziata la necessità che l'inserzionista indicasse la natura di “messaggio elettorale” di questi, specificando, altresì, il soggetto politico committente, conformemente a quanto già avviene per i messaggi politico-elettorali sulla stampa quotidiana e periodica *ex art. 7* della legge 22 febbraio 2000, n. 28.

¹⁹ Mancanza che risalta se raffrontata con gli interventi a tutela della *par condicio offline*, su cui vedi <https://www.agcom.it/elezioni-politiche-e-regionali-4-marzo-2018> e la recente delibera n. 92/21/CONS del 11 marzo 2021 recante Atto di indirizzo sul rispetto dei principi a tutela della correttezza, completezza, imparzialità e pluralismo dell'informazione, adottata dopo la formazione del Governo Draghi, in considerazione dell'ampia maggioranza parlamentare che lo sostiene.

²⁰ Cfr. AGCOM, *Italiani alla fonte. Come, quanto e dove ci informiamo*, Egea, Milano, 2018.

anticoncentrazionistici, regolatori del pluralismo e di tutela della privacy²¹. In questo quadro si iscrive l'indagine conoscitiva sullo sviluppo dell'economia digitale e sui *big data*, avviata con la delibera n. 217/17/CONS del 30 maggio 2017, le cui rilevanti implicazioni si riflettono su numerosi ambiti tra i quali la tutela della privacy, la regolazione delle attività di informazione, la tutela del consumatore e della concorrenza²².

Alla base di questo intervento vi era, e vi è tuttora, la consapevolezza che l'analisi sulle modalità di raccolta dei dati e, soprattutto, sulla loro gestione con la logica dei big data non potesse prescindere da un approfondimento dei diversi algoritmi utilizzati per estrarre e analizzare le informazioni. Con riferimento ai tradizionali ambiti di intervento dell'AGCOM, infatti, l'utilizzo da parte delle piattaforme dei dati personali come asset strategico e attraverso forme di profilazione e definizione di algoritmiche può incidere da un lato sul mantenimento della *net neutrality* tra operatori di rete e fornitori di contenuti, dall'altro, sulla pluralità e sulla diversità della rappresentazione di fatti e opinioni presso l'utente, alimentando camere di risonanza e false percezioni di determinati fenomeni²³.

L'indagine conoscitiva si è conclusa con la delibera n. 458/19/CONS del 27 novembre 2019²⁴, dopo aver approfondito, anche attraverso audizioni e richieste di informazioni ai soggetti coinvolti, i cambiamenti ascrivibili ai *big data* nei comportamenti degli utenti/consumatori che forniscono i dati, nelle scelte gestionali e strategiche delle aziende che li utilizzano e dei mercati in generale.

1.2 Le modifiche al Regolamento dell'Autorità per la valorizzazione delle attività di analisi e di studio

Le importanti attività di indagine avviate dall'Autorità nel corso degli ultimi anni hanno avuto l'obiettivo di colmare innanzitutto le asimmetrie informative

²¹ È la strada indicata dalla nota decisione sul "caso Facebook" dell'Autorità Antitrust tedesca (*Bundeskartellamt*) del 6 febbraio del 2019, che ha applicato nell'ambito di un giudizio anticoncentrazionistico alcuni istituti tipici della tutela della privacy per giungere ad imporre al Social network alcune limitazioni nella raccolta dei dati personali.

²² Delibera n. 217/17/CONS del 30 maggio 2017 - *Avvio di un'indagine conoscitiva sui big data*.

²³ Sulla neutralità della rete (terminologia che si fa risalire all'opera di T. WU, *Network Neutrality, Broadband Discrimination*, in *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, 2, 2003, 141 ss.) cfr. M. MENSI, *La neutralità della rete*, in ID., P. FALLETTA, *Il diritto del web*, Wolters Kluwer, Milano, 2018, 101 ss. Inoltre F. DONATI, *Net neutrality e zero rating nel nuovo assetto delle comunicazioni elettroniche*, in T.E. FROSINI, O. POLLICINO, E. APA, M. BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Le Monnier, Firenze, 2017, 189 ss., e G. DE MINICO, *Net neutrality come diritto fondamentale di chi verrà*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2016 (ora in EAD., *Libertà in Rete. Libertà dalla Rete*, Giappichelli, Torino, 2020, 173 ss.). Infine si veda anche la consultazione pubblica intrapresa dall'Autorità e conclusa con la delibera n. 714/11/CONS, *La neutralità della rete: pubblicazione delle risultanze della consultazione pubblica di cui alla delibera n. 40/11/CONS*, e in particolare l'Allegato A.

²⁴ Delibera n. 458/19/CONS del 27 novembre 2019 - *Chiusura indagine conoscitiva sui big data*.

rispetto al mercato e di segnalare e proporre ai *policy maker* forme adeguate di evoluzione del quadro normativo²⁵. Si tratta di atti che esprimono la consapevolezza che la regolazione richiede una dose di conoscenza tecnica che normalmente sfugge agli stessi regolatori. Per queste ragioni è importante menzionare la Delibera n. 95/19/CONS del 28 marzo 2019, recante *Modifiche al Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità*, ispirata dall'intento di valorizzare le complesse attività di analisi e studio svolte dal Servizio economico-statistico, con cui si è previsto l'estensione di tali attività ai dati diffusi sulle piattaforme *online*. Il nuovo comma 1, lett. g), dell'art. 19-bis, che detta le competenze attribuite al Servizio richiamato, menziona, la «elaborazione di metodologie e di strumenti finalizzati alla verifica della qualità dell'informazione sulle piattaforme digitali e all'analisi dell'impatto dell'intermediazione algoritmica, nonché dell'attendibilità e della trasparenza di sondaggi online e indici di ascolto online»²⁶.

Proprio grazie a tale novella l'Autorità ha potuto disporre, con l'Allegato B alla delibera 79/20/CONS, la realizzazione di un *sistema di monitoraggio continuativo della qualità dell'informazione online e analisi dell'impatto dell'intermediazione algoritmica*, nonché un sistema di verifica e monitoraggio delle rilevazioni degli indici di ascolto online, su cui ci si soffermerà *infra* nel par. 3.

