

## Lotta alle fake news: dallo stato dell'arte a una prospettiva di regolamentazione per il “vivere digitale” a margine del Digital Services Act

Sebastiano Flaminio

L'articolo si propone di offrire uno spunto di riflessione sull'attuale assetto normativo sulla lotta alle fake news, con il duplice scopo di individuare gli aspetti di forza e di fragilità che i dati normativi vigenti offrono e di individuare la strada migliore da percorrere per una migliore tutela dei soggetti coinvolti. Nel corso della trattazione, si dà merito al legislatore europeo per aver predisposto la duplice proposta di regolamento del DSA e del DMA ed aver avuto il coraggio di affermare la sua sovranità in materia di rapporti digitali, con la speranza che l'iter di approvazione conduca anche alla valorizzazione di un approccio di governance *multi-stakeholder* per l'autoregolamentazione e all'istituzione di un'apposita autorità garante per combattere anche il fenomeno della *censura privata*.

Fake news – Info-war – Tutela dei diritti – Garante dell'informazione

SOMMARIO: 1. Inquadramento del tema – 2. Uno sguardo preliminare: l'autoregolamentazione dei social network – 2.1. Il problema sollevato dalla giurisprudenza italiana – 2.2. L'emblematico caso di Parler – 2.3. L'estensione di una prassi pericolosa – 3. Il nuovo approccio normativo europeo: cenni sul Digital Services Act – 3.1. Uno sguardo agli ordinamenti francese e tedesco – 3.2. Uno sguardo all'esempio russo – 3.3. Una breve parentesi: l'insegnamento della politica statunitense – 3.4. L'ordinamento italiano – 4. Elementi di riflessione e spunti per l'elaborazione di una specifica disciplina: l'ambito di applicazione – 4.1. Gli strumenti di codificazione; contenuto e limiti di una possibile normativa – 4.2. Differenziazione dei profili sanzionatori – 4.3. Garanzie di tutela – 5. Una postilla conclusiva

### 1. Inquadramento del tema

Come è noto, a seguito della crisi ucraina e ancor prima con i problemi scaturiti dalla gestione della pandemia da Covid-19, si è registrata una riemersione del dibattito sul tema del controllo dell'informazione e della lotta alla disinformazione nel rispetto delle libertà fondamentali e della tutela della collettività<sup>1</sup>. Il tema è stato oggetto di recente dibattito anche in ambito sociologico e filosofico<sup>2</sup>, ma per comprenderne meglio i rilievi giuridici e le questioni che vi orbitano attorno bisogna allargare lo sguardo al complesso atteggiamento del nostro ordinamento

verso il fenomeno della diffusione di notizie false sul Web. In questo contesto, infatti, gli ordinamenti occidentali hanno sviluppato la relativa disciplina su due direttrici: una è quella dell'autoregolamentazione, affidata direttamente alle imprese che forniscono servizi digitali, coerentemente con i modelli di governance che caratterizzano la globalizzazione; l'altra è quella delle legislazioni statali sul controllo dell'informazione. Questo secondo fronte merita adeguato approfondimento, soprattutto alla luce degli ultimi sviluppi nell'ambito delle politiche delle *big tech* volte ad affermare un pensiero standardizzato<sup>3</sup>.

S. Flaminio è avvocato presso l'Ordine di Catania.



Nella presente trattazione sarà focalizzato lo stato dell'arte della disciplina vigente, esaminando separatamente i due versanti regolatori al fine di prospettare possibili soluzioni future a margine dell'*iter* di approvazione della nuova disciplina europea.

## 2. Uno sguardo preliminare: l'autoregolamentazione dei social network

Nel contesto della *network society* è cresciuta la possibilità di comunicare, in quanto la rete ha reso più veloce l'interconnessione tra individui, con la possibilità di condividere informazioni ed opinioni personali con la libertà quasi assoluta di esprimersi (anche con espressioni stravaganti). Ciò ha indotto le legislazioni di tutto il mondo a interrogarsi sulla possibilità di porre un argine agli eventuali abusi, spesso adattando le categorie giuridiche classiche ai nuovi problemi. Si pensi, ad esempio, al riadattamento delle tradizionali definizioni dei concetti di identità e di immagine alla nuova realtà in cui il paradigma della digitalizzazione è quasi un obbligo sociale.

La più evidente manifestazione delle superiori problematiche ha coinvolto la questione della regolamentazione del comportamento e del linguaggio sui social network, che sono il nuovo spazio su cui si svolge parte della vita privata e degli affari. In questo quadro, pur potendosi prospettare soluzioni giuridiche simili a quelle generalmente applicate nell'editoria, il mondo occidentale ha scelto un'altra strada, spesso generando anche insanabili contraddizioni tra il dato letterale delle norme e gli esiti dei procedimenti giudiziari. Un esempio di tale discrasia è quello per cui, mentre da un lato si prevede che una piattaforma digitale svolge un'attività esente da responsabilità per mancato controllo dei contenuti<sup>4</sup>, ampia giurisprudenza considera le condotte diffamatorie degli utenti come illeciti commessi *con mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità*.

Nel suddetto scostamento, inoltre, si inserisce l'approccio normativo euro-statunitense che ha affidato da tempo il compito di formulare le regole alle stesse imprese che gestiscono i singoli servizi digitali, delegando loro il potere di occuparsi di quella zona di rete in cui si riversa parte della vita di ognuno di noi<sup>5</sup>. In tale prospettiva si è aperto il dibattito sulla regolamentazione di condotte in parte inedite, sovente implicanti tutta una serie di nuovi concetti, con nuovi vocaboli e nuove figure di illecito disciplinate in modo ibrido<sup>6</sup>: dal cyberbullismo all'hate speech, dall'attività dei c.d. *troll* alla previsione penale sul *revenge porn*.

Sul fronte dell'autoregolamentazione, poi, la prassi insegna che le misure utilizzate più di frequente possono incidere sulla libertà di espressione tramite apparati para-sanzionatori che legittimano i social network a eliminare contenuti, sospendere le attività di un soggetto o eliminarne l'account. Tali sistemi punitivi, pur incidendo su un ambito che sovente viene ricondotto alla libertà contrattuale, non sono rimasti esenti da critiche, specie con riguardo all'impatto che gli *standard delle community* hanno sul rispetto del diritto all'eguaglianza, della libertà di parola, nonché sullo stesso "diritto" all'accesso a Internet, che meriterebbero una più approfondita analisi da parte degli ordinamenti statali<sup>7</sup>. Infatti, va sottolineato che la delega quasi totale che gli Stati sembrano aver concesso alle *big tech* per individuare, normare, punire, reprimere e impedire comportamenti inappropriati sul Web è foriera di evidenti ripercussioni negative sul campo del diritto, in quanto rischia di far abdicare dal potere di regolamentare e accertare gli illeciti l'unico soggetto legittimato a farlo veramente (lo Stato)<sup>8</sup>. È del tutto evidente, infatti, che la libertà contrattuale dei colossi di Internet deve pur sempre rispettare i limiti imposti dalle fonti normative primarie di un ordinamento.

Nondimeno, si consideri anche che la stessa attività di accertamento delle possibili condotte vietate dagli standard di un social network non è affidata a soggetti terzi e imparziali, ma a privati o ad algoritmi dal funzionamento spesso singolare e (forse) pericoloso<sup>9</sup>. Tali problematiche non sono di importanza trascurabile, dato che spesso hanno indotto la stessa giurisprudenza a prendere posizione per ristabilire un equilibrio tra soggetto regolatore e singoli utenti. Tra questi, meritano una breve parentesi alcuni episodi del recente passato.

### 2.1. Il problema sollevato dalla giurisprudenza italiana

Per meglio analizzare la problematica dell'eccessivo potere conferito alle piattaforme digitali, bisogna partire dalla considerazione che – sebbene la fonte del rapporto tra queste e l'utenza sia di origine contrattuale<sup>10</sup> – l'esercizio della loro facoltà di recesso spesso muta in forme di *censura privata*, ricevendo anche il biasimo della dottrina<sup>11</sup>. In questa fase appare utile accennare brevemente ad alcuni episodi oggetto di statuizione da parte del Tribunale di Roma<sup>12</sup>. In tali occasioni, il giudice capitolino ha imposto a Facebook di riattivare alcuni account, sottolineando la deduzione per cui il codice comportamentale di un social network non può scavalcare la legge, né può ritenere illeciti i comportamenti che lo stesso legisla-



tore non ritiene essere tali o, tantomeno, può presumere l'illiceità di un contenuto sgradito sulla base del mero *fumus* o delle sue scelte di politica aziendale.

Nelle pronunce cui si accennava sopra, inoltre, il Tribunale ha sottolineato anche l'importanza rivestita al giorno d'oggi da una piattaforma come quella di Zuckerberg, che ospita un numero di utenti quasi pari a un terzo della popolazione mondiale. Questa circostanza, associata al fatto che oggi non è più possibile intercettare l'attenzione di un numero altrettanto rilevante di persone su piattaforme concorrenti, rende Facebook effettivamente paragonabile ad una pubblica piazza, con le conseguenti ricadute che questo fatto ha sulle libertà garantite in Costituzione<sup>13</sup>. Deve concludersi, allora, che è necessario che ci sia un soggetto che vigili sulla legittimità dell'autoregolamentazione dei social network, poiché quel "potere privato" di "produrre diritto" si espone facilmente ad abusi. Inoltre, nelle parole dei giudici romani sono contenute molte risposte alle perplessità che hanno caratterizzato la materia, specie rispetto al tema della libertà di espressione<sup>14</sup>. Infatti, proprio in conseguenza del fatto che alcune piattaforme hanno assunto un rilievo tanto preminente, il rapporto tra queste e l'utente richiede una *speciale protezione* che non può che essere tutelata dallo Stato e dalle sue istituzioni.

Di converso, va segnalata un'ulteriore pronuncia (di segno opposto) della medesima autorità giudiziaria<sup>15</sup>, nella quale è stato affermato che Facebook non avrebbe soltanto la facoltà di rimuovere contenuti contrari alle sue condizioni contrattuali, bensì sarebbe gravata da un vero e proprio *dovere giuridico* di rimuovere i suddetti contenuti, in virtù di obblighi di diritto internazionale. Il contrasto giurisprudenziale appena segnalato è stato oggetto di riflessione in dottrina<sup>16</sup>, una parte della quale pare aderire al primo orientamento e criticare il secondo, in virtù della non persuasività dell'impianto argomentativo dell'ultima ordinanza citata e della scarsa appropriatezza delle norme utilizzate dal giudice romano per fondarne la motivazione<sup>17</sup>. Tale assunto si fonda anche sulla base di alcune statuizioni della Consulta sul rapporto tra le norme internazionali citate e la Costituzione<sup>18</sup>, le quali legittimano i dubbi sull'iscrizione a Facebook di una *speciale posizione di garanzia* idonea a configurare una responsabilità per omesso controllo<sup>19</sup>.

In linea di principio, allo scrivente pare più aderente ai principi del nostro ordinamento il primo dei due orientamenti giurisprudenziali<sup>20</sup>, in quanto dallo stesso sono ricavabili due principi fondamentali: quello che qualifica lo spazio dei social network alla stregua di un luogo pubblico, con la conseguenza che chiunque può esprimere (nel limite del lecito) il suo pensiero senza costrizioni; e quello che ribadisce che

la tutela ultima degli utenti non può che essere fornita da un soggetto terzo e imparziale come il giudice. Difatti, l'esigenza di tutelare gli utenti da illeciti posti in essere da altri utenti deve sempre fare i conti con l'opera di bilanciamento tra interessi contrapposti (in sede legislativa prima, in sede giudiziale poi), anche in base ai principi penalistici in tema di diritto di cronaca e diritto di critica<sup>21</sup>.

## 2.2. L'emblematico caso di Parler

Non meno rilevanti, poi, sono le perplessità scaturite da un ulteriore episodio che ha coinvolto persino l'ex Presidente degli Stati Uniti ed alcuni social network, tra i quali merita menzione la piattaforma di *microblogging* di Parler. Come è noto, infatti, all'inizio del 2021 Donald Trump fu oggetto di una serie di provvedimenti di esclusione da parte di molte piattaforme. Tale evento fu seguito, prima, dalla migrazione dei suoi sostenitori sulla piattaforma di Parler e, poi, dalla rimozione della relativa applicazione dagli *store* di Google e Apple, nonché dall'oscuramento del suo sito Internet da parte di Amazon. Tali ultimi provvedimenti, che sembrano oltrepassare il limite dell'abuso di posizione dominante, furono giustificati dagli amministratori di Google e Apple con il supposto mancato adeguamento agli standard di limitazione dei contenuti che avrebbe asseritamente consentito l'organizzazione delle proteste del Campidoglio di qualche settimana prima.

Sarebbe lecito, a questo punto, chiedersi se una multinazionale abbia davvero il potere di stabilire degli standard vincolanti anche per le società concorrenti. E anche se così fosse, v'è da chiedersi come si giustifica tale potere di vincolare un altro privato e determinarne la cessazione dell'attività, senza passare dal filtro di una normativa generale e astratta, nonché dal vaglio del giudice. È del tutto evidente, infatti, che in un ordinamento democratico non è ammissibile che un privato si erga a rango di regolatore e autorità garante.

Quanto accaduto a Parler è forse uno degli esempi più estremi del problema del rapporto tra società dominanti e dominate, in quanto la decisione di escludere un'applicazione da uno *store* e spegnerne il server è del tutto affidata nelle mani della società ospitante, la quale esercita un potere sproporzionato sulla società ospite<sup>22</sup>. Infatti, qualora si considerasse lecita la condotta tenuta da Amazon, Apple e Google, bisognerebbe chiedersi quale qualificazione giuridica dovremmo dare a tali soggetti – soprattutto tenendo conto dell'essenze da responsabilità stabilita dalla *Sezione 230 del Communications Decency Act* del 1996 (omologa degli artt. 14 e 15 Diretti-



va 2000/31/CE) – in quanto nella prassi esercitano poteri e facoltà di portata considerevole<sup>23</sup>. V'è da chiedersi, quindi, quale sia il giusto punto di equilibrio tra potere del colosso privato e tutela dei diritti della controparte.