2. AGCOM, trasparenza nella selezione dei contenuti, consapevolezza degli utenti circa i contenuti e le informazioni ricevute *online*. I limiti delle forme di auto-regolazione

Sul fronte delle nuove forme di regolazione, negli ultimi anni l'Autorità ha inteso coinvolgere gli *stakeholders* nei percorsi regolamentari attraverso il ricorso a tavoli tecnici, in particolare sul tema della correttezza dell'informazione e sul rispetto del pluralismo sulle piattaforme online, nell'intento di disegnare forme di autoregolamentazione e co-regolamentazione e di individuare soluzioni innovative basate sulla conoscenza dei fenomeni.

Negli anni sono emerse le problematiche legate ai fenomeni alla auto-regolazione, cioè di quei meccanismi di produzione e implementazione delle regole giuridiche da parte di soggetti privati. Un approccio sul quale, già nel marzo 2010, l'allora Presidente dell'Autorità, Corrado Calabrò, poneva la propria attenzione in occasione dell'audizione, svolta di fronte alla Commissione Affari

²⁵ Sul punto cfr. anche A. MANGANELLI, *Le Autorità di regolazione nel settore delle comunicazioni*, in G. AVANZINI, G. MATUCCI, L. MUSSELLI (a cura di), *Informazione e media nell'era digitale*, Giuffrè, Milano, 2019, 345 ss.

²⁶ Di recente occorre segnalare l'importante delibera n. 211/21/CONS del 24 giugno 2021 recante *Linee Guida per l'analisi della regolamentazione*, con cui l'Autorità ha definito i nuovi criteri sostanziali e procedurali per lo svolgimento dell'AIIR. Sul punto per un primo commento cfr. la segnalazione di M. AVVISATI contenuta nella rubrica 2/2021 relativa all'AGCOM di questa *Rivista*.

costituzionali della Camera dei deputati nell'ambito dell'indagine conoscitiva sulle autorità amministrative indipendenti. In quella sede Calabrò, riflettendo sugli obiettivi imposti della *better regulation* definita dal Consiglio europeo nella cd. Agenda di Lisbona, in cui si lasciava spazio a tale forma, affermava: «il percorso di autoregolazione va sì favorito, ma deve esserne monitorata l'efficacia. Deve anche essere recepito attraverso l'intervento dell'autorità rafforzativo di un'intesa raggiunta a livello privatistico, per incardinarlo nell'impianto regolatorio e fargli acquistare cogenza sanzionabile»²⁷.

Nell'esperienza dell'Autorità, in primis in quella legata al *Tavolo tecnico per la garanzia del pluralismo e della correttezza dell'informazione sulle piattaforme digitali*, sono stati verificati alcuni evidenti limiti di quelle forme di autoregolazione che non siano accompagnate da un'attenta verifica circa il ruolo della profilazione algoritmica nella selezione dei contenuti. In questa prospettiva, come evidenziato nel rapporto conclusivo dell'Indagine conoscitiva sui *big data*, sono «opportune iniziative legislative volte ad assicurare alle autorità indipendenti preposte alla tutela del pluralismo, poteri di *audit* e di *inspection* circa la profilazione algoritmica ai fini della selezione delle informazioni e dei contenuti, nonché in relazione agli esiti dell'applicazione delle policy e delle regole che le piattaforme digitali globali si sono date in tema di rimozione di informazioni false o di *hatespeech*. Manca, infatti, ad oggi, una reportistica verificabile di tali autonome iniziative»²⁸.

Con riferimento al tema dei discorsi d'odio (*hate speech*), a seguito della trasposizione della nuova Direttiva sui servizi media audiovisivi (2018/1808)²⁹, l'AGCOM applicherà anche alle piattaforme di *videosharing*³⁰ il proprio regolamento di cui alla Delibera 157/19/CONS del 15 maggio 2019³¹. È importante sottolineare come la direttiva incoraggi in primo luogo la co-regolazione in tale ambito ai fini dell'attuazione delle misure tecniche adeguate (art. 28 *ter*, par. 4³²). Allo stesso modo il regolamento AGCOM dispone, all'art. 2, co. 3, che

²⁷ Il resoconto stenografico della seduta del 10 marzo 2010 è consultabile al link https://leg16.camera.it/461?stenog=/_dati/leg16/lavori/stencomm/01/indag/indipendenti/2010/0310&pagina=s010.

²⁸ Cfr. *supra* nota 20.

²⁹ Direttiva (Ue) 2018/1808 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018, recante modifica della direttiva 2010/13/UE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (direttiva sui servizi di media audiovisivi), in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato.

³⁰ Cfr. art. 3, co. 1, lett. b), legge 22 aprile 2021, n. 53, *Legge di delegazione europea 2019-2020*, su cui si tornerà *infra* nel par. 5.

³¹ Delibera n. 157/19/CONS del 15 maggio 2019, *Regolamento recante disposizioni in materia di rispetto della dignità umana e del principio di non discriminazione e di contrasto all'hate speech*.

³² Secondo cui: «Ai fini dell'attuazione delle misure di cui ai paragrafi 1 e 3 del presente articolo, gli Stati membri incoraggiano il ricorso alla coregolamentazione come disposto dall'articolo 4 bis,

l'Autorità promuove, mediante procedure di co-regolazione, l'adozione di misure volte a contrastare la diffusione in rete di tali contenuti³³.

La co-regolazione, come noto, costituisce un modo complementare di produrre diritto, allo scopo di garantire, sotto la supervisione degli organi politici, un più ampio livello di trasparenza, democrazia e rispetto dei diritti fondamentali. La regolazione, infatti, da un lato, intende avere ad oggetto le nuove tecnologie, ma, dall'altro, sempre più viene prodotta attraverso le tecnologie: da operatori con competenze giuridiche e tecnologiche, con il coinvolgimento dei detentori del sapere tecnologico e con la partecipazione degli utilizzatori delle tecnologie (c.d. *users*).

3. Ambiti e strategie di intervento recenti: qualità dell'informazione, pluralismo e *web analytics*

A valle dell'indagine conoscitiva richiamata, e sulla base delle criticità riscontrate³⁴, l'Autorità ha delineato la strategia che intende perseguire a garanzia della correttezza e dell'attendibilità dell'informazione *online*. Le principali linee di intervento individuate, tra di loro inevitabilmente intrecciate, riguardano misure di monitoraggio e vigilanza atte a salvaguardare la qualità dell'informazione online, il pluralismo e la concorrenza nei settori di riferimento e la questione degli indici di ascolto sul *web*.