Quanto osservato suggerisce che probabilmente è giunto il tempo di rivedere il quadro normativo sul rapporto tra utenti e piattaforme digitali, per ribilanciare le forze in campo con adeguati strumenti di tutela, anche per cercare di comprendere se l'oscuramento della piattaforma di Parler operata dalle *big tech* sia pienamente legittimo, pure in assenza di un provvedimento giudiziario<sup>24</sup>. Una prima risposta alle superiori problematiche, invero, è quella contenuta nel *Digital Markets Act - DMA*<sup>25</sup>, il cui testo sembra prossimo all'approvazione finale dopo il 5 luglio 2022. In realtà l'ambito della proposta di regolamento non coincide esattamente con l'ambito dei fatti sopra esposti, ma è comunque un importante intervento a tutela degli utenti commerciali. Senza addentrarsi nell'analisi specifica della proposta di regolamento, basti affermare che essa si è preoccupata di porre un freno alla discrezionalità con cui i *gatekeeper* limitano la libertà di impresa degli utenti commerciali (in contrasto con la libera concorrenza). A supporto del novello impianto normativo, l'Unione europea ha colto l'occasione per riappropriarsi della sovranità in quest'ambito (anche a discapito dell'azione degli Stati), proprio per poter contrastare in modo efficace e uniforme lo strapotere delle *big tech* generato dall'incapacità degli Stati di governare uno spazio così grande come quello di Internet<sup>26</sup>. Non sono mancati i commenti preoccupati da parte di alcune delle *big tech*<sup>27</sup>, né quelli entusiastici di altri soggetti<sup>28</sup>, ma ci si riserva di comprendere meglio come verrà applicata la normativa dopo le prime pronunce sui casi disciplinati al Capo III.

### 2.3. L'estensione di una prassi pericolosa

Da ultimo, la logica adottata dai colossi tecnologici nella vicenda di Parler ha trovato un pericoloso recepimento nel mondo reale<sup>29</sup>. Dopo lo scoppio della crisi russo-ucraina, infatti, i social network hanno espresso la loro posizione sul conflitto (anche cambiando politica e regole<sup>30</sup>), influenzando il dibattito e persino tollerando le campagne d'odio nei confronti dell'utenza russa<sup>31</sup>. La collettività sembra essersi subito adeguata alla politica dei social, compiendo azioni non virtuali, volte a disincentivare ogni attività ricollegabile alla Federazione Russa e ai suoi cittadini. L'aspetto più preoccupante della vicenda è che tale atteggiamento è stato assunto anche dal mondo dell'impresa, da governi nazionali, dalle borse, dagli

enti sportivi e financo da enti dediti ad attività culturali come il Teatro alla Scala di Milano e l'Università Bicocca di Milano<sup>32</sup>.

Data l'estrema polarizzazione del dibattito, riversatasi nella sua forma peggiore proprio nel mondo reale, è lecito chiedersi se non sia davvero arrivato il momento di avviare una seria riflessione sul ripristino delle regole democratiche anche su Internet, magari con adeguati percorsi formativi per il cittadino<sup>33</sup> e interventi volti a invertire la rotta del fenomeno della *bubble democracy*<sup>34</sup>.

## 3. Il nuovo approccio normativo europeo: cenni sul Digital Services Act

All'autoregolamentazione dei social network si accompagna anche un secondo sistema (propriamente) normativo, il quale – seppure più appropriato – ha destato alcune perplessità riguardo alla tutela penalistica e alla relativa risposta punitiva verso la diffusione di notizie false. Per effettuarne un'analisi adeguata è necessario operare un confronto tra diverse esperienze giuridiche, al fine di individuarne pregi, difetti e prospettive future.

Corre l'obbligo, inoltre, di fare cenno agli ultimi sviluppi in ambito comunitario, nel cui contesto (oltre al DMA segnalato al superiore § 2.2) è stata elaborata una proposta di regolamento sul rapporto tra servizi digitali e utenza (il *Digital Services Act - DSA*), anch'essa in fase di approvazione. In linea generale, la combinazione delle due proposte di regolamento mira a proteggere in modo più efficace i diritti fondamentali degli internauti. Lo scopo precipuo del DSA, inoltre, è quello di svecchiare la normativa della Direttiva *e-commerce*, adeguando il quadro dispositivo agli sviluppi degli ultimi vent'anni e puntando a realizzare condizioni di maggior sicurezza in rete<sup>35</sup>. Per fare ciò la Commissione europea ha puntato proprio sulle garanzie di tutela degli utenti e della loro libertà di espressione, obbligando le *big tech* ad assumere maggiore responsabilità sui contenuti illegali o nocivi<sup>36</sup>. Tale scopo è raggiunto, pur mantenendo il divieto di sorveglianza preventiva, con il superamento della presunzione di neutralità delle società che operano sul Web<sup>37</sup>. A titolo esemplificativo, per ciò che riguarda le società di *hosting* l'art. 5, par. 1, del DSA impone di agire per rimuovere i contenuti illeciti o per disabilitare l'accesso agli stessi, non appena tali società acquisiscono la conoscenza di contenuti illeciti, decretando la fine dell'irresponsabilità dell'impresa sulla base della avvenuta conoscenza di tale attività. Ciò, però, potrebbe indurre le società di *hosting* più zelanti a disabilitare ogni contenuto che viene segnalato (senza un effettivo controllo)<sup>38</sup>,



ma l'art. 15 della proposta sembra fornire riparo dal problema. Detta norma, infatti, sembra modellata sull'esperienza dell'obbligo di motivazione in ambito amministrativo e tributario<sup>39</sup>, in quanto dispone (tra le altre cose) che i provvedimenti della società di *hosting* vanno motivati in modo chiaro e specifico, nonché devono contenere informazioni (facilmente comprensibili) sui mezzi di ricorso a disposizione per rendere effettivo l'esperimento dei mezzi di tutela. Questa impostazione sembra essere idonea a controbilanciare i poteri delle parti, dando all'utente la possibilità di chiarire la sua posizione e, se la limitazione è stata illegittima, la possibilità di ripristinare la situazione precedente.

Le ultime disposizioni segnalate, inoltre, vanno poste a confronto con la terza sezione della proposta di regolamento (*Disposizioni aggiuntive applicabili alle piattaforme online*), che prevede l'obbligo per le piattaforme di dotarsi di un sistema di gestione dei reclami (art. 17) e la possibilità di risolvere in via stragiudiziale le eventuali controversie (cfr. art. 18). Questo quadro appare assai vicino all'obiettivo di superare i problemi della *censura privata* e del ripianamento del dislivello contrattuale tra le parti, ma – come si dirà alla fine del presente scritto – forse l'ordinamento ha bisogno anche di ulteriori strumenti per cambiare radicalmente passo e risolvere i problemi che si stanno riversando sulla società.

### 3.1. Uno sguardo agli ordinamenti francese e tedesco

La normativa europea, però, non è l'unica a disciplinare il fenomeno della circolazione di notizie false. Molti ordinamenti statali, infatti, si sono occupati del tema a più riprese. In questo ambito, quindi, va posta una comparazione tra diversi ordinamenti per comprendere le differenze dei loro approcci sulla materia della lotta alla disinformazione.

In questo confronto tra le legislazioni nazionali si inserisce la Francia, la quale ha adottato un sistema sanzionatorio di tipo penalistico, principalmente disciplinato dalla *Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse*<sup>40</sup>, come modificata dalla *Ordonnance n° 2000-916*, la quale punisce le attività di pubblicazione, diffusione o riproduzione attraverso qualsiasi mezzo di notizie false, opere inventate, falsificate o erroneamente attribuite a terzi in malafede, che turbino o siano idonee a turbare la pace pubblica, con una ammenda di 45.000 euro, elevabile a 135.000 euro se suddette attività sono effettuate con dolo ed abbiano natura tale da minare la disciplina o la morale dell'esercito o di ostacolare lo sforzo bellico della nazione.

A tale normativa, poi, si affiancano le *Loi organique n° 2018-1201 du 22 décembre 2018* e *Loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018*, frutto del dibattito innescato nello stesso anno della loro emanazione. Tali normative furono pensate per arginare il fenomeno della *manipolazione dell'informazione* nei mesi che precedono le scadenze elettorali, prevedendo una pena che comporta fino a un anno di reclusione e un'ammenda di 75.000 euro in caso di violazione degli obblighi di trasparenza imposti ai gestori di piattaforme informatiche<sup>41</sup>. Tale disciplina, inoltre, è assistita dall'ulteriore previsione contenuta all'art. 163-2, co. 2, del *Code électoral*, il quale prevede che il giudice può ordinare (su istanza di parte) la rimozione di una notizia da una piattaforma entro quarantotto ore dalla notifica del relativo reclamo.

Da una prima occhiata, la normativa francese appare strettamente tipicizzata e finalizzata a fornire grande tutela a beni giuridici importantissimi come la pace pubblica, la disciplina dell'esercito e l'integrità dei processi elettorali. Tuttavia, ci si permette di muovere almeno una critica (comparativa) all'impianto sanzionatorio, il quale prevede solo una sanzione pecuniaria per chi minaccia la pace pubblica o ostacola lo sforzo bellico nazionale e (addirittura) una pena detentiva per la diffusione di fake news in periodo elettorale. La discrasia sanzionatoria, poi, non appare in sé proporzionata, né sembra coerente se si considera anche che la previsione della pena detentiva assiste il reato con la pena pecuniaria minore. Non sono mancate, inoltre, critiche riguardo ai possibili risvolti liberticidi del *Code électoral*<sup>42</sup>, ma la Corte costituzionale d'oltralpe ha escluso le censure mosse dai giornalisti francesi.

Un modello alternativo a quello francese è quello tedesco che, invece, fonda la disciplina della lotta alla diffusione di fake news su uno schema diverso<sup>43</sup>, il quale prevede (salvo specifiche deroghe) che i fornitori di servizi di telecomunicazione con più di due milioni di utenti registrati in Germania (ad esclusione dei soggetti che offrono contenuti editoriali e giornalistici) hanno il dovere di tenere un registro dei reclami contro la pubblicazione di contenuti illeciti e di gestire le segnalazioni di contenuti *manifestamente illeciti* tramite operazioni di rimozione o blocco dell'accesso agli stessi da applicare entro 24 ore dal ricevimento della segnalazione, salvi i casi in cui è permesso al gestore di dare all'utente la possibilità di replicare alla segnalazione prima che venga adottata una decisione.

A garanzia del rispetto della superiore normativa, il legislatore teutonico ha previsto anche una responsabilità di tipo amministrativo verso i gestori dei social network<sup>44</sup>, contemplando l'infrazione di un'am-



menda che può raggiungere i 500.000 euro per le carenze organizzative e il ritardo nel riscontrare i reclami degli utenti, nonché l'ulteriore sanzione per la mancata rimozione di contenuti illeciti (fino a cinque milioni di euro). La normativa descritta ha destato alcune condivisibili perplessità sul fronte della limitazione del diritto alla manifestazione del pensiero, specie con riguardo alla pressione esercitata sul fornitore della piattaforma che – per evitare le citate sanzioni – potrebbe essere indotto a decidere di rimuovere anche i contenuti la cui liceità è solo dubbia<sup>45</sup>.

Nonostante le menzionate criticità su entrambi i modelli, è possibile individuarne alcuni elementi di pregio; il modello francese, infatti, ha certamente il merito di aver maggiormente tipizzato le condotte punibili e di aver previsto un controllo pubblico sulla rimozione dei contenuti illeciti, mentre quello tedesco ha il pregio di aver intuito che non è necessaria una risposta punitiva di tipo penale.

### 3.2. Uno sguardo all'esempio russo

Le due discipline analizzate devono, inoltre, essere comparate con esperienze estranee alla tradizione occidentale. Su tanti, merita menzione il modello russo, che costituisce il modello più simile ai sistemi europei, nonostante si sia registrato il recente scivolamento della Federazione Russa dalla posizione di *democrazia imperfetta* a quella di *regime autoritario* nel 2021<sup>46</sup>.

Per effettuare un'adeguata comparazione bisogna partire dai parametri normativi contenuti nella Legge federale n. 31-FZ del 18 marzo 2019 (che modifica l'art. 15-3 della Legge federale sull'informazione, l'informazione tecnologica e la protezione dell'informazione), e nella Legge Federale n. 27-FZ del 18 marzo 2019 (che modifica il Codice delle violazioni amministrative). Nel momento della loro emanazione, tali disposizioni hanno istituito un sistema sanzionatorio amministrativo affine a quello tedesco<sup>47</sup>, affiancato nel 2022 da un sistema sanzionatorio di tipo penalistico più repressivo del modello francese, ma comunque vicino al prospetto normativo italiano che di seguito verrà analizzato.

Quanto al mero contenuto delle norme citate va segnalato che, formalmente al pari delle legislazioni europee, la Legge Federale n. 149-FZ prevede la piena libertà di manifestazione del pensiero, a condizione che il suo esercizio non sia finalizzato alla propaganda della guerra, all'istigazione all'odio o all'inimicizia nazionale, razziale o religiosa, nonché di ogni altra informazione dalla cui diffusione derivi responsabilità penale o amministrativa. In questo quadro normativo, la duplice riforma del 2019 ha in-

serito la previsione secondo cui (al pari degli editori) il proprietario dell'aggregatore di notizie è responsabile della verifica della veridicità dei fatti di rilevanza sociali da esso pubblicati<sup>48</sup>.

A tutela del sistema di cui sopra, inoltre, già prima del 2019 era prevista la facoltà degli Enti statali o del Procuratore generale di rivolgersi al *Roskomnadzor* (organo esecutivo federale che esercita funzioni di controllo e supervisione nel campo dei *mass media*) per adottare le misure necessarie per arrestare la diffusione di contenuti vietati e l'infrazione di una multa per la pubblicazione di «informazioni false socialmente significative distribuite sotto le spoglie di messaggi attendibili che creano una minaccia per la vita, la salute o la proprietà, ovvero la minaccia di una violazione di massa dell'ordine pubblico e (o) della sicurezza pubblica, o la minaccia di ostacolare il funzionamento di strutture vitali, trasporti o infrastrutture sociali di istituti di credito, delle linee di comunicazione, dell'industria e delle imprese energetiche»<sup>49</sup>. Dopo la novella, il meccanismo di segnalazione e rimozione è stato esteso ai social network ed è stato trasferito all'ufficio del Procuratore generale il compito di valutare il livello di affidabilità delle informazioni ivi contenute, con lo scopo di decidere se trasmettere al *Roskomnadzor* l'istanza di adozione di misure per limitarne l'accesso. La riforma ha, inoltre, introdotto un sistema sanzionatorio pecuniario amministrativo con multe che possono raggiungere l'ammontare di un milione di rubli.

Come accennato, nel mese di marzo del 2022, è stato introdotto anche un sistema sanzionatorio penalistico per chi diffonde notizie false sulle operazioni dell'esercito russo. Tenuto conto del momento storico in cui è stata emanata la novella in discorso, può sostenersi che la *ratio* ispiratrice non sia dissimile a quella che sorregge l'art. 27 della *Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse* e l'art. 265 del Codice penale italiano.

Si rileva, poi, che il nuovo articolo 207-3 del Codice penale russo, come introdotto dall'art. 1, co. 1, n. 1, della Legge Federale n. 32-FZ del 4 marzo 2022<sup>50</sup>, prevede tre regimi sanzionatori (a cui sono dedicati i relativi tre commi).

Il primo di essi punisce chi pubblica o diffonde «sotto forma di rapporti affidabili» informazioni «deliberatamente false contenenti dati sull'uso delle forze armate della Federazione Russa allo scopo di proteggere gli interessi della Federazione Russa e dei suoi cittadini, mantenere la pace e la sicurezza internazionali», con varie sanzioni pecuniarie (multa da settecentomila a un milione e mezzo di rubli, multa pari a «l'importo del salario o dello stipendio, o qualsiasi altro reddito della persona condannata per un



periodo da un anno a diciotto mesi) o con la condanna fino a un anno di «lavoro correttivo» o fino a tre anni di «lavoro obbligatorio», nonché l'eventuale reclusione fino a tre anni.

Il secondo comma prevede un regime aggravato con cui si sanziona il soggetto che commette il fatto di cui sopra approfittando della sua «posizione ufficiale», o agendo in concorso con altri o all'interno di un «gruppo organizzato», o per motivi «egoistici» o per «odio politico, ideologico, razziale, nazionale o religioso, o verso qualsiasi gruppo sociale», ovvero creando artificiosamente «prove per l'accusa», con una multa da tre a cinque milioni di rubli o coincidente con importo del reddito percepito in un periodo da tre a cinque anni, o con il «lavoro forzato» per un periodo massimo di cinque anni, ovvero con la reclusione da cinque a dieci anni, nonché l'interdizione dal «ricoprire determinati incarichi o impegnarsi in determinate attività» fino a cinque anni.

Infine, il terzo comma prevede un reato di danno, seppure espresso con un linguaggio assai indeterminato, con cui si punisce il reo che abbia «cagionato gravi conseguenze» con la pena alla reclusione da dieci a quindici anni e l'interdizione dal ricoprire incarichi o svolgere professioni per un periodo massimo di cinque anni.

Pur non condividendo la scelta di una previsione penalistica, va posto l'accento su alcuni aspetti che sembrano di poter essere apprezzati. È indubbio, infatti, che la puntuale tipizzazione delle ipotesi di illiceità che comportano la risposta punitiva ha senz'altro il pregio di aver stabilito un preciso ambito della normativa contro la disinformazione, con l'ulteriore merito di aver affidato i controlli a soggetti almeno astrattamente terzi e imparziali<sup>51</sup> come la Procura generale e il *Roskomnadzor* (che altro non è che un ente garante alla stregua dell'omologa italiana Commissione di vigilanza per i servizi radiotelevisivi). Il fatto che la Federazione Russa non rappresenti il modello ispiratore delle democrazie occidentali, infatti, non sottrae pregio alla scelta di strutturare un settore tanto delicato dell'ordinamento con fattispecie tipiche affidate al vaglio di autorità pubbliche<sup>52</sup>. Altro elemento di pregio, poi, è l'associazione della sanzione più grave a illeciti di danno. Quanto alla risposta sanzionatoria, infine, va segnalato che il sistema russo contempla comunque un prospetto edittale del tutto paragonabile (e a tratti più tenue) a quello cui ricorre attualmente il legislatore italiano.

### 3.3. Una breve parentesi: l'insegnamento della politica statunitense

Con la circostanza per cui la disinformazione costituisce «una minaccia per la sicurezza pubblica» segnalata dal riformatore russo del 2019<sup>53</sup> sembrano concordare anche gli USA<sup>54</sup>. In questo solco, infatti, si inseriscono tutti gli interventi di *cybersecurity* portati avanti dall'amministrazione americana degli ultimi anni<sup>55</sup>, nel cui contesto va inclusa anche l'istituzione, presso il Dipartimento per la sicurezza interna, del tanto discusso Comitato per la governance della disinformazione (*Disinformation Governance Board*)<sup>56</sup>, il quale avrebbe dovuto prevenire la diffusione di notizie false attraverso la rete. «Avrebbe dovuto» si è detto, perché solo dopo tre settimane dalla sua istituzione l'organismo è stato sospeso a causa delle polemiche causate dalla poca chiarezza sui suoi obiettivi<sup>57</sup>.

Tali polemiche, invero, non erano del tutto inaspettate. Già in passato, infatti, si era notato che il fenomeno della disinformazione online sta conducendo gli ordinamenti occidentali a un rovesciamento della cultura politica in tema di libertà di espressione e al ribaltamento delle posizioni degli stessi attori della politica<sup>58</sup>. Come evidenziato già in tema di *bubble democracy*, inoltre, è stato evidenziato come la disinformazione venga utilizzata anche da governi democratici a scopi propagandistici, con la conseguenza di condizionare l'opinione pubblica e indurla a mostrare intolleranza verso le «idee diverse»<sup>59</sup>. Tutti vizi, questi, che rischiano di far incappare i sistemi occidentali negli stessi problemi sostanziali che macchiano l'esperienza dei regimi non liberali.

Come osserva Andrea Mazziotti di Celso, affidare il controllo sulla disinformazione «all'autorità costituita può essere molto pericoloso quando, come nel caso delle notizie politiche, governo, maggioranza (e talvolta anche i giudici) hanno un interesse diretto nella questione». Tuttavia, tale posizione non appare condivisibile *in toto*, in quanto l'errore americano non è stato tanto quello di istituire un'autorità *ad hoc*, quanto quello di prefiggersi degli obiettivi troppo ampi con un approccio divisivo. Invero, l'esperienza americana deve insegnarci che un'eventuale autorità garante non deve fungere da mero *giudice del vero e del falso*, bensì dovrebbe occuparsi di vagliare solo la veridicità di fatti (e non anche di comportamenti, opinioni, posizioni politiche etc.), perché il rischio di censura inquina il dibattito al pari della disinformazione.

L'idea di istituire un'autorità garante, infatti, andrebbe vagliata seriamente per la sopravvenuta necessità di combattere tre fenomeni opposti, ma



ugualmente insidiosi, rispetto alla diffusione di fake news: la *censura privata*, la creazione di *giudici privati*, nonché la mancanza di terzietà dei *fact-checkers* e degli algoritmi<sup>60</sup>. Pertanto, nel delineare i caratteri che dovrebbero tratteggiarne tale figura, il legislatore dovrebbe seguire rigidi parametri: l'autorità deve essere pubblica, ma indipendente dal governo; deve essere caratterizzata dall'assenza di conflitti d'interessi con le parti coinvolte; la sua azione deve riguardare esclusivamente fatti verificabili; i suoi membri devono avere determinate caratteristiche tecniche e il rinnovo degli incarichi non deve corrispondere con le scadenze elettorali; le sue decisioni devono essere impugnabili davanti all'autorità giudiziaria.

### 3.4. L'ordinamento italiano

Tornando all'analisi comparativa tra ordinamenti europei, si rileva che il tema della lotta alla disinformazione non è sconosciuto in Italia, ove vige una normativa con radici risalenti e assai più frastagliata di quella di altri Paesi. Nonostante la novità del tema delle fake news, infatti, non può trascurarsi in fatto che il nostro legislatore ha già affrontato la tematica a più riprese, tanto al tempo della codificazione degli anni Trenta del Novecento, quanto in tempi più recenti. E ciò non solo a tutela dei diritti del singolo<sup>61</sup>, ma anche a tutela del pubblico interesse e della collettività.

Nel dettaglio, pur non trascurando di menzionare l'introduzione di appositi delitti<sup>62</sup> e la previsione di aggravanti associata all'utilizzo di nuove tecnologie<sup>63</sup>, già nell'originario Codice Rocco erano previsti reati comuni che punivano la pubblicazione e diffusione di *notizie false, esagerate o tendenziose*. Per mera scelta espositiva, si procede all'esame del contenuto della citata disciplina in ordine al tipo e all'entità della risposta punitiva, dalla meno invasiva alla più repressiva.

Si analizza, pertanto, la previsione di cui all'art. 656 c.p., che prevede una contravvenzione che contempla l'alternativa punitiva tra l'arresto fino a tre mesi e l'ammenda fino a 309 euro per chiunque «pubblica o diffonde notizie false, esagerate o tendenziose». In questa sede è giusto il caso di evidenziare che si tratta di un reato di pericolo, con il quale si punisce il mero rischio di turbare l'ordine pubblico<sup>64</sup>.

Parzialmente diverso è il discorso relativo all'art. 501 c.p., che prevede una figura delittuosa che punisce con la pena della reclusione fino a tre anni e con la multa da 516 a 25.822 euro (oltre l'interdizione dai pubblici uffici) chiunque «pubblica o altrimenti divulga notizie false, esagerate o tendenziose o adopera altri artifici atti a cagionare un aumento o

una diminuzione del prezzo delle merci, ovvero dei valori ammessi nelle liste di borsa o negoziabili nel pubblico mercato» con il fine specifico di turbare il mercato interno. Anche in questo caso si tratta di un reato di pericolo, salvo intervento dell'aggravante prevista al comma 2 per i casi in cui «l'aumento o la diminuzione del prezzo delle merci o dei valori» si verifica realmente. Inoltre, il delitto in esame è perseguito anche se il fatto è commesso all'estero quando punta a danneggiare la valuta nazionale o titoli pubblici italiani. Sul piano degli aumenti di pena, infine, la risposta punitiva è raddoppiata se il delitto è commesso per favorire interessi stranieri o se da esso deriva un deprezzamento della valuta nazionale o dei titoli dello Stato, o il rincaro di merci di comune o largo consumo.

L'ultima (e non meno importante) disposizione sopra segnalata è l'art. 265 c.p., che prevede il delitto di *disfattismo politico* e punisce chiunque *in tempo di guerra*<sup>65</sup> diffonde o comunica «voci o notizie false, esagerate o tendenziose, che possano destare pubblico allarme o deprimere lo spirito pubblico o altrimenti menomare la resistenza della nazione di fronte al nemico, o svolge comunque un'attività tale da recare nocimento agli interessi nazionali», stabilendo la pena della reclusione non inferiore a cinque anni. Il delitto, poi, è aggravato in talune ipotesi, per le quali il codice prevede la pena della reclusione non inferiore a quindici anni se il fatto è commesso tramite propaganda, è diretto a militari o se il reo ha agito in seguito a intelligence con lo straniero, nonché la pena dell'ergastolo se il reo ha agito in seguito a intelligence col nemico.

Ciò detto, bisogna dar merito alla normativa italiana per aver ampiamente tipizzato e circostanziato la risposta punitiva tra più livelli di tutela, ma va altresì segnalato che l'attuale sistema presenta alcune criticità.

Infatti, il quadro normativo delineato è sicuramente applicabile all'ambito entro cui operano i social network e i motori di ricerca<sup>66</sup>, in quanto essi sono lo strumento sempre più utilizzato per attingere alle informazioni e i loro algoritmi sono strutturati in modo tale da indirizzare l'utente verso determinate informazioni (tanto da essere stati anche oggetto di scandalo e preoccupazioni per la tenuta delle democrazie<sup>67</sup>). V'è da chiedersi, pertanto, se risulta punibile anche il gestore delle piattaforme che programma tali algoritmi, generando un cortocircuito con l'attuale principio di neutralità del servizio di hosting.

Quanto alle modalità di protezione del bene pubblico, poi, va segnalato che quasi tutte le fattispecie evidenziate non riparano la società da un danno concreto, bensì anticipano la tutela penale al momento



in cui potrebbe manifestarsi il mero rischio di verifica del danno stesso. Questa circostanza rischia di dare una risposta eccessiva ai fenomeni che caratterizzano l'ambiente tipico dei social network, nei quali la maggior parte delle *condivisioni* non sono precedute da approfondimento e analisi speculativa<sup>68</sup>, ma dipendono da estreme semplificazioni e *tendenze* dettate dagli algoritmi stessi<sup>69</sup>. Pertanto, si rischia di non comprendere più le ragioni dell'equiparazione tra chi *pubblica* consapevolmente una notizia falsa e chi semplicemente *diffonde* con un *click* la stessa notizia<sup>70</sup>, senza averne degnamente approfondito il contenuto<sup>71</sup>.