Sul versante della qualità dell'informazione è prevista la realizzazione di un *Sistema di monitoraggio continuativo della qualità dell'informazione online e analisi dell'impatto dell'intermediazione algoritmica*. Questo intervento si svilupperà sulla base di un approccio *data driven*, attraverso l'analisi dei dati dei social network, con l'ausilio di tecniche di *machine learning*, di analisi del testo, in modo, dunque, da poter utilizzare l'AI per il riconoscimento del linguaggio d'odio e per analizzare il legame tra *hate speech* e disinformazione³⁵.

Sul punto sarà fondamentale l'attività intrapresa sul grado di neutralità e, soprattutto, di trasparenza degli algoritmi, sia con riferimento alle operazioni

paragrafo 1». Articolo 4 bis, par. 1: «Gli Stati membri incoraggiano il ricorso alla coregolamentazione e la promozione dell'autoregolamentazione tramite codici di condotta adottati a livello nazionale nei settori coordinati dalla presente direttiva nella misura consentita dai loro ordinamenti giuridici».

³³ Secondo cui: «L'Autorità promuove, coordina e indirizza l'elaborazione di codici di condotta. In particolare, con riferimento ai fornitori di piattaforme per la condivisione di video di cui all'art. 1, lett. g), l'Autorità individua forme di co-regolazione, nonché campagne di sensibilizzazione sul tema». Cfr. Allegato B alla delibera n. 157/19/CONS del 15 maggio 2019 sopra citata nota 30.

³⁴ Cfr. la delibera n. 309/16/CONS esaminata *supra* nel par. 1.1 e, per l'analisi delle criticità, i due rapporti prodotti: quello intermedio del 23 novembre 2018, *News vs. fake nel sistema dell'informazione - Interim report indagine conoscitiva delibera n. 309/16/CONS*, e quello conclusivo, costituente l'allegato A alla delibera n. 79/20/CONS, *Percezioni e disinformazione. Molto "razionali" o troppo "pigri"?*.

³⁵ Cfr. l'allegato B alla delibera n. 79/20/CONS.

di gerarchizzazione e di indicizzazione delle informazioni, sia con riguardo al potere di indurre i cittadini a determinati comportamenti.

Si tratta di aspetti che la stessa Autorità ha messo ben in evidenza nel rapporto dal titolo, di per sé assai indicativo, *Percezioni e disinformazione. Molto "razionali" o troppo "pigri"?*, dalla cui lettura emerge chiaramente come il consumo di notizie online sia fatto sulla base di fenomeni di *microtargeting* e polarizzazione³⁶. Lo studio di questi fenomeni delinea, peraltro, i termini di una più ampia problematica che sembra ribaltare la tradizionale costruzione legata al pluralismo esterno dell'informazione - si pensi, in particolare, ai problemi dal settore radiotelevisivo e alla cospicua giurisprudenza costituzionale che si è sviluppata sul punto a partire dagli anni '70: oggi si pone, infatti, un problema della costruzione di un'informazione basata sulle preferenze dell'utente, anzi su aspetti computazionali che derivano dall'utilizzo dei big data, secondo meccanismi automatizzati di produzione della stessa.

Strettamente collegato alle tematiche del pluralismo è anche il versante della tutela della concorrenza nei settori di riferimento. In questo contesto l'attività di analisi proposta si inserisce in un percorso, inaugurato dall'Autorità sin dal 2013, quando le modifiche normative intervenute hanno esteso la portata dell'articolo 43 del Tusmar³⁷ sancendo, di fatto, un presidio normativo per interventi a tutela del pluralismo e della correttezza dell'informazione nei confronti delle piattaforme online. Nella relazione annuale dell'Autorità al Parlamento per il 2018 si legge che «la concentrazione delle risorse pubblicitarie in ambito internazionale e nazionale in capo ai medesimi soggetti che gestiscono le fonti di informazione – algoritmiche – con un ruolo crescente nel panorama mediatico disponibile *online*, assume ulteriore rilievo in un'ottica di salvaguardia del principio pluralistico»³⁸.

³⁶ Il titolo del report richiama il celebre lavoro di D. KAHNEMAN, *Thinking, Fast and Slow* (2011), trad. di L. Serra, *Pensieri lenti e veloci*, Mondadori, Milano, 2012, che insiste sulla teoria del *nudging*, in base alla quale si spingono le persone a fare certe cose sulla base della loro attività. Il report offre due interessanti definizioni di *microtargeting* – «dal punto di vista dell'offerta, molta parte della ricerca ha esaminato l'utilizzo, da parte delle piattaforme online, di algoritmi con cui queste sono in grado di raggiungere con estrema precisione il target di consumo cui si rivolgono (*microtargeting*) affinando tale capacità grazie ai big data di cui dispongono e che raccolgono continuamente» – e di polarizzazione – «L'effetto prodotto da questi elementi induce a ritenere che i modelli di consumo delle notizie in rete, pur dinanzi a una pluralità di fonti disponibili, non conducano a un'apertura degli utenti a punti di vista diversi ma piuttosto a un ripiegamento degli stessi in *echo chamber*. In tali dinamiche si inseriscono le strategie di disinformazione, che tendono a sfruttare l'esposizione selettiva e la polarizzazione per attivare meccanismi cognitivi ed emotivi degli utenti, agendo tanto sulla predisposizione a ricevere il messaggio quanto sulla propensione a dividerne il contenuto».

³⁷ Art. 43 del d.lgs 21 luglio 2015, n. 177, rubricato *Posizioni dominanti nel sistema integrato delle comunicazioni*.

³⁸ AGCOM, *Relazione annuale 2018 sull'attività svolta e sui programmi di lavoro*, 132.

In tale ambito di operatività ricadono tutti i procedimenti per l'accertamento delle posizioni dominanti, tra quello avviato con la delibera n. 356/19/CONS, volto all'individuazione dei mercati rilevanti nonché all'accertamento di posizioni dominanti o comunque lesive del pluralismo nel settore della pubblicità online³⁹. Con riferimento la disciplina dei mercati, come noto, i paradigmi classici non bastano più a leggere e a sistematizzare lo scenario attuale. Google, Apple, Facebook, Amazon si impongono come monopolisti, anche quando la loro posizione non corrisponde perfettamente al modello consueto di chi controlla un mercato⁴⁰. La stessa definizione di mercato rilevante è ormai sottoposta a una lettura critica da parte della dottrina: le vecchie regole *ex post* sono ormai inadatte alla disciplina di questi nuovi mercati, facendo emergere con forza il tema di una possibile disciplina *ex ante*⁴¹.