### 3.4.1. Tentativi di riforma

Più di recente, la materia è stata oggetto di proposte di riforma che, pur nella nobiltà dei propositi ispiratori di una disciplina di dettaglio, hanno fatto emergere l'inadeguatezza dello spirito risolutivo del legislatore italiano, più concentrato a scorgere elementi emergenziali anziché rinvenire soluzioni strutturali. Nello specifico ci si riferisce ai disegni di legge Gambaro e Zanda-Filippin<sup>72</sup>.

Per l'analisi completa delle problematiche scaturite dalle suddette proposte legislative si rimanda alle più lucide analisi già formulate da altri. In questa sede si riporta solo che la dottrina ha ritenuto le proposte del 2017 non idonee a combattere la disinformazione, in quanto gli strumenti prospettati erano confliggenti con i principi di proporzionalità ed efficacia, oltre a decontestualizzare la disciplina rispetto ai fenomeni sottesi<sup>73</sup>. Pare essere diffusa poi l'idea per cui il *ddl Gambaro* violasse i principi di determinatezza, tassatività e offensività<sup>74</sup>, oltre a contrastare con la libertà di manifestazione del pensiero «in nome di un sinistro richiamo allo Stato Etico di matrice totalitaria»<sup>75</sup>. Dal testo del *ddl*, inoltre, sembravano emergere anche alcuni problemi in relazione all'imputabilità del fatto, apparendo almeno curioso che il legislatore – a fronte della previsione di nuovi reati comuni – avesse inteso esentare dai nuovi profili di responsabilità proprio i giornalisti e i quotidiani online<sup>76</sup>, nonostante le previsioni di cui agli artt. 3 e 7 sembrassero tradire l'intenzione di compiere un passo verso l'omogeneizzazione della posizione dei social network rispetto a quella degli editori. Non si trascuri, poi, che una tale previsione era priva di senso, in quanto anche i professionisti dell'informazione possono incorrere in errore o frettolosamente riferire fatti non verificati<sup>77</sup> e, proprio per la loro speciale posizione, sono tenuti a rispettare con maggior rigore le regole rivolte al cittadino comune.

In chiusura, appare utile ribadire che il problema della disinformazione non può essere risolto con la mera minaccia di sanzioni penali, né può ritenersi utile l'abdicazione del controllo della rete da parte dello Stato in favore dei privati<sup>78</sup>. Ed invero, qualora la sanzione penale si rivelasse l'unico strumento di tutela efficace, sarebbe opportuno tenere fermi due punti: anzitutto, dovrebbe prediligersi la formulazione di reati di danno; in secondo luogo, ove il legislatore volesse contrastare il mero pericolo di lesioni al pubblico interesse, dovrebbe ricorrere a sanzioni amministrative, interdittive e deontologiche.

## 4. Elementi di riflessione e spunti per l'elaborazione di una specifica disciplina: l'ambito di applicazione

Con gli elementi sin qui raccolti è possibile tracciare la base per una prospettiva di riforma che tenga conto dei pregi e delle perplessità presenti nelle legislazioni sopra menzionate, nonché degli ultimi sviluppi dell'ordinamento europeo. Per meglio evidenziare i punti su cui insistere, però, è opportuno suddividere l'analisi su quattro direttrici: l'ambito applicativo; gli aspetti riguardanti la puntuale codificazione; la differenziazione della risposta punitiva; gli strumenti che rendono effettiva la tutela degli interessi contrapposti.

Sul primo profilo, è di immediata comprensione che Internet è uno spazio diverso dal mondo reale ed è costellato da opportunità e insidie. In una rete senza confini spaziali e temporali, quindi, l'ambito applicativo di una disciplina contro la diffusione di fake news deve essere approntata da un legislatore consapevole della complessità del contesto in cui si opera e dotato degli strumenti che gli permettano di intervenire. Una tale sfida non può che essere affrontata tramite lo strumento dell'extraterritorialità o con la previsione concordata tra più Stati di un'unica disciplina<sup>79</sup> (come del resto sta già accadendo con le proposte di regolamento dei DMA e DSA). Infatti, l'ambito applicativo di una possibile normativa che si prefissi lo scopo di lottare contro la disinformazione sul Web non può che spiegarsi su un panorama più diffuso possibile. E ciò non solo per fornire tutela all'utente dalla minaccia esterna al territorio nazionale<sup>80</sup>, ma soprattutto per dotare la comunità di regole omogenee e adatte alla mobilità tipica della globalizzazione<sup>81</sup>.

Appare scontato, pertanto, che il nostro ordinamento necessiti di strumenti ottenibili tramite una disciplina comunitaria o con cooperazioni rafforzate che rendano più omogenee possibile le regole appli-



cabili alla materia della tutela del singolo e della comunità della rete, non trovando giustificazione una risposta punitiva eccessivamente differenziata e parcellizzata per fatti identici commessi in luoghi diversi. È stata proprio quella parcellizzazione, infatti, che ha causato la nascita di centri di *potere privato* che oggi vanno arginati.

Risolta nel più ovvio dei modi la prima delle quattro questioni, non resta che analizzare più approfonditamente le successive direttrici.

#### 4.1. Gli strumenti di codificazione; contenuto e limiti di una possibile normativa

Dal punto di vista degli strumenti normativi da utilizzare, si è già detto della predilezione di fonti di rango primario o internazionale<sup>82</sup>, che (a differenza delle norme di *soft law*) hanno il duplice vantaggio della maggior ponderazione e di essere sottoponibili al vaglio della Consulta. Non va dimenticato, infatti, che la questione della lotta alle fake news si trova pur sempre in quello scivoloso crinale che separa la libertà di manifestazione del pensiero dalla necessità di proteggere beni giuridici altamente rilevanti: quindi, senza un adeguato bilanciamento e senza la vigilante attenzione di organi come la Consulta il rischio è quello di incorrere in pericolose storture del sistema<sup>83</sup>.

Tuttavia, ciò non significa che il tema debba essere affrontato esclusivamente da norme di rango primario, in quanto la mutevolezza dei fenomeni nell'era di Internet rende necessaria un'alleanza tra il legislatore e le piattaforme digitali. Pertanto, è opportuno che l'eventuale riserva di legge in materia abbia natura relativa, al fine di lasciare tutte quelle valutazioni che esulano dal bilanciamento, dal piano sanzionatorio e dalla risoluzione delle controversie, nelle mani degli enti che si interpongono tra lo Stato e l'utente<sup>84</sup>. In estrema sintesi, potremmo definire gli spazi destinati alla normazione dei due soggetti coinvolti in base al rapporto che si intende tutelare nel seguente modo: da una parte, lo Stato deve occuparsi di disciplinare il rapporto tra imprese che gestiscono servizi telematici ed utenza (almeno la parte con le maggiori ricadute sociali), mentre i social network devono limitarsi a tutelare l'utente dai fatti lesivi causati da altri utenti (compresi i c.d. *cracker*, *hater*, *cyber-stalker* o gli autori di attacchi malevoli tramite *phishing*, *ransomware*, etc.).

Definiti gli ambiti entro cui i due livelli normativi dovrebbero impegnarsi, non va trascurata una seconda differenza che il legislatore e le *big tech* sono tenuti ad osservare per l'individuazione dell'oggetto della materia di cui si discute: la distinzione tra cronaca e critica. Non è un problema di secondaria

importanza, infatti, quello che emerge direttamente dalle linee-guida dei social network, le quali trattano alla stessa stregua la diffusione di *fatti non veri ed opinioni meno condivise*, disinteressandosi del fatto che in un caso si tratta di false attestazioni di fatti inesistenti, mentre nell'altro caso ci sono evidenti ricadute sulla libera manifestazione del pensiero.

Giova a questo punto tracciare il confine tra i due concetti con un'analisi logico-semantica che affonda le sue radici sulla sostanziale differenza tra *fatto* e *opinione*. Ebbene, con il termine *fatto* si indica un «avvenimento, azione, fenomeno, ciò che si compie o si è compiuto [...] già avvenuto, che non può quindi più essere impedito o modificato, davanti al quale non resta che troncane ogni questione»<sup>85</sup>; nel suo significato generico, il termine identifica «ciò che ha consistenza vera e reale, in opposizione a ciò che non è concreto, tangibile, sicuro». Pertanto, tutto ciò che è un *fatto* è indiscutibilmente reale, esistente e tangibile. Nettamente diverso, invece, è il significato del termine *opinione* (dal verbo latino *opinari*<sup>86</sup>), il quale esprime un «concetto che una o più persone si formano riguardo a particolari fatti, fenomeni, manifestazioni, quando, mancando un criterio di certezza assoluta per giudicare della loro natura (o delle loro cause, delle loro qualità, ecc.), si propone un'interpretazione personale che si ritiene esatta e a cui si dà perciò il proprio assenso, ammettendo tuttavia la possibilità di ingannarsi nel giudicarla tale». L'*opinione* si contrappone al *fatto certo*, perché rappresenta la convinzione che un soggetto ha riguardo ad un determinato fatto ed esprime un giudizio di valore (come con le *opinioni prevalenti* in dottrina) o un modo di pensare collettivo (la c.d. *opinione pubblica*, che può dipendere da «esigenze, convinzioni, atteggiamenti mentali comuni», nonché da pregiudizi e convenzioni sociali). È ovvio, quindi, che la lotta alle fake news debba limitarsi alla verifica di pubblicazioni che riferiscono esclusivamente *fatti*, non potendo in alcun modo mettere al bando l'esposizione di *opinioni*. Ciò si traduce in termini giuridici nella distinzione tra il diritto di cronaca e il diritto di critica, in quanto il primo trova limite nella verità dei fatti esposti, mentre il secondo trova limite solo nella forma e nel rispetto dell'altrui dignità<sup>87</sup>.

Pertanto, la disciplina della materia di cui si tratta deve avere ad oggetto solo il primo dei due profili sopra esposti. Essa dovrebbe, nondimeno, concedere anche la possibilità di diversificare il panorama della diffusione di notizie, senza gli impropri automatismi generati dagli algoritmi<sup>88</sup> e distinguendo tra la rimozione di notizie false e la contestabilità di notizie controverse. Ciò potrebbe ottenersi con un ventaglio di soluzioni, tra cui la sottoposizione a segnalazione dei



contenuti controversi (tramite un avviso all'utente) e a eliminazione di contenuti illeciti, pur senza sottrarsi dalla prospettiva di riabilitare il soggetto che in passato ha violato le regole<sup>89</sup>. Tuttavia, per non incorrere negli stessi problemi della legge tedesca, è opportuno diversificare anche la tipologia dei provvedimenti predisponibili dai social network. Difatti, non va trascurato il fatto che oggi la possibilità di interagire nel Web è di cruciale importanza per compiere operazioni necessarie per lo sviluppo sociale, economico e politico del singolo<sup>90</sup>. Quindi, il rapporto tra social network e utenza non può più ridursi al mero aspetto contrattuale, ma va considerata la *speciale posizione* assunta dal soggetto più forte al quale va richiesto di «attenersi al rispetto dei principi costituzionali e ordinamentali finché non si dimostri (con accertamento da compiere attraverso una fase a cognizione piena) la loro violazione da parte dell'utente»<sup>91</sup>.

Pertanto, va elaborato un sistema che non impedisca *in perpetuo* l'accesso del trasgressore ad una piattaforma, ma limiti semplicemente le sue interazioni con terzi per un tempo ragionevole che permetta di presumere che non verranno poste in essere ulteriori violazioni in futuro. Infatti, la sospensione della possibilità di pubblicare una notizia falsa (tramite la momentanea inibizione della facoltà di pubblicare alcunché) è già una misura sufficiente a *correggere* il comportamento della generalità degli utenti<sup>92</sup>. Da ciò discende, che il legislatore dovrebbe fortemente limitare la possibilità del soggetto dominante di recedere unilateralmente dal servizio<sup>93</sup>, in ossequio alla tutela dello sviluppo personale e sociale degli utenti e in considerazione del fatto che non è più possibile svolgere una parte importante della propria vita al di fuori della rete.

Tali operazioni, poi, non vanno compiute dagli algoritmi, ai quali andrebbe affidato solo il compito di limitare la possibilità di reperire contenuti che – seppure leciti – risultano inadatti per alcune fasce di utenza (come già avviene con gli strumenti del *parental control* o di YouTube Kids, che offrono protezione ai minori pur non privandoli della possibilità di usufruire dei servizi telematici).

Infine, non va trascurata l'ulteriore esigenza di regolare con precisi limiti la facoltà para-normativa degli stessi social network, la quale spesso si è prestata a piegare la logica del pluralismo a quella del condizionamento<sup>94</sup>, insistendo nell'opera di persuasione volta a modificare le opinioni di chi non rientra in una determinata *bolla*, tramite l'isolamento (*ban*, limitazioni dei contenuti e delle interazioni), premi e privazioni (direzionando i contenuti verso platee più o meno ampie, permettendo di avere più visua-

lizzazioni e reazioni, in base alla linea seguita da un *post* e alle *tendenze*) col preciso scopo di provocare l'abbandono degli originari convincimenti e l'adesione necessitata ad una fazione. In questo senso, allora, la norma primaria deve necessariamente fungere da cornice edittale entro cui le piattaforme digitali devono muoversi nello stabilire quali contenuti siano ammissibili al loro interno, per tutelare il pluralismo e la corretta formazione di opinioni. Infatti, la lettura distorta (ma ammessa) di un fatto vero è tanto pericolosa quanto la diffusione di notizie false, in quanto influenza la percezione del lettore in egual misura e desta le preoccupazioni di chi vede un pericolo nei fatti emersi nel superiore § 2.3. Pertanto, anche su questo fronte, l'ordinamento deve stabilire precise regole e profili di responsabilità per i social network che violano il principio pluralista, oltre a dare eccessiva visibilità ad una prospettiva di lettura e limitano lo spazio concesso a punti di vista differenti<sup>95</sup>.