Sull'ultimo versante rileva lo sviluppo di *attività di monitoraggio dei sistemi di misurazione degli indici di ascolto online (web analytics)*, in ragione dell'effetto diretto sulla raccolta pubblicitaria⁴². Già nell'indagine conoscitiva (delibera n. 236/17/CONS del 12 giugno 2017⁴³), che ha approfondito le attività di rilevazione delle audience per i diversi media oggetto di vigilanza da parte dell'Autorità, si è data evidenza delle criticità riconducibili in generale ai numerosi soggetti che offrono servizi di *web analytics* basati su tecniche e metodi di tracciamento differenti. Nel corso del 2019, l'Autorità ha svolto con regolarità l'attività di vigilanza sulle società realizzatrici delle indagini di ascolto e diffusione dei mezzi di comunicazione, verificando il corretto adempimento degli obblighi previsti dalla regolamentazione in materia. Con specifico riferimento alla misurazione dell'audience online, si è conclusa l'istruttoria avviata

³⁹ Delibera n. 356/19/CONS del 18 luglio 2019, *Avvio del procedimento volto all'individuazione del mercato rilevante nonché all'accertamento di posizioni dominanti o comunque lesive del pluralismo nel settore della pubblicità on line, ai sensi dell'art. 43, comma 2, del decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177*.

⁴⁰ Le ragioni della necessaria riaffermazione del controllo sulla concorrenzialità del mercato digitale sono sostenute con forza da S. MANNONI, G. STAZI, *Is competition a click away? Sfida al monopolio nell'era digitale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018, *passim*, e in, particolare, 91, dove si afferma che è «compito dell'AGCOM delineare i mercati rilevanti nel campo del pluralismo e individuare eventuali posizioni dominanti delle imprese che vi operano. Posizioni che, a differenza di quanto avviene nel diritto della concorrenza, sono illecite di per sé».

⁴¹ Si ricordi che l'ultimo comma dell'art. 43 prevede la possibilità per l'Autorità di pronunciarsi «sulla adeguatezza dei limiti indicati nel presente articolo segnalando, allo stesso tempo, al Parlamento i risultati delle analisi effettuate».

⁴² Tale competenza attribuita all'autorità dall'art. 1, comma 6, lett. b, n. 11, dalla legge n. 249 del 1997, per cui l'autorità «cura le rilevazioni degli indici di ascolto e di diffusione dei diversi mezzi di comunicazione; vigila sulla correttezza delle indagini sugli indici di ascolto e di diffusione dei diversi mezzi di comunicazione rilevati da altri soggetti, effettuando verifiche sulla congruità delle metodologie utilizzate e riscontri sulla veridicità dei dati pubblicati».

⁴³ Delibera n. 236/17/CONS del 12 giugno 2017, *Chiusura dell'indagine conoscitiva sui sistemi di rilevazione degli indici di ascolto sui mezzi di comunicazione di massa*. Allegato A) *Indagine conoscitiva sui sistemi di rilevazione degli indici di ascolto sui mezzi di comunicazione di massa*.

nei confronti della società Audiweb avente ad oggetto la verifica della metodologia proposta nell'ambito del progetto Audiweb 2.0⁴⁴. In tale ambito, tuttavia, si riscontrano notevoli difficoltà rispetto all'analisi degli indici di ascolto dai mezzi tradizionali poiché vi è un problema di disponibilità del dato: si tratta, infatti, di misurare delle *metriche* che l'Autorità non possiede e in cui non è possibile nemmeno operare il raffronto tra i dati delle emittenti e degli utenti pubblicitari come avviene negli altri ambiti⁴⁵.

In considerazione delle evoluzioni poste dalla digitalizzazione dei media, l'Autorità ha recentemente adottato un Atto di indirizzo in materia di sistemi di rilevazione degli indici di ascolto nel nuovo ecosistema digitale, invitando i soggetti che realizzano le indagini sulle rilevazioni degli ascolti a ricorrere al modello JIC (*Joint Industry Committee*) per «garantire una effettiva rappresentatività dell'intero settore di riferimento» e procedere ad una progressiva convergenza e integrazione degli attuali sistemi di rilevazione, «al fine di addivenire a metriche univoche, alla piena integrabilità delle tecnologie e delle metodologie di rilevazione e alla condivisione degli asset di misurazione, in una logica di sistema e nella prospettiva del mercato»⁴⁶.

⁴⁴ Delibera n. 168/19/CSP del 9 luglio 2019, *Chiusura dell'istruttoria avviata nei confronti della società Audiweb avente ad oggetto la verifica della metodologia proposta nell'ambito del progetto Audiweb 2.0*.

⁴⁵ Erano già particolarmente chiari i punti 498 e 499 dell'allegato A alla delibera n. 236/17/CONS per cui «Con riferimento al sistema di Audiweb, come riconosciuto dagli operatori intervenuti nel corso dell'Indagine, sono state riscontrate delle problematiche riconducibili alla governance e alla metodologia di rilevazione. [...] 499. Relativamente al primo aspetto, è stata appurata l'assenza nella compagine societaria del JIC, sia dei player internazionali con ricavi da pubblicità online di maggiore rilievo (Google e Facebook), sia delle associazioni rappresentative degli editori online nazionali con quote pubblicitarie decisamente più contenute (fra cui ANSO), prescindendo, pertanto, dalle citate delibere dell'Autorità che dispongono l'esigenza di garantire la massima apertura del capitale sociale dei soggetti realizzatori delle rilevazioni a tutte le componenti del mercato, così da produrre delle indagini rappresentative delle diverse istanze del settore che condizionano da ultimo l'esito delle rilevazioni stesse». Aspetti confermati nella delibera n. 168/19/CSP dove si legge che «Cionondimeno, allo stato, Facebook non risulta consentire controlli sui propri algoritmi di profilazione e sistemi di elaborazione dei dati: tale circostanza evidenzia i rischi connessi al ruolo di Facebook nel progetto in esame nella misura in cui la piattaforma, pur concorrendo in via di fatto alla produzione della metrica ufficiale del mercato digitale, non consente la piena verificabilità da parte di un soggetto terzo del compito svolto».