#### 4.1.1. Una sede per il confronto tra gli attori del sistema

Le superiori argomentazioni richiedono anche una breve postilla in merito alla cooperazione tra ordinamento e multinazionali. Per meglio comprendere quanto si sosterrà in questa sede, è necessario compiere una brevissima premessa con le parole di un filosofo del diritto e di uno storico del diritto. Il primo ha sostenuto che i sistemi di governance e il *soft law* rischiano di dare troppo potere ai pochi, a detrimento dei diritti dei molti. In questo quadro, descritto come un *ritorno al futuro*, l'autore esprime tutte le sue preoccupazioni per le possibili violazioni dei valori ereditati dalla modernità<sup>96</sup>. Il secondo, invece, pur confermando l'idea di quel ritorno ad una *medievalità giuridica* (ovvero al sistema interconnesso di fonti diverse), non pare mostrare le stesse perplessità, intravedendovi piuttosto lo spunto per un'ulteriore evoluzione dell'attuale sistema giuridico<sup>97</sup>. Nonostante la diversa lettura, col senno di poi si può sostenere che entrambi hanno avuto ragione: il primo nell'intuire i pericoli della tecnocrazia da cui è derivata la *censura privata*; il secondo nel comprendere che questo scenario è solo un passaggio temporaneo (ma necessario) per costruire nuovi scenari.

Ebbene, si è già accennato ai problemi di impianti normativi di *soft law* come il *Code of Practice on Disinformation* e del relativo sistema di *governance* che pare «delegare interamente alle Internet platforms i tentativi di regolamentare [...] rinunciando a qualsiasi tipo di controllo sulla sua efficienza e correttezza»<sup>98</sup> e causando seri rischi per la libertà di espressione<sup>99</sup>. Ciò non significa che il fenomeno della



disinformazione non vada combattuto o che la collaborazione tra Stato e multinazionali sia un fenomeno da respingere del tutto, ma si rileva che bisogna agire «senza tuttavia delegare poteri eccessivi e arbitrari a corporation che gestiscono senza nessun quadro legislativo a tutela della libertà di informazione (e di espressione)»<sup>100</sup> e, soprattutto, senza sfociare in improbi conflitti tra potere pubblico e *poteri privati*<sup>101</sup> o costituire pericolose forme di *giudici privati*<sup>102</sup>.

Alla luce di ciò, allora, bisogna chiedersi se non sia possibile ribilanciare lo squilibrio tra l'utente e le piattaforme proprio partendo dalle mancanze dei sistemi di *soft law*. E pertanto, posto che le deleghe ai privati e i sistemi di *soft law* hanno generato rilevanti problemi in tema di libertà e democrazia, esistono strumenti alternativi per recuperare quella dimensione democratica? Una risposta positiva sembra potersi trarre dall'esperienza della governance *multi-stakeholder* brasiliana, la quale pare aver dimostrato che un approccio improntato sul confronto democratico può contribuire ad un miglioramento del rapporto tra gli attori del «vivere digitale»<sup>103</sup>.

Ma un confronto tra molteplici attori richiederebbe una sede adatta al componimento dei conflitti che il dibattito inevitabilmente genera: e allora, quale sarebbe la sede più adatta? A questo punto del discorso, meriterebbe maggiore attenzione il tema degli organi ausiliari che, nell'esperienza dello Stato sociale, aveva trovato come sede del confronto tra classi i consigli economico-sociali. Lo Stato sociale, infatti, in quanto «fondato sul lavoro» aveva trovato in essi la sede opportuna per ricomporre le crisi sociali<sup>104</sup>. Lungi dall'impelagarsi in un excursus eccessivamente lungo, basti in questa sede riportare che, tanto in Italia (nel 1948), quanto in Francia (prima nel 1946 e poi nel 1958), in Olanda (nel 1950), nella Comunità europea (già nella sua fase embrionale, nel 1958) e persino in Spagna (nel 1991) e Irlanda (nel 2006) sia stata riproposta la medesima idea. Tutte esperienze che, in un modo o nell'altro, hanno aderito ad una tendenza che pare aver caratterizzato una specifica forma di Stato. Ai fini del presente scritto, tutte le superiori premesse conducono, quindi, alla possibile istituzione di una sede del confronto in sede europea che sarebbe opportuno affidare al Comitato economico e sociale europeo (similmente a quanto già accade in diverse materie individuate dal TFUE) sulla base del fatto che, così come un consiglio economico è luogo idoneo a realizzare gli scopi di coesione e solidarietà di uno Stato sociale, allo stesso modo una sede istituzionale del confronto tra i possibili *stakeholder* (Stati, multinazionali, utenti, tecnici etc.) è il luogo idoneo per ricucire gli eventuali conflitti tra gli attori in gioco.

Qualora un tale confronto fosse troppo artificioso o inefficace, l'alternativa potrebbe essere quella di sostituire la delega alle multinazionali tipica del sistema di *soft law* con una sorta di «contrattazione collettiva» o intese multilaterali (tra Stati, multinazionali, associazioni di consumatori, tecnici del settore ed esperti in materie giuridiche) per la fissazione dei limiti alle modalità di esercizio del potere privato delle piattaforme stesse. Tale alternativa, però, dovrebbe essere accompagnata dalla previsione di una norma imperativa che disponga anche la «nullità ad ogni effetto» delle intese che limitano la libertà di parola, al pari di quanto già accade nella disciplina in materia di antitrust<sup>105</sup>. Difatti, così come la concorrenza è un valore fondamentale nella disciplina della tutela del mercato, la libera manifestazione del pensiero è un principio imprescindibile nel contesto della presente trattazione.

#### 4.2. Differenziazione dei profili sanzionatori

Quanto alle tutele civili e penali offerte dagli Stati, vanno analizzate alcune problematiche che meritano separata analisi.

In ambito civile, infatti, vanno considerati i profili di certezza, rapidità ed efficacia della tutela. Su questo fronte va lodato lo sforzo del legislatore nazionale, che (anche a causa dell'aumento dei processi<sup>106</sup>) ha ricompreso nella disciplina sulla mediazione anche le controversie in materia di diffamazione a mezzo stampa<sup>107</sup>. Ma sul Web tali regole richiedono ulteriori adeguamenti perché spesso risultano insufficienti o eccessive. Per spiegare meglio l'ossimoro bisogna considerare le contrapposte esigenze del soggetto segnalante e del soggetto segnalato. E infatti, per tutelare efficacemente il segnalante anche dalle condotte più insidiose (come nel caso in cui lo stesso social network non elimini il contenuto illecito che, però, non viola gli *standard della community*) servirebbe un'apposita *obbligazione di garanzia* delle piattaforme (in veste di sanzione civile) che determini una sua responsabilità solidale a garanzia dell'utente che si trova costretto ad adire l'autorità giudiziaria<sup>108</sup>. Dall'altro lato, però, va considerato che il soggetto che subisce l'ingiusta cancellazione di un contenuto lecito merita altrettanta tutela. Egli, invero, potrebbe trovarsi a subire una segnalazione per aver destato solo il fastidio del segnalante, pur senza aver leso in alcun modo un suo diritto (come nel caso dell'artista che pubblica un'opera che contiene nudità e subisce una segnalazione per contenuti pornografici). Per tutelare le sue prerogative, allora, bisogna riequilibrare il rapporto tra utente e piattaforma, disciplinando uno speciale procedimento davanti ad un'apposita



autorità garante<sup>109</sup>, i cui provvedimenti costituiscono prova privilegiata contro il social network tanto ai fini della verifica della liceità del contenuto rimosso (per ripristinarlo) quanto ai fini dell'eventuale causa di risarcimento del danno<sup>110</sup>.

A fare da ombrello a entrambi gli utenti di cui sopra e da deterrente per l'approssimazione delle regole dei social network, quindi, l'ordinamento deve premunirsi di strumenti adeguati che permettano di rimuovere rapidamente contenuti palesemente illeciti o permettano un immediato chiarimento e il ripristino di quelli leciti, evitando la proliferazione di giudizi sulla questione. Una risposta in tal senso pare essere tra gli scopi del DSA, il quale prevede proprio delle facilitazioni per l'utente che voglia accedere a forme non giudiziali di risoluzione della controversia<sup>111</sup>.

Sul fronte penalistico, poi, bisogna muovere delle serie critiche alle legislazioni vigenti che spesso appaiono tendenti a reprimere il fenomeno della diffusione di fake news con sanzioni eccessive. Tali aspetti di criticità discendono spesso dal contesto emergenziale in cui vengono approntate le maggiori novità normative, o da una tradizione troppo vetusta per rispondere alle esigenze di dinamicità dei fenomeni discendenti dalla globalizzazione, sicché pare necessario che un'eventuale novella predisponga un quadro sanzionatorio diversificato ed adeguato alle novità del tempo, senza compiere necessariamente la scelta radicale di ricorrere alle sanzioni penali per *correggere* l'evoluzione della società. Pertanto, il parametro principale della presente riflessione deve essere il bene giuridico che si vuole tutelare con la lotta alle fake news, che è non già il mero diritto ad essere informati, quanto invece il diritto ad essere *correttamente* informati, evitando di incorrere in episodi di diffamazione o di minaccia dell'ordine pubblico.

Sotto il profilo dell'individuazione di nuove fattispecie, poi, non va trascurato un altro aspetto che nel recente passato il legislatore non ha adeguatamente considerato: si tratta della differenza tra chi pubblica *ex novo* una notizia e chi la diffonde tramite *condivisione*<sup>112</sup>. La differenza è di non poco conto nell'ambito virtuale, in quanto spesso l'utente medio condivide link con estrema leggerezza<sup>113</sup>. In questo contesto, inoltre, va fatta l'ulteriore distinzione tra chi pubblica in malafede una notizia che sa essere falsa e chi pubblica una notizia sulla base di una falsa percezione di fatti o nell'erronea convinzione che sia vera<sup>114</sup>. Tali differenziazioni sono cruciali nell'epoca delle *infodemie* e richiedono una puntuale applicazione del principio di frammentarietà. Solo dopo aver sciolto questi nodi sarà possibile delineare i profili di un'eventuale novella.

La responsabilità penale, infatti, è la più estrema manifestazione del potere punitivo dello Stato e può essere oggetto di specifica previsione solo quando è altrimenti impossibile impedire la minaccia ad un determinato bene giuridico (c.d. *extrema ratio*). Quindi, di fronte a tali considerazioni è opportuno che il legislatore provveda a risolvere il problema dell'adeguamento delle sanzioni in due direzioni: da una parte, dovrebbe effettuare una più approfondita differenziazione dei soggetti agenti come sopra delineati, per rispecchiare sul piano normativo il reale contesto sociale di Internet; dall'altra, invece, dovrebbe effettuare una maggiore differenziazione dei casi di responsabilità penale per la diffusione di notizie false con una corrispondente graduazione della pena.

#### 4.3. Garanzie di tutela

Non meno trascurabile, poi, è il profilo degli strumenti da porre a garanzia dell'effettività della tutela degli interessi che si scontrano al confine tra il diritto di esprimersi e il dovere del rispetto altrui. Nello scenario delineato dalla normativa vigente, infatti, non di rado si è riflettuto sul riequilibrio di posizioni giuridiche che appaiono inconciliabili.

In questo contesto, il primo problema da risolvere è quello dell'individuazione dei soggetti che dirimano le controversie che insorgono. Spesso, infatti, si è già dubitato dell'imparzialità dei *fact-checker* e degli algoritmi<sup>115</sup>, ma la questione non è impossibile da risolvere. Infatti, si è ipotizzato di affidare il compito di verificare la correttezza delle informazioni a un'autorità pubblica e terza. È un pensiero criticato<sup>116</sup>, ma non del tutto isolato<sup>117</sup>.

Riteniamo che la verifica della liceità di un *contenuto on line* debba essere affidata a soggetti che non abbiano conflitti di interessi, come invece sarebbe se si affidasse a singole testate giornalistiche il compito di compiere operazioni di *fact-checking* dei contenuti di altre testate. Tale problema sarebbe risolvibile tramite la previsione di un'autorità i cui membri siano (magari) nominati per cooptazione da parte degli stessi ordini dei giornalisti e del mondo accademico del diritto, secondo un modello di alternanza di tipo turnario.

L'istituzione di tale autorità, inoltre, sarebbe del tutto in linea col disegno europeo del DSA e del DMA. Infatti, così come l'Unione europea si è riappropriata della potestà regolamentatrice in materia di mercato e servizi digitali, allo stesso modo l'autorità pubblica deve riappropriarsi della potestà giudicante in tema di servizi digitali, in quanto il potere di legiferare senza la capacità di offrire concreta tutela rischia di rimanere un potere monco.



Certo è, poi, che un tale garante deve comunque essere indipendente dalla politica, onde evitare quelle ingerenze sull'informazione tipiche dei regimi autoritari, perché l'informazione *corretta* dal potere politico corre il grave rischio di risultare "politicamente corrotta", nel senso che risentirebbe degli stessi vizi della martellante propaganda delle dittature. È opportuno, pertanto, che la nomina dei membri della prospettata autorità e i confini della sua azione non siano determinate dai governi nazionali, in quanto la libertà di informazione non può (e non deve) risentire delle scelte politiche della fazione che detiene il potere, ma deve favorire il dibattito tra istituzioni e garantire il diritto di espressione delle minoranze.

Quanto alle modalità di effettuazione del controllo sulla veridicità delle notizie, poi, un procedimento equo potrebbe essere quello del metodo a doppio cieco utilizzato in campo scientifico, seppure effettuato *ex post*. In questo modo, infatti, la fase di controllo del contenuto di un post verrebbe spogliata dal possibile pregiudizio sull'autore e sul modo di leggere i fatti riportati. Nello scenario delineato, quindi, ai social network verrebbe sottratto il compito di controllare direttamente i contenuti e restituita loro la vera natura di soggetti neutrali.

Tuttavia, ad essi rimarrebbe comunque il compito di disciplinare le modalità esecutive di sospensione, limitazione della visibilità, rimozione e ripristino dei contenuti segnalati e verificati dal garante<sup>118</sup>, con l'esposizione a possibili reclami. Per la risoluzione di questa problematica, allora, è necessario che alla stessa autorità garante venga affiancato un organismo di mediazione che dirima *pro bono pacis* le controversie che potrebbero insorgere sulle rimozioni non valutate dal garante e che limiti l'incremento del contenzioso presso gli organi giudiziari (come del resto proposto anche dal DSA).