⁴⁶ Cfr. art. 1, co. 1 e 5, della delibera n. 194/21/CONS del 10 giugno 2021, *Indirizzi in materia di sistemi di rilevazione degli indici di ascolto nel nuovo ecosistema digitale*.

4. Due casi di studio sul tema delle decisioni algoritmiche

4.1 (*segue*) Il divieto di pubblicità di giochi e scommesse e i servizi di indicizzazione e promozione di siti web

Con la Delibera n. 541/20/CONS del 22 ottobre 2020⁴⁷, l'Autorità ha comminato una sanzione amministrativa pecuniaria di euro 100.000⁴⁸ nei confronti della società *Google Ireland Ltd.* per violazione del divieto di pubblicità relativa a giochi o scommesse con vincite di denaro, nonché al gioco d'azzardo.

L'art. 9, co. 1, del decreto-legge n. 87 del 2018, convertito con modificazioni dalla legge n. 96 del 2018, vieta infatti espressamente «qualsiasi forma di pubblicità, anche indiretta, relativa a giochi o scommesse con vincite di denaro nonché al gioco d'azzardo, comunque effettuata e su qualunque mezzo, incluse le manifestazioni sportive, culturali o artistiche, le trasmissioni televisive o radiofoniche, la stampa quotidiana e periodica, le pubblicazioni in genere, le affissioni e i canali informatici, digitali e telematici, compresi i social media». L'AGCOM, ai sensi dei commi 2 e 3 del medesimo articolo, è competente alla contestazione e all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria «di importo pari al 20 per cento del valore della sponsorizzazione o della pubblicità e in ogni caso non inferiore, per ogni violazione, a euro 50.000».

L'Autorità ha rilevato che *Google Ireland Ltd.*, titolare del servizio *Google Ads* – funzionale alla indicizzazione e promozione di siti web – ha consentito la diffusione, dietro pagamento⁴⁹, di link che indirizzano verso determinati siti, in violazione del divieto contenuto nell'art. 9 del decreto-legge citato (cd. «decreto Dignità»).

Secondo le linee guida attuative dell'art. 9 citato, adottate con la delibera n. 132/19/CONS del 18 aprile 2019⁵⁰, è definita come pubblicità ogni forma di comunicazione diffusa dietro pagamento o altro compenso, ovvero a fini di autopromozione, allo scopo di promuovere la fornitura, dietro pagamento, di beni o di servizi, al fine di indurre il destinatario ad acquistare il prodotto o

⁴⁷ Delibera n. 541/20/CONS del 22 ottobre 2020, *Ordinanza-ingiunzione nei confronti della società Google Ireland Limited per la violazione della disposizione normativa contenuta nell'art. 9, comma 1, del decreto-legge 12 luglio 2018, n. 87.*

⁴⁸ Importo su cui, come si dirà, si è concentrato l'attenzione degli operatori ma che appare, senza dubbio, risibile se confronti ai bilanci di *Google*.

⁴⁹ Si tratta, come noto, di una fonte notevole di raccolta pubblicitaria, con le problematiche rilevate ad esempio in Australia dove il Parlamento ha approvato una legge che costringe i colossi del web a pagare gli editori per i contenuti condivisi attraverso le loro piattaforme (Australian Act No. 21/2021 - *News Media and Digital Platforms Mandatory Bargaining Code*). Sulla vicenda che ha portato alla legge cfr. T. FLEW, D. WILDING, *The turn to regulation in digital communication: the ACCC's digital platforms inquiry and Australian media policy*, in *Media, Culture & Society*, vol. 43, 1, 2021, 48 ss.

⁵⁰ Delibera n. 132/19/CONS del 18 aprile 2019, *Linee guida sulle modalità attuative dell'art. 9 del decreto-legge 12 luglio 2018, n. 87, recante "Disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese"*, convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2018, n. 96.

servizio offerto (cd. *call to action*). L'Autorità ha ritenuto che, in questo caso specifico, l'attività realizzata da *Google Ads* non fosse in alcun caso qualificabile come servizio di *hosting*, atteso che l'elemento caratterizzante la prestazione non consiste "nell'ospitare" il messaggio pubblicitario, ma piuttosto nel permetterne la diffusione attraverso diversi siti internet destinatari del messaggio. L'attività di memorizzazione è, infatti, «del tutto ancillare e tecnicamente necessaria per la prestazione del servizio principale che è, invece, finalizzato alla promozione diretta di scommesse e giochi a pagamento, attività espressamente vietata dall'ordinamento nazionale».

Alla luce del Regolamento (UE) 2019/1150, noto anche come Regolamento *Platform to Business (P2B)*⁵¹, che ritiene sanzionabili anche i fornitori di servizi di indicizzazione stabiliti all'estero che offrono servizi destinati al pubblico italiano, l'Autorità ha deciso di procedere nei confronti di *Google* sanzionando la violazione. Si è trattato di un fattore decisivo perché, senza questa nuova regolazione sull'intermediazione delle piattaforme online dettata dal Regolamento UE e le competenze attribuite all'Autorità, non sarebbe stato possibile concludere il procedimento⁵².

La vicenda risulta interessante, anche sotto un profilo più generale, con riferimento ai poteri normativi dell'Autorità e alla loro compatibilità con il principio della riserva di legge⁵³. Infatti, dopo l'entrata in vigore del decreto-legge n. 87 del 2018, l'AGCOM ha intrapreso una serie di consultazioni, con le società concessionarie del gioco d'azzardo e alcune associazioni di categoria, per l'acquisizione di ogni utile elemento di informazione e valutazione sulle

⁵¹ Regolamento (UE) 2019/1150 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online. Il Regolamento, direttamente applicabile dal 12 luglio 2020, reca disposizioni in materia di motori di ricerca e «si applica ai servizi di intermediazione online e ai motori di ricerca online, a prescindere dal luogo di stabilimento o di residenza del fornitore di tali servizi e dal diritto altrimenti applicabile». Da ciò è seguita la sanzionabilità, alla luce del quadro normativo vigente, dei fornitori di servizi di indicizzazione stabiliti all'estero che offrono servizi destinati al pubblico italiano.

⁵² Sull'importanza del Regolamento, anche nella prospettiva della riforma europea sul digitale, cfr. A. MARTUSCIELLO, *La nuova riforma europea sul digitale. La catena del valore delle piattaforme tra mercato e privacy*, in *Media Laws*, 25 giugno 2021.

⁵³ Su cui in termini generali si veda il *Volume* dell'Osservatorio sulle fonti relativo agli anni 2003-2004, P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004. I poteri normativi delle autorità indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2005, e, in particolare, il contributo di F. DONATI, V. BONCINELLI, *I regolamenti per l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, 119 ss., spec. 166 dove si afferma che «le esigenze garantiste sottese alla previsione di una riserva di legge solo in parte possono essere superite dagli strumenti partecipativi». Inoltre M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1994, 185 ss., e G. DE MINICO, *Regole. Comando e consenso*, Giappichelli, Torino, 2005, spec. 125 ss. Di recente, infine, M.E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law*, Giappichelli, Torino, 2019, spec. 215 ss., e F. ZAMMARTINO, *Il modello molteplice. La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2020, spec. 207 ss.

modalità attuative del divieto⁵⁴. Sulla base di tali consultazioni, cui hanno partecipato moltissimi soggetti (al questionario predisposto dall'Autorità hanno risposto 42 soggetti e di questi 31 hanno presentato istanza di audizione), sono state adottate le Linee guida di cui alla Delibera n. 132/19/CONS, che «si propongono, entro la cornice normativa primaria di riferimento, di coordinare le nuove regole con la complessa disciplina di settore e con i principi costituzionali e dell'Unione europea» (così il par. 1.2). Tra i principi costituzionali richiamati, come è possibile leggere nella delibera dell'autorità assume un rilievo primario l'art. 41 Cost. che, come noto, sancisce la libertà di iniziativa economica privata⁵⁵. Le Linee guida forniscono chiarimenti interpretativi in ordine agli ambiti di applicazione oggettivo, soggettivo e territoriale dell'art. 9 del decreto-legge, aspetti su cui non sono mancate le critiche in particolare al par. 5 per la specificazione degli ambiti in cui, a differenza di quanto il decreto sembra prevedere in via generale, la pubblicità del gioco d'azzardo è permessa⁵⁶.

Alle linee guida pubblicate nell'aprile del 2019, l'Autorità ha fatto seguire, il successivo 24 luglio, un lungo documento, di ben 31 pagine, contenente una serie di segnalazioni al governo sulle «criticità interpretative e le problematiche applicative» relative al divieto di pubblicità del gioco d'azzardo, riscontrate durante la realizzazione delle linee guida⁵⁷. Tra le numerose criticità sollevate, l'Autorità fa notare come le normative europee in materia di contrasto al gioco d'azzardo non abbiano vietato del tutto, a differenza del decreto n. 87 del 2018, le comunicazioni pubblicitarie ma solo quelle che risultino aggressive per i soggetti vulnerabili, preferendo «un regime normativo duttile e flessibile». Scorrendo il testo è possibile leggere alcune considerazioni sulla compatibilità con la normativa vigente, sulla potenziale inefficacia dell'art. 9 del decreto-legge citato e, ancora, sulle possibili conseguenze negative che potrebbe avere tra «offerta di gioco legale e illegale, e con un conseguente danno alla tutela dei

⁵⁴ V. Delibera n. 579/18/CONS del 10 dicembre 2018, *Questionario sulle modalità attuative dell'art. 9 del Decreto-legge 12 luglio 2018, n. 87, recante "disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese", convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2018, n. 96 (c.d. Decreto dignità)*.

⁵⁵ Non bisogna dimenticare sul punto quella dottrina che ha messo luce come la Costituzione sia indifferente alla salvaguardia, in quanto tale, di un determinato sistema economico e, dunque, alla realizzazione di un mercato concorrenziale. Sul punto v. R. MANFRELOTTI, *Autorità indipendenti e funzione sociale del mercato*, Giappichelli, Torino, 20021, spec. 17 ss., per cui la *ratio* delle funzioni attribuite alle Autorità indipendenti risiede nel bilanciamento della libertà garantita dall'art. 41 Cost. con le finalità sociali espresse dalla stessa Carta costituzionale.

⁵⁶ Ad esempio non sono considerate pubblicità, secondo il par. 5.5, le informazioni su quote, jackpot, probabilità di vincita, puntate minime, e eventuali bonus offerti, purché rilasciate nel contesto in cui si offre il servizio di gioco a pagamento.

⁵⁷ Segnalazione 24 luglio 2019, *Segnalazione al Governo ai sensi dell'articolo 1, comma 6, lett. c), n. 1) della legge 31 luglio 1997, n. 249 sulla normativa introdotta dall'articolo 9 del decreto-legge 12 luglio 2018, n. 87, recante "Disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese", convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2018, n. 96, in materia di pubblicità del gioco a pagamento*.

consumatori». In conclusione l'Autorità sottolinea anche il potenziale danno economico e alla libera concorrenza che il decreto-legge potrebbe avere: il divieto generalizzato di fare pubblicità, infatti, precluderebbe di fatto l'accesso al mercato di nuove società, che non avrebbero modo di farsi conoscere e di competere con altre già note. Sul punto, una particolare attenzione è riservata all'«impatto notevole» del divieto di pubblicità sul settore dell'editoria «che già vive una forte contrazione dei ricavi pubblicitari, circostanza che evidentemente incide sotto il profilo occupazionale e che porta con sé inevitabili ricadute anche in termini di pluralismo, privando il settore dell'editoria di una possibile fonte di ricavi».

4.2. (segue) l'atto di richiamo sul rispetto dei principi vigenti a tutela della correttezza dell'informazione e la lettera per le piattaforme di condivisione con riferimento al tema Covid-19

Nel marzo 2020, con un provvedimento di natura peculiare, l'Autorità ha manifestato la necessità di rivolgere a tutti i fornitori di servizi di media audiovisivi e radiofonici un richiamo affinché, conformemente ai principi sanciti a tutela di una informazione corretta e obiettiva, fosse garantita una adeguata copertura informativa sui temi legati all'emergenza pandemica.