## 5. Una postilla conclusiva

In conclusione, le prospettate integrazioni potrebbero migliorare il quadro prefigurato dalle ultime proposte di regolamento europeo agendo a livello normativo e giudicante su tre distinti livelli.

Il primo di essi, sulla scia dell'acquisita sovranità da parte dell'UE in materia di mercato e servizi digitali, dovrebbe integrare le tutele del cittadino-utente-consumatore tramite un apposito *Statuto dei diritti e doveri sul Web* con lo scopo di uniformare e garantire i diritti del singolo all'interno dei confini dell'Unione. Tale documento, inoltre, dovrebbe contenere tutti quei principi fondamentali che vanno posti alla base della tutela civile e amministrativa approntata dagli Stati, riparando il cittadino dagli

abusi delle multinazionali. Tra questi, andrebbe sancito una volta per tutte il divieto di censura privata e di sottoposizione a giudizio di "tribunali privati", come quello istituito nel Metaverso di Mark Zuckerberg (l'*Oversight Board*)<sup>119</sup>.

Il secondo livello, invece, dovrebbe incidere sulle discipline statali depenalizzando (ove possibile) le condotte in argomento o differenziandone maggiormente la disciplina a cui andrebbe affiancata una cooperazione tra gli Stati per armonizzare le diverse discipline e risposte punitive nazionali, al fine di stabilire un livello primario di tutela del singolo e della collettività. Andrebbero disciplinati in questo livello, inoltre, tutti quegli aspetti della vicenda contrattuale nei servizi digitali (sottoscrizione delle condizioni generali, recesso unilaterale della parte dominante, etc.), che non possono più rimanere sforniti di specifica tutela positiva.

Il terzo livello, infine, deve incidere sulle discipline di *soft law* tramite l'eliminazione delle deleghe ai privati e la loro sostituzione con la *contrattualizzazione* in senso collettivo delle autoregolamentazioni (tramite un confronto *multi-stakeholder* sul modello brasiliano), volta a limitare ulteriormente l'eccessivo potere acquisito dalle multinazionali negli ultimi decenni.

A presidio dei tre livelli prospettati, poi, vanno poste tutte le autorità (giudici, garanti, mediatori) che possono tutelare la parte debole dei rapporti sul Web con le stesse modalità con cui vengono tutelate le parti deboli di altri rapporti (*ex multis*, lavoratori, consumatori, subfornitori, contribuenti e così via).

## Note

<sup>1</sup>Per un approfondimento del tema dal punto di vista sociologico si veda E. MANGONE, *Incertezza, Futuro, Narrazione*, NaSC Free Press, 2021; più sintetico M. SORICE, *La partecipazione politica nel tempo della post-democrazia*, in "Culture e Studi del Sociale-CuSSoc", 2020, n. 2; dal punto di vista filosofico e biogiuridico A.R. VITALE, *All'ombra del covid-19. Guida critica e biogiuridica alla tragedia della pandemia*, Il Cerchio editore, 2022.

<sup>2</sup>Da più parti è stata segnalata l'importanza di una regolamentazione dei sistemi di controllo dell'informazione sul Web e sui pericoli che possono derivare da un'azione non adeguatamente lucida nelle premesse. Appare evidente, ormai, che la gestione della rete ha importanti ricadute sulla libertà di espressione (cfr. *ex multis* G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in "MediaLaws", 2018, n. 1; cfr. anche P. DUNN, *Moderazione automatizzata e discriminazione algoritmica: il caso dell'hate speech*, in questa Rivista, 2022, n. 1), ma ha rilevanti ricadute anche sul piano della difesa e della sicurezza nazionale, come osservato anche dall'istituto del CFIUS e riportato in G. DE RUVO, *Raccolta dati, intelligenza artificiale e sicurezza nazionale: l'uso geopolitico degli strumenti giuridici americani come freno alla data governance globale. Il caso TikTok come paradigma*, *ivi*.



<sup>3</sup> Appare interessante sul punto quanto osservato da Michele Sorice sul conflitto tra i vecchi spazi pubblici della società di massa e la nuova *network society* che, lungi dall'essere egualitaria tende a legittimare un «pensiero unico» (cfr. M. SORICE, *La partecipazione politica nel tempo della post-democrazia*, cit.). Anche la dottrina costituzionalistica ha osservato che la questione sulla polarizzazione del pensiero impedisce il dibattito democratico, trasformando i toni critici del confronto in aspra polemica (cfr. G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, cit., p. 10); non meno autorevoli, poi, sono le critiche all'ampio uso di algoritmi per distribuire l'informazione. La dottrina è vastissima, ma basti segnalare quanto osservato in A.C. AMATO MANGIAMELI, *Intelligenza artificiale, big data e nuovi diritti*, in questa Rivista, 2022, n. 1, §§ 5-7.

<sup>4</sup> Il sistema costruito sulla Direttiva 2000/31/CE è stato, invero, oggetto di recenti modifiche di cui si parla nel testo.

<sup>5</sup> In tal senso, si ponga attenzione anche a impianti normativi di *soft law* come quello del *Code of Practice on Disinformation* con il quale è stato delegato alle *big tech* il compito di regolamentare il fenomeno della disinformazione con linee generali interne (cfr. doc. COM(2018) 236 final del 26 aprile 2018, § 3.1.4). Sul punto è stato evidenziato che il quadro normativo entro cui si muove il Codice «non è esente da elementi di contraddizione, specie per l'attenzione «eccezionalista» con cui le politiche europee sembrano guardare alla informazione online» (così C. MAGNANI, *Libertà d'informazione online e fake news: vera emergenza? Appunti sul contrasto alla disinformazione tra legislatori statali e politiche europee*, in «Forum di quaderni costituzionali», 4 aprile 2019, p. 11); in linea con tale osservazione la tesi per cui il Codice ha posto le basi per una censura privata (*ex multis* M. MONTI, *La disinformazione online, la crisi del rapporto pubblico-esperti e il rischio della privatizzazione della censura nelle azioni dell'Unione Europea (Code of practice on disinformation)*, in «Federalismi.it», 24 aprile 2020, §§ 4-5; cfr. anche ID., «Censura privata», così si incrina il modello delle *big tech*, in «Agenda Digitale», 26 giugno 2020). Sul profilo dell'efficacia, poi, è stato ritenuto che il *soft law* ha il limite di essere una fonte debole dalla capacità coercitiva discutibile (così P. BONINI, *L'autoregolamentazione dei principali Social Network. Una prima ricognizione delle regole sui contenuti politici*, in «Federalismi.it», 24 aprile 2020, p. 268).

<sup>6</sup> Oggi si assiste, infatti, alla creazione di un doppio livello di disciplina che vede da una parte l'impegno diretto degli Stati e dall'altra l'impegno delle singole piattaforme nel formulare molteplici discipline per fronteggiare i fenomeni illeciti diffusi sul Web.

<sup>7</sup> Importantissimo sul tema della fondamentale importanza dell'accesso a Internet S. RODOTÀ, *Nota di Stefano Rodotà per le audizioni sui disegni di legge sull'accesso a Internet presso la Commissione Affari costituzionali del Senato*, in «www.senato.it», p. 4; sul tema meritano menzione anche ID., *Una costituzione per Internet*, in «Politica del diritto», 2010, n. 3, p. 351; C. CARUSO, *L'individuo nella rete: i diritti della persona al tempo di internet*, in «Forum di quaderni costituzionali», 28 aprile 2013; P. PASSAGLIA, *Diritto di accesso ad Internet e giustizia costituzionale. Una preliminare indagine comparata*, in «Consulta Online», 2011.

<sup>8</sup> In proposito, tra tanti, merita attenzione l'analisi di Scorza, il quale nitidamente ha osservato che si è pericolosamente lasciato che le *big five* si appropriassero di poteri di esclusivo appannaggio dello Stato (cfr. G. SCORZA, *In principio era Internet e lo immaginavamo diverso*, in questa Rivista, 2022, n. 1, pp. 2-3).

<sup>9</sup> Sul tema è stato sostenuto che le agenzie di *fact-checking* sono legate ad ambienti che ne minano l'imparzialità, rendendo necessario un controllo pubblico (così M. MONTI, *Fake news e social network: la verità ai tempi di Facebook*, in «Me-

diaLaws», 2017, n. 1, p. 88); inoltre, cfr. G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, cit., §§ 5-6, il quale avverte che l'uso di algoritmi potrebbe far rinchiudere un soggetto all'interno di una *bolla*, minando il pluralismo democratico; sul punto si è detto anche che le gli algoritmi «permettono alle piattaforme digitali di influenzare le scelte (anche politiche) dei propri utenti e di coartarne in qualche modo la volontà» (così M.R. ALLEGRI, *Il futuro digitale dell'Unione europea: nuove categorie di intermediari digitali, nuove forme di responsabilità*, in questa Rivista, 2021, n. 2, p. 11).

<sup>10</sup> Per una completa disamina delle teorie sulla qualifica del rapporto tra società operanti su piattaforme digitali e utente, un contributo assai esaustivo è R. COSIO, *Facebook e Social. Natura del contratto tra utente e social*, in «Ricerche giuridiche», vol. 6, 2017, n. 1, con particolare riferimento ai §§ 3-5.

<sup>11</sup> È stato evidenziato in dottrina che esiste «un potere estremo nel decidere chi deve stare zitto e chi non deve più essere ascoltato», denunciando che i social media hanno la possibilità di influenzare il dibattito tramite la privatizzazione della censura (così 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», 2018, n. 4, pp. 209-216); sul tema cfr. anche M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, in questa Rivista, 2019, n. 1, p. 38; G. PITRUZZELLA, *Il web ha bisogno di regole non di «censura privata»*, in «Corriere della Sera», 8 novembre 2019; A. VENANZONI, M. MONTI, *Il tramonto della frontiera digitale? Note a prima lettura dell'executive order del 28 maggio 2020 emanato per prevenire la censura online da parte dei social media*, in «Diritti Comparati», 8 giugno 2020.

<sup>12</sup> Cfr. Trib. di Roma, sez. spec. in materia di impresa, ord. 11 dicembre 2019; Trib. di Roma, sez. civ. XVII, ord. 29 aprile 2020. Sulla prima delle due è sorto anche un dibattito in dottrina di cui si riportano, *ex multis*, C. CARUSO, *La libertà di espressione presa sul serio. Casa Pound c. Facebook, atto I*, in «SIDIBlog», 20 gennaio 2020; P. DE SENA, M. CASTELLANETA, *La libertà di espressione e le norme internazionali, ed europee, prese sul serio: sempre su Casa Pound c. Facebook, ivi*, 20 gennaio 2020.

<sup>13</sup> Cfr. Trib. di Roma, ord. 11 dicembre 2019, cit., p. 4.

<sup>14</sup> Non si trascuri, inoltre, che le stesse imprese proprietarie delle piattaforme digitali affidano i controlli sul rispetto delle loro linee guida ad algoritmi che sovente demonetizzano, deindicizzano o censurano contenuti che l'ordinamento non ritiene affatto dannosi. Così, allora, ci si è interrogati sull'effettiva funzionalità degli algoritmi che censurano nudi artistici, spettacoli comici che usano turpiloquio o battute ritenute lesive della dignità di talune categorie, mentre non riescono a tutelare gli utenti da forme di aggressività o prevaricazione nascosta da un linguaggio elegante.

<sup>15</sup> Cfr. Trib. Roma, sez. diritti della persona e immigrazione civile, ord. 23 febbraio 2019.

<sup>16</sup> *Ex multis*, C. CARUSO, *I custodi di silicio. Protezione della democrazia e libertà di espressione nell'era dei social network*, in «Consulta Online», *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, 17 marzo 2020. Va, però, segnalato che altra parte della dottrina, in senso opposto (e forse più affine all'ordinanza del 23 febbraio 2019), ha sostenuto che l'importanza assunta dai social network non li rende indispensabili per la manifestazione del pensiero (cfr. M. BASSINI, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi «spazi pubblici» e «poteri privati». Spunti di comparazione*, in questa Rivista, 2021, n. 2, p. 55).

<sup>17</sup> «L'impianto argomentativo dell'ordinanza [...] non persuade. È arduo desumere un obbligo di rimozione da discipline tra loro assai diverse per forza, rango ed ambito di applicazione» (C. CARUSO, *I custodi di silicio*, cit., § 4).

<sup>18</sup> *Ex multis*, C. Cost. nn. 348/2007, 349/2007, 49/2015.



<sup>19</sup> Anche la dottrina che pare aderire al secondo filone giurisprudenziale, invero, sembra contraria a riconoscere un potere di controllo (e conseguenti responsabilità) ai social network, in quanto ciò li assimilerebbe agli editori (emancipazione di cui neanche il DSA è portatore), cfr. M. BASSINI, *Libertà di espressione e social network*, cit., p. 56.

<sup>20</sup> La scelta di aderire al primo orientamento è influenzata anche dalla giurisprudenza costituzionale tedesca del 2019, la quale ha sostenuto che Facebook costituisce ormai uno spazio importante per la garanzia del principio pluralistico (cfr. M. BASSINI, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi "spazi pubblici" e "poteri privati". Spunti di comparazione*, in "MediaLaws", 2021, n. 1, p. 93).

<sup>21</sup> *Ex multis*, per i limiti al diritto di cronaca, cfr. Cass. pen., sez. V, 14 settembre 2016 n. 42987; per i presupposti e il perimetro applicativo del diritto di critica il diritto di critica nella diffamazione su Facebook, cfr. Cass. pen., sez. I, 20 agosto 2014 n. 36045.