Con la delibera n. 129/20/CONS del 18 marzo 2020 - *Atto di richiamo sul rispetto dei principi vigenti a tutela della correttezza dell'informazione con riferimento al tema "coronavirus covid-19"*⁵⁸ e la connessa *Lettera per le piattaforme di condivisione di video e social media relativa al tema Coronavirus*⁵⁹ - l'Autorità è intervenuta, in maniera tempestiva rispetto all'aggravarsi della situazione sanitaria, per favorire l'implementazione di misure volte a contrastare notizie false o non corrette, anche attraverso la rete Internet⁶⁰.

Con tale delibera, in particolare con la lettera allegata, l'Autorità ha voluto richiamare i fornitori di servizi e le piattaforme di condivisione ad assicurare una adeguata e completa copertura informativa sul tema del covid-19, invitandoli ad effettuare ogni sforzo per garantire la testimonianza di autorevoli esperti del mondo della scienza e della medicina allo scopo di fornire ai cittadini informazioni verificate e fondate.

In particolare, l'Autorità dopo aver accertato – nell'ambito di un procedimento poi conclusosi con le delibere 152 e 153/20/CONS del 14 aprile 2020⁶¹

⁵⁸ Delibera n. 129/20/CONS del 18 marzo 2020 - Atto di richiamo sul rispetto dei principi vigenti a tutela della correttezza dell'informazione con riferimento al tema "coronavirus covid-19"

⁵⁹ Reperibile a questo link.

⁶⁰ Sulla vicenda si vedano le riflessioni di G.E. VIGEVANI, *Sistema informativo e opinione pubblica al tempo della pandemia*, in *Quaderni costituzionali*, 2020, 780-781.

⁶¹ Delibera n. 152/20/CONS - Ordinanza ingiunzione nei confronti della società italian broadcasting s.r.l.s. (servizio di media audiovisivo su satellite recante il marchio "life tv network") ai sensi

– che i contenuti di alcune trasmissioni televisive risultavano potenzialmente suscettibili di porre in pericolo la salute degli utenti in quanto induttivi di una sottovalutazione dei rischi potenziali del virus Covid-19, ne ha verificato la disponibilità su numerose pagine web.

Per questa ragione l’Autorità, già prima della conclusione del procedimento avviato, ha invitato le piattaforme Facebook e YouTube «a valutare, nell’ambito degli impegni assunti in sede di autoregolazione, quali iniziative intraprendere nei confronti dei suddetti contenuti, di cui alle decisioni assunte dall’Autorità, al fine di contrastare la diffusione di informazioni false o comunque non corrette, diffuse dalle suddette fonti non scientificamente accreditate, circa gli aspetti epidemiologici e di trattamento del coronavirus, nonché dei comportamenti da adottare per prevenire l’infezione e la sua diffusione». La lettera per le piattaforme si concludeva con una più generale richiesta volta a «conoscere quali iniziative la piattaforma ha assunto o intenda assumere, indicandone i criteri, le motivazioni e gli strumenti di trasparenza e garanzia per gli utenti interessati, in merito al contrasto di strategie di disinformazione di tipo medico-sanitario in relazione agli esclusivi aspetti epidemiologici e di trattamento sanitario del coronavirus, nonché dei comportamenti che i singoli cittadini possono adottare, sempre ed esclusivamente sotto il profilo medico, per prevenire l’infezione e la sua diffusione».

L’autorità, di pari passo, ha rafforzato l’attività dell’Osservatorio sulla disinformazione *Online*, pubblicando periodicamente dei rapporti dedicati alla produzione di informazione e disinformazione sul tema del Covid-19⁶².

In termini più generali, è possibile notare che, almeno con riferimento all’informazione sanitaria, le piattaforme si siano dimostrate più attive del solito nel dialogo con le Istituzioni, esercitando «un ruolo più simile a quello dell’editore

dell’articolo 51, comma 9, del decreto legislativo 31 luglio 2005, n.177 per la violazione delle disposizioni di cui agli articoli 3 e 36 bis, comma 1, lett. C), n. 3, del decreto legislativo 31 luglio 2005, n.177. (contestazione n. 10/20/dca - proc. 2756/mrm) e Delibera n. 153/20/CONS - Ordinanza ingiunzione nei confronti della società mediacom s.r.l. (servizio di media audiovisivo in ambito nazionale su digitale terrestre “life 120 channel”) ai sensi dell’articolo 51, comma 9, primo periodo, del decreto legislativo 31 luglio 2005, n.177 per la violazione delle disposizioni di cui agli articoli 3 e 36 bis, comma 1, lett. C), n. 3, del decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177 (contestazione n. 11/20/dca - proc. 2757/mrm).

Tali procedimenti si sono conclusi con l’irrogazione delle sanzioni più gravi previste dal citato art. 51, co. 9, ovvero la sospensione di sei mesi di attività delle emittenti. Il Tar, anche in sede monocratica, e il Consiglio di Stato hanno sospeso in via cautelare le due delibere ritenendole eccessivamente pregiudizievoli; successivamente il Tar Lazio ha annullato le due delibere in ragione della loro manifesta sproporzione delle sanzioni ivi previste visti «i soli due giorni di programmazione [...] e anche in ragione della avvenuta interruzione delle trasmissioni ancora prima della notificazione dell’atto di contestazione» (così Tar Lazio, sez. Terza *ter*, nn. 12883 e 12884/2020, pronunce avverso cui è stato proposto ricorso al Consiglio di Stato, al momento pendente).

⁶² I rapporti, per ora quattro in totale, disponibili anche in lingua inglese, sono consultabili al link <https://www.agcom.it/osservatorio-sulle-comunicazioni>.

sia nel controllo e nella rimozione dei contenuti che nella scelta delle informazioni da privilegiare»⁶³, prevenendo meccanismi che indirizzano le ricerche degli utenti collegate al Covid-19 sulle pagine dell'OMS e delle autorità sanitarie nazionali⁶⁴.