<sup>22</sup> Si riporta che anche secondo il Comunicato stampa del 13 maggio 2021 dell'AGCM si attesta che «Google detiene una posizione dominante che le consente di controllare l'accesso degli sviluppatori di app agli utenti finali. [...] è un operatore di assoluto rilievo, a livello globale, nel contesto della cosiddetta economia digitale e possiede una forza finanziaria rilevantissima».

<sup>23</sup> Sul tema cfr., *ex multis*, O. POLLICINO, *Tutela del pluralismo nell'era digitale: ruolo e responsabilità degli Internet service provider*, in "Consulta Online", 10 febbraio 2014, p. 27, il quale osserva che, sebbene l'attività degli ISP si avvicina effettivamente a quella editoriale, non bisognerebbe inquadrare tale attività nell'ambito di un controllo sui contenuti.

<sup>24</sup> Va segnalato che, in Europa, un simile caso avrebbe certamente comportato rilevanti conseguenze sul piano sanzionatorio Amazon e Google, anche alla luce dell'art. 102 TFUE, il quale vieta lo sfruttamento di posizioni dominanti sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo.

<sup>25</sup> A tal proposito è stato osservato che il DMA innova la disciplina *antitrust*, anticipando la tutela dalle condotte abusive dei *gatekeeper* (cfr. N. GIUSTI, *Digital Markets Act (DMA), c'è l'accordo tra Consiglio e Parlamento UE: le nuove regole*, in "CyberSecurity 360", 28 marzo 2022).

<sup>26</sup> Cfr. M.R. ALLEGRI, *Il futuro digitale dell'Unione europea*, cit., pp. 11-12.

<sup>27</sup> Cfr. B. CALDERINI, *Digital Markets Act, perché le Big Tech temono il piano Ue*, in "Agenda Digitale", 7 aprile 2022; v. anche T. MADIEGA, *Regulating digital gatekeepers. Background on the future Digital Markets Act*, European Parliamentary Research Service, December 2020, p. 9.

<sup>28</sup> *Ex multis*, cfr. S. STOLTON, *EU negotiators agree new rules to rein in tech giants. 'The Digital Markets Act puts an end to the ever-increasing dominance of Big Tech companies,' says lead MEP*, in "Politico", 24 March 2022; il medesimo entusiasmo pare trasparire anche dal Comunicato stampa del Parlamento europeo del 23 novembre 2021.

<sup>29</sup> Tali fatti, invero, sono tutti riconducibili al fenomeno della polarizzazione del dibattito nei social network, spesso condizionato dagli algoritmi che veicolano le campagne di marketing. Sul tema è stato sostenuto che su Internet «persone della stessa area ideologica, al termine di una discussione fra loro, finiranno per pensare la stessa cosa che pensavano prima, ma in forma più estremistica» perché l'esposizione ripetuta a una posizione estrema le porterà a crederci (cfr. C.R. SUNSTEIN, *Republic.com. Cittadini informati o consumatori di informazioni?*, il Mulino, 2003, pp. 82-87; è rilevato anche che i social network sono costruiti con algoritmi che connettono tra loro persone della stessa nicchia, esponendole a un'unica versione, formando *bolle* o *echo-chambers* (così G. RUFFO, M. TAMBUSCIO, *Capire la diffusione della disin-*

*formazione e come contrastarla*, in "Federalismi.it", 24 aprile 2020, pp. 74-75.

<sup>30</sup> *Ex multis*, G. CALVANI, *Battaglione Azov su Facebook, cos'è e perché è permesso elogiarlo*, in "Ultima Voce", 5 marzo 2022.

<sup>31</sup> Cfr. RETE NAZIONALE PER IL CONTRASTO AI DISCORSI E AI FENOMENI D'ODIO, *Meta consente incitamento all'odio: un (altro) pessimo segnale*, in "Amnesty International Italia", 14 marzo 2022.

<sup>32</sup> Cfr., *ex multis*, M. D'ALESSANDRO, *Il caso del corso di Paolo Nori su Dostoevskij all'università Bicocca*, in "AGI-Agenzia Italia", 2 marzo 2022; C. RIBICHINI, *Il sindaco Sala: "Escludo Gergiev sul podio della Scala il 5 marzo"*, in "SkyTG24", 28 febbraio 2022; L. RAO, *TikTok ha sospeso il caricamento di video in Russia*, in "Fanpage.it", 7 marzo 2022; K. CARBONI, *La guerra dei social contro Putin e la guerra di Putin contro i social*, in "Wired", 26 febbraio 2022.

<sup>33</sup> «Cittadini più maturi [...] hanno bisogno di un percorso educativo nuovo [...] in quanto la potenza e la pervasività degli strumenti e dei paradigmi del digitale richiedono un salto di qualità [...] Ciò significa soprattutto riconoscere gli altri, ancora prima delle loro idee [...] non aver paura di confrontarsi; avere il coraggio di riconoscere i propri errori e cambiare idea», così V. AZZOLLINI, *Chi ha paura della libertà di internet?*, in "IBL", 13 dicembre 2019.

<sup>34</sup> Sulla descrizione del percorso degenerativo del fenomeno cfr. D. PALANO, *La bolla mortale della nuova democrazia*, in "Il Foglio", 28 aprile 2017; più approfondito ID., *Bubble Democracy. La fine del pubblico e la nuova polarizzazione*, Scholè editore, 2020; parimenti approfondito anche ID., *La democrazia alla fine del «pubblico». Sfiducia, frammentazione, polarizzazione: verso una «bubble democracy»?*, in "Governare la paura", 2019, aprile, p. 35 ss.; cfr. anche G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, cit., §§ 5, 6, 8, 14.

<sup>35</sup> Cfr. a tal proposito COMMISSIONE EUROPEA, *The Digital Services Act package*.

<sup>36</sup> «L'accordo sul Dsa è storico» [...] obbliga le Big Tech ad assumere maggiore responsabilità sui contenuti illegali o nocivi che circolano sulle loro piattaforme», R. BUCCA, M. SABATINI, *Digital Services Act, la Ue a una svolta: cosa cambia per utenti, aziende e big tech*, in "Agenda Digitale", 19 maggio 2022.

<sup>37</sup> Cfr. M.R. ALLEGRI, *Il futuro digitale dell'Unione europea*, cit., § 4; G.M. RUOTOLO, *Le proposte europee di riforma della responsabilità dei fornitori di servizi su Internet*, in questa Rivista, 2022, n. 1 § 2. Si segnalano alcune voci critiche sui possibili attriti tra normative UE, cfr. C. MORELLI, *L'Unione Europea e i Digital Acts. Lo studio commissionato dalla commissione parlamentare speciale sull'Intelligenza artificiale AIDA: al via la discussione sulla bozza di regolamento AI Act*, in "Altalex", 7 febbraio 2022; criticità anche sul profilo attuativo, cfr. N. GIUSTI, A. LONGO, *Digital services act: molti vantaggi per utenti ed Europa, ma sarà una sfida attuare le nuove norme*, in "CyberSecurity 360", 24 aprile 2022; F.M.R. LIVELLI, *Digital Services Act, cos'è, cosa prevede, perché rischia di essere una tigre di carta*, in "Risk Management 360", 4 maggio 2022.

<sup>38</sup> Questa è una delle perplessità espresse in dottrina anche sulla legislazione tedesca.

<sup>39</sup> Cfr. la norma citata con gli artt. 3 della legge 7 agosto 1990 n. 241, e 7 del d.l. 27 luglio 2000 n. 212.

<sup>40</sup> Consultabile sul sito di *Légifrance*.

<sup>41</sup> Per un'analisi più approfondita si consiglia la lettura di T. GUERINI, *La tutela penale della libertà di manifestazione del pensiero nell'epoca delle fake news e delle infodemie*, in "Discrimen", 15 giugno 2020, pp. 20-23.

<sup>42</sup> Le maggiori critiche del principale sindacato dei giornalisti francesi ha riguardato la circostanza che il giudice decide



sulla rimozione entro 48 ore, lamentandone la «visione liberticida», ma con la *Décision n. 2018-773 DC* del *Conseil constitutionnel* è stata dichiarata la legittimità della norma (cfr. T. GUERINI, *Fake news e diritto penale. La manipolazione digitale del consenso nelle democrazie liberali*, Giappichelli, 2020, pp. 88-89; cfr. anche ID., *La tutela penale della libertà*, cit., pp. 22-23).

<sup>43</sup>Per la versione italiana della normativa v. G. GIANNONE CODIGLIONE, *Legge per migliorare la tutela dei diritti sui social network (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG)*, in “MediaLaws”, 2017, n. 1, pp. 185-190; un’analisi dei contenuti della legge è contenuta anche in A. KAPPELLER, *La legge contro gli abusi sui social networks in Germania*, in “Altalex”, 7 marzo 2018; cfr. anche M. FIORILLO, *Fake news sul web: il drastico intervento della Germania*, in “Inside Marketing”, 16 ottobre 2017.

<sup>44</sup>Per una disamina più approfondita v. T. GUERINI, *La tutela penale della libertà*, cit., pp. 24-27.

<sup>45</sup>L’entità delle sanzioni aggrava il dubbio di chi ritiene che i social network, per evitarle, potrebbero eccedere di “zelo censorio”, anche perché non è prevista una sanzione per la rimozione ingiustificata di contenuti leciti (in tal senso C. MAGNANI, *Libertà d’informazione online e fake news: vera emergenza?*, cit., p. 16); negli stessi termini T. GUERINI, *La tutela penale della libertà*, cit.; cfr. anche V. CLAUSSEN, *Fighting hate speech and fake news. The Network Enforcement Act (NetzDG) in Germany in the context of European legislation*, in “MediaLaws”, 2018, n. 3, p. 122; è stato segnalato anche il rischio che i social network «finiscano per consentire solo la diffusione di contenuti mainstream [...] rimuovendo in automatico qualsiasi contenuto che abbia suscitato [...] una contestazione» (così A. MAZZIOTTI DI CELSO, *Dal Primo Emendamento al bavaglio malese. Fake news, libertà di espressione e il rovesciamento delle categorie politiche tradizionali*, in “MediaLaws”, 2018, n. 3, p. 107).

<sup>46</sup>Cfr. *Democracy Index 2021*, in “Economist Intelligent - EIU”, 10 February 2022.

<sup>47</sup>Per dar conto delle dovute differenze, si rimanda integralmente alla disamina contenuta in O. POLLICINO, *Fundamental Rights as Bycatch – Russia’s Anti-Fake News Legislation*, in “Verfassungs Blog”, 28 marzo 2019, § 3. L’autore, invero, manifesta parecchie perplessità sul regime normativo della novella del 2019, riportando anche il contrasto con la CEDU e con la stessa giurisprudenza costituzionale russa sui principi di proporzione e di certezza del diritto. Altra voce critica della riforma del 2019 è Ilmira Galimova, la quale lamenta tanto l’estensione del concetto di “luogo pubblico” sull’ambito della rete, quanto le lacune sul meccanismo di filtraggio riservato al Procuratore generale (cfr. I. GALIMOVA, *La Duma introduce nuove restrizioni alla rete*, in “Nomos”, 2019, n. 1).

<sup>48</sup>Il meccanismo pare simile alla previsione del DSA sulla responsabilità delle piattaforme che acquisiscono la conoscenza dell’illiceità di un contenuto.

<sup>49</sup>Cfr. il testo novellato dell’art. 15-3 *Legge Federale n. 149-FZ*.

<sup>50</sup>Cfr. *Legge Federale n. 32-FZ del 4 marzo 2022 nel testo originale*.

<sup>51</sup>Invero, ciò che veramente lascia una macchia sull’esperienza giuridica russa è la sostanziale dipendenza degli organi di controllo dal governo federale, in quanto ciò ne vizia la terzietà e l’indipendenza reali.

<sup>52</sup>Invero, il giudizio sull’apprezzabilità di un sistema giuridico va tenuto distinto dal giudizio sul modello politico di una Nazione. Va, difatti, rammentato che anche in Italia sopravvivono importanti codificazioni e innumerevoli sistemi burocratici del ventennio fascista, che spesso sono stati ritenuti legittimi anche in sede di vaglio di costituzionalità. Ci si permette di sostenere, quindi, che il vero problema della Federazione Rus-

sa è di tipo culturale e politico, e non di mera compilazione normativa.

<sup>53</sup>Cfr. I. GALIMOVA, *La Duma introduce nuove restrizioni alla rete*, cit., p. 5.

<sup>54</sup>Cfr. F. SPIDALIERI, F. VOCE, *Cybersecurity, America Is back? La nuova politica Usa, dagli slogan ai fatti*, in “Agenda Digitale”, 14 settembre 2021. Invero, anche in Italia è stato autorevolmente notato che la tutela delle informazioni in rete ha un rilievo strategico e di sicurezza rilevanti: *ex multis*, cfr. A. DI CORINTO, *Data commons: privacy e cybersecurity sono diritti umani fondamentali*, in questa Rivista, 2022, n. 1).

<sup>55</sup>Cfr. M.A. CUTRUFO, *Tutti i pericoli di TikTok, il nuovo social che spaventa gli USA*, in “Agenda Digitale”, 9 dicembre 2019; A. DI CORINTO, *L’app lbgt Grindr torna in mano Usa, troppo pericoloso lasciarla ai cinesi*, in “La Repubblica”, 17 maggio 2019; P. DE LUCA, *I nuovi regolamenti del CFIUS*, in “Geopolitica.info”, 22 gennaio 2020; G. DI DONFRANCESCO, *Dazi, cybersecurity, finanza: tutte le guerre di mercato Usa-Cina*, in “Il Sole24Ore”, 17 febbraio 2018.

<sup>56</sup>*Ex multis*, A. MALLAMACI, *Gli Usa creano il “Comitato per la governance della disinformazione”: cos’è e perché fa discutere*, in “Agenda Digitale”, 4 maggio 2022, che riporta i timori sull’iniziativa e paventa la nascita di un “Ministero della Verità” di orwelliana memoria. La critica, invero, riprende un’opinione espressa più di un decennio fa in una sentenza della stessa Corte Suprema degli Stati Uniti in cui si affermava (in merito alla legittimità costituzionale dello *Stolen Valor Act*) che «Our constitutional tradition stands against the idea that we need Oceania’s Ministry of Truth» (caso *Stati Uniti vs. Alvarez*, ottobre 2011, p. 15).

<sup>57</sup>Cfr. T. LORENZ, *How the Biden administration let right-wing attacks derail its disinformation efforts*, in “The Washington Post”, 18 May 2022; A. MALLAMACI, *Gli Usa creano il “Comitato per la governance della disinformazione”*, cit., in cui si riporta anche il timore degli statunitensi di subire forme di sorveglianza governativa. Si dà riscontro, poi, del fatto che anche nella *Scheda informativa*, resa nota il 2 maggio 2022, non sono esplicitati chiaramente gli scopi dell’istituzione.

<sup>58</sup>Si è rilevato che a richiedere le maggiori limitazioni della libertà sono gli “esponenti del mondo liberale e progressista”, che invocano l’introduzione di «strumenti di controllo [...] che stridono con alcuni capisaldi della [...] libertà di espressione» (così A. MAZZIOTTI DI CELSO, *Dal Primo Emendamento al bavaglio malese*, cit., p. 106).

<sup>59</sup>*Ivi*, pp. 107-108.

<sup>60</sup>Cfr. soprattutto *infra* § 4.3.

<sup>61</sup>Si pensi al delitto di diffamazione, all’ingiuria o alla lettura estensiva dell’art. 2059 c.c. in tema di privacy.

<sup>62</sup>Tra i più rilevanti cfr. artt. 612-ter, 615-ter-615-quinquies, 617-quater-617-sezies, 635-bis, 640-ter c.p., nonché i riferimenti contenuti in diverse leggi speciali (*ex multis* d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231).

<sup>63</sup>*Ex multis*, artt. 270-quinquies, co. 2, 544-quinquies, co. 2, n. 2, 609-duodecies c.p.

<sup>64</sup>La giurisprudenza ritiene che «nulla rileva, ai fini della sua esclusione, il fatto che non si sia verificato alcun turbamento dell’ordine pubblico, essendo sufficiente che vi fosse un’astratta possibilità che un tale turbamento in effetti si verificasse» (così *Cass. pen., sez. I, 7 novembre 1996 n. 9475*).

<sup>65</sup>Ovvero a seguito della deliberazione di cui all’art. 78 Cost.

<sup>66</sup>Anche solo estendendo il principio espresso in *Cass. pen., sez. V, 14 novembre 2016 n. 4873*.

<sup>67</sup>Cfr. C. GUARNIERI, *Social media e manipolazione dell’opinione pubblica*, in “Amnesty international Italia”, 29 maggio 2017; E. MENIETTI, *Il caso Cambridge Analytica*, in “Il Post”, 19 marzo 2018; D. MARINO, *Social media e manipolazione di massa, le leggi sono rotte: come salvare la democrazia?*, in “Agenda Digitale”, 29 maggio 2019.



<sup>68</sup>Sul tema cfr. G. MATUCCI, *Informazione online e dovere di solidarietà. Le fake news fra educazione e responsabilità*, in “Rivista AIC”, 2018, n. 1.

<sup>69</sup>Cfr. quanto osservato sulla propagazione di fake news grazie alla spinta alla condivisione in G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell’era di Internet*, cit., p. 12.

<sup>70</sup>Uno studio pubblicato dall’AGCOM ha rilevato che solo una piccola parte della popolazione (il 2%) è capace di distinguere sempre le notizie vere da quelle false (AGCOM, *Percezione e disinformazione. Molto “razionali” o troppo “pigri”?*, febbraio 2020, pp. 35-36). Già da anni, inoltre, si propone di andare oltre il semplice utilizzo dell’espressione fake news, che non descrive la complessità dei fenomeni della misinformazione (l’involontaria condivisione di informazioni false) e della disinformazione (la deliberata creazione e condivisione di informazioni note per essere false). Sul punto cfr. C. WARDLE, *Fake news. It’s complicated*, in “First draft”, 16 February 2017; in tema di distinzione tra disinformazione, errore non intenzionale, “rumori”, teorie cospirative, satira, false affermazioni di politici, report che possono ingannare e opinioni cfr. il più volte citato articolo di Pitruzzella (G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell’era di Internet*, cit., § 9).

<sup>71</sup>«Con l’intenzione di collocare le fake news in un territorio sicuramente distinto rispetto a quello delle opinioni e dei valori [...] hanno dato la seguente definizione [...]: sono quegli articoli recanti notizie che sono intenzionalmente e verificabilmente false e potrebbero trarre in inganno i lettori» (G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell’era di Internet*, cit., pp. 13-14). Va, peraltro, precisato che il *Code of Practice on Disinformation* espressamente dispone che «The notion of “Disinformation” does not include misleading advertising, reporting errors, satire and parody, or clearly identified partisan news and commentary, and is without prejudice to binding legal obligations, self-regulatory advertising codes, and standards regarding misleading advertising» (cfr. *EU Code of Practice on Disinformation*, p. 1).

<sup>72</sup>Per l’analisi testuale si rinvia agli originali *disegno di legge 7 febbraio 2017*, n. 2688 (c.d. *ddl Gambaro*) e *disegno di legge 14 dicembre 2017* n. 3001 (c.d. *ddl Zanda-Filippin*).

<sup>73</sup>Cfr. M. MONTI, *La XVII legislatura e la libertà di espressione: un bilancio fra luci e ombre*, in “Osservatorio sulle fonti”, 2018, n. 2, p. 17-18; M. MONTI, *La proposta del ddl Zanda-Filippin sul contrasto alle fake news sui social network: profili problematici*, in “Diritti Comparati”, 7 dicembre 2017, p. 6.

<sup>74</sup>Cfr., *ex multis*, M. FUMO, *Bufale elettroniche, repressione penale e democrazia*, in “MediaLaws”, 2018, n. 1, p. 83 ss.; C. MELZI D’ERIL, *Fake news e responsabilità: paradigmi classici e tendenze incrinatrici*, *ivi*, 2017, n. 1; M. CUNIBERTI, *Il contrasto alla disinformazione in rete tra logiche del mercato e (vecchie e nuove) velleità di controllo*, *ivi*, 2017, n. 1, p. 30.

<sup>75</sup>In tal senso, E. LEHNER, *Fake news e democrazia*, in “MediaLaws”, 2019, n. 1, p. 8.

<sup>76</sup>Cfr. art. 1, co. 3, *ddl* n. 2688/2017. Sul punto, inoltre, è stato correttamente osservato (e motivato) che l’esclusione della punibilità del giornalismo professionale contraddice gli scopi della normativa e ne distorce il senso (cfr. C. MELZI D’ERIL, *Fake news e responsabilità*, cit., p. 62); tuttavia, va rilevato che c’è chi ritiene che un’assimilazione *tout court* tra social network e editori potrebbe essere di detrimento per il pluralismo, data l’importante funzione svolta da questi ultimi (cfr. O. POLLICINO, *Tutela del pluralismo nell’era digitale*, cit., p. 27).

<sup>77</sup>Infatti, il professionista e l’utente sono parimenti esposti al pericolo di avere percezioni errate, fuori dal giudizio critico (i c.d. *bias* cognitivi), seppur in buona fede e nell’inconsapevolezza del fenomeno. Sarebbe opportuno, quindi, non esitare nell’ammettere che nessuno è esente dal rischio di immettere nel mercato dell’informazione una notizia falsa.

<sup>78</sup>Di opinione affine B. SAETTA, *Per una regolamentazione delle piattaforme digitali*, in “Valigiablu”, 8 novembre 2019; critici sul tema della censura privata V. AZZOLLINI, *Chi ha paura della libertà di internet?*, cit. e O. GRANDINETTI, *Le piattaforme digitali come “poteri privati” e la censura online*, in questa Rivista, 2022, n. 1.

<sup>79</sup>Cfr. P. BONINI, *L’autoregolamentazione*, cit., p. 281.

<sup>80</sup>Già nel 2018 la Commissione europea esprimeva la stessa preoccupazione (cfr. doc. COM(2018) 236 final del 26 aprile 2018), condivisa anche negli USA (cfr. G. DE RUVO, *Raccolta dati, intelligenza artificiale e sicurezza nazionale*, cit.; H. ALLCOTT, M. GENTZKOW, *Social Media and Fake News in the 2016 Election*, in “Journal of Economic Perspectives”, vol. 31, 2017, n. 2).

<sup>81</sup>V. *supra* § 2.2; cfr. anche M.R. ALLEGRI, *Il futuro digitale dell’Unione europea*, cit., pp. 11-12; V. BERTOLA, *La sovranità digitale e il futuro di Internet*, in questa Rivista, 2022, n. 1.

<sup>82</sup>Che pare essere la strada intrapresa da ultimo anche dal legislatore europeo. Si evidenzia, poi, che la dottrina rileva l’esigenza di creare un’apposita “Carta dei diritti” (*ex multis*, cfr. A.C. AMATO MANGIAMELI, *Intelligenza artificiale, big data e nuovi diritti*, cit., § 7 e relativi riferimenti bibliografici); sul tema della cooperazione cfr. J. CIANI SCIOLLA, *Diritto all’oblio e cooperazione internazionale: problemi e prospettive*, in questa Rivista, 2022, n. 1, § 1, seppure l’Autore si riferisca principalmente al diritto all’oblio.

<sup>83</sup>Si tratta dell’eterno confronto tra libertà e sicurezza, sul quale merita speciale menzione la riflessione del Vicepresidente dell’Autorità garante per la privacy, la quale correttamente sostiene che tale rapporto non può essere ricostruito come conflitto, o si rischia di sacrificare valori importantissimi per una democrazia (cfr. G. CERRINA FERONI, *Sicurezza e diritti, la tutela della libertà nel “permanente stato d’eccezione”*, 17 dicembre 2020).

<sup>84</sup>A tal riguardo si pensi al fatto che se il *Code of Practice on Disinformation* fosse stato agganciato ad una disciplina simile a quella del DSA forse non sarebbero nati quei centri di potere che hanno reso le *big five* le “signore della verità e della censura”. Sul tema si noti che quanto notato sul ruolo della *governance* di Internet e della sua capacità di influenzare la società in D. GETSCHKO, C. AFONSO, A.F. BARBOSA, *Il ruolo della governance multi-stakeholder di Internet nella diffusione della connettività in Brasile*, in questa Rivista, 2022, n. 1.

<sup>85</sup>Cfr. il termine *Fatto*, in “Definizioni, etimologia e citazioni”, Treccani.

<sup>86</sup>Cfr. il termine *Opinione*, *ivi*.

<sup>87</sup>Sul punto va rilevato che il diritto di critica online trova comunque il suo limite nel rispetto della normativa per il contrasto all’*hate speech*.

<sup>88</sup>Sul ruolo attuale e l’auspicio di una modifica degli algoritmi, cfr. G. CASSANO, *L’ostracismo nell’era digitale. Il caso Trump, la cacciata dai social media ed il diritto positivo*, in “Penale. Diritto e Procedura”, 5 marzo 2021, § 8; cfr. anche P. STANZIONE, *Strapotere delle piattaforme, tutela contro l’algorcazia*, in “La Repubblica”, 2 luglio 2021; M. MARTORANA, *Censura sui social network: come funziona, chi colpisce e perché*, in “Agenda Digitale”, 14 ottobre 2021; S. FIABANE, V. DAMIANO, *La gestione dei contenuti nella società dell’algorcazia: il vero potere è nelle mani di chi gestisce gli algoritmi*, in “Agenda17”, 26 novembre 2021; M. CUNIBERTI, *Potere e libertà nella rete*, in “MediaLaws”, 2018, n. 3.

<sup>89</sup>Sul punto il DSA sembra prendere una posizione netta, ma va chiarito che, essendo ormai Internet uno spazio irrinunciabile per molte attività, esserne esclusi potrebbe essere paragonato a sanzioni come l’interdizione dal frequentare un luogo o (persino) l’esilio. Senza voler fare paragoni impropri, la limitazione di diritti fondamentali rischia di somigliare al feno-



meno che in campo penalistico viene definito con l'espressione "fine pena mai".

<sup>90</sup>In tal senso, la *Raccomandazione CM/Rec(2014) 6* del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa adottata il 16 aprile 2014, dispone già nelle sue prime righe l'assimilazione di Internet a un *servizio pubblico* cui è collegata la «legittima aspettativa di disporre di servizi online accessibili, forniti senza discriminazioni [...] sicuri, affidabili ed erogati con continuità» per l'esercizio «dei propri diritti umani e libertà fondamentali».

<sup>91</sup>Trib. di Roma, *ord. 11 dicembre 2019*, cit., p. 4.

<sup>92</sup>Non essendo più meramente contrattuale il rapporto tra utente e social network, appare opportuno che l'apparato para-sanzionatorio predisposto dal fornitore del servizio punti a permettere la riabilitazione del trasgressore per un suo "reinserimento nella società digitale".

<sup>93</sup>Si rifletta sul fatto per cui la piattaforma che esclude dal servizio un utente ne ha già acquisito i dati e ne ha estratto dei metadati (che risultano indistinguibili dopo la loro elaborazione) che continuerà a utilizzare per i suoi fini commerciali. Ciò comporta problemi sul piano del sinallagma, in quanto una parte non fruisce più di un servizio, mentre l'altra continuerà ad utilizzare i dati acquisiti in ragione del servizio. A questo punto ci sarebbe da chiedersi quali potrebbero essere anche i risvolti risarcitori di un'esclusione perpetua; sui temi di cui sopra, cfr. A. SORO, *I social network non sono gratuiti, i nostri dati sono il prezzo da pagare*, 14 ottobre 2013.

<sup>94</sup>Un approfondimento necessario sul tema in D. MARINO, *Social media e manipolazione di massa*, cit.; tra le voci giornalistiche cfr., *ex