5. La nuova consiliatura e le sfide della regolazione, tra pluralismo e innovazione tecnologica

Come si accennava in apertura del presente lavoro la nuova consiliatura, iniziata nel settembre 2020, potrà rappresentare un punto di svolta per il ruolo e la posizione dell'AGCOM nel sistema di regolazione del pluralismo e dei fenomeni di innovazione tecnologica. I limiti che l'Autorità incontra nello svolgimento delle sue funzioni dimostrano la perdurante attualità del tema della “cattura del regolatore”: a causa dell'evoluzione tecnologica, infatti, la necessità di ricorrere al supporto e all'aiuto dei soggetti che sono sottoposti al controllo rende particolarmente difficoltoso, o comunque poco efficace, l'esercizio delle funzioni normative e sanzionatorie attribuite alle stesse Autorità.

Le ragioni che invitano a considerare la possibilità di un nuovo ruolo per l'AGCOM derivano da un contesto caratterizzato da novità normative e da alcuni atti della stessa che potrebbero risultare particolarmente rilevanti.

Innanzitutto, l'attenzione andrà posta sulle concrete modalità di realizzazione del citato *Sistema di monitoraggio continuativo della qualità dell'informazione online e analisi dell'impatto dell'intermediazione algoritmica*, di cui all'allegato B della Delibera n. 79/20/CONS. Di recente l'Autorità, con la Delibera 44/21/CONS ha avviato un'indagine per mappare l'ecosistema digitale e procedere a una classificazione dei servizi offerti delle piattaforme online nell'ambito di una più approfondita analisi del quadro normativo nazionale, sovranazionale e internazionale⁶⁵.

Un'indagine che aspira a fornire all'Autorità gli strumenti necessari per svolgere un ruolo importante, o quantomeno non secondario, nell'ambito della Strategia europea per il digitale. Su quest'ultimo punto, infatti, sarà importante valutare l'impatto del *Digital services act* (DSA)⁶⁶ – e del *Digital Markets Act*

⁶³ Così, G.E. VIGEVANI, *Sistema informativo e opinione pubblica al tempo della pandemia*, cit., 781.

⁶⁴ Cfr. i programmi di monitoraggio delle azioni delle piattaforme predisposti dalla Commissione Europea nell'ambito del Joint Communication “Tackling COVID-19 disinformation - Getting the facts right”.

⁶⁵ Delibera n. 44/21/CONS del 4 febbraio 2021, *Avvio di un'indagine conoscitiva relativa ai servizi offerti sulle piattaforme online*,

⁶⁶ COM/2020/825 final del 15 dicembre 2020 - *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE*, su cui cfr. nuovamente le osservazioni contenute nel contributo di E. CATERINA, *Trasparenza della decisione algoritmica: quale ruolo per le autorità di garanzia nelle comunicazioni? Un quadro europeo*, contenuto in questo *Speciale*.

(DMA) – sulle piattaforme *online* in termini di trasparenza e responsabilità dei processi algoritmici. A ciò si aggiunga la recente *Proposal for a Regulation on a European approach for Artificial Intelligence*, approvata dalla Commissione Europea il 21 aprile 2021, che prevede l'istituzione di una autorità europea competente in materia di IA e l'indicazione da parte degli Stati membri di autorità nazionali competenti su questo versante⁶⁷. In questo contesto, come detto, andrà verificato il ruolo che verrà riservato all'AGCOM, anche in coordinamento con gli altri organismi europei.

Infine, deve esser ricordata l'attuazione della direttiva UE 2018/1808 concernenti i servizi di media audiovisivi. La recente legge 22 aprile 2021, n. 53, *Legge di delegazione europea 2019-2020*, prevede il riordino del *Testo Unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici* e l'emanazione di un nuovo *Testo Unico dei servizi di media digitali* (così l'art. 3, co. 1, lett. a). Numerosi sono gli altri ambiti d'interesse per l'Autorità, a partire dalla tutela dei minori, di cui si prevede l'aggiornamento dei compiti e l'ulteriore rafforzamento ulteriormente delle sue prerogative di indipendenza⁶⁸.

Si tratta, in conclusione, dell'attribuzione di un ruolo determinante che potrà condurre l'Autorità a forme più incisive di regolazione⁶⁹, specie sul versante delle decisioni algoritmiche.

I regolatori come l'AGCOM si sono spesso trovati privi di reali poteri e competenze o, comunque, in grande difficoltà nel governare efficacemente i nuovi mercati e le forme di interazione che le piattaforme digitali hanno creato. L'innovazione, come specificato in apertura della Relazione annuale 2021, espone la regolamentazione «al rischio dell'inadeguatezza e dell'obsolescenza, nonché alla costante rincorsa di uno scenario in perenne divenire»⁷⁰. Nei prossimi anni sarà possibile constatare se le iniziative intraprese, in particolare quelle di analisi e di studio, sapranno dare i frutti sperati, unitamente alle possibili forme di cooperazione istituzionale e di integrazione funzionale con le

⁶⁷ Cfr. rispettivamente, gli artt. 56-58 per l'istituzione della *European Artificial Intelligence Board* e l'art. 59 per l'indicazione da parte degli Stati membri di autorità nazionali competenti in materia.

⁶⁸ Si ricordi anche la vicenda, richiamata *supra* al par. 2, relativa al piattaforme per la condivisione dei video e al contrasto alla diffusione dei discorsi d'odio di cui all'art. 3, co. 1, lett. b), legge n. 53 del 2021.

⁶⁹ Su questo spettro di interventi, compresa la nuova direttiva europea sul diritto d'autore, cfr. l'intervento del Presidente dell'AGCOM G. LASORELLA, *La nuova riforma europea sul digitale e ricadute sul locale*, in *MediaLaws*, 21 giugno 2021, per «cui quella che stiamo vivendo è una rivoluzione digitale che apre una nuova fase per i sistemi costituzionali occidentali, i quali, anche nel mondo della rete, saranno chiamati a preservare la libertà di espressione e a bilanciarla con il rispetto di altri diritti costituzionalmente garantiti». Inoltre L. ARIA, *Responsabilità delle piattaforme digitali ed esigenze di regolamentazione. Recepimento SMAV e indagine conoscitiva AGCOM sugli OTT*, *ivi*, 7 luglio 2021.

⁷⁰ Cfr. Relazione annuale 2021 sull'attività svolta e sui programmi di lavoro, presentata al Parlamento il 26 luglio 2021, e, per la citazione, la prefazione del Presidente.

altre Autorità – AGCM e Garante per la Protezione dei dati Personali – come avvenuto in occasione dell'indagine conoscitiva sui Big Data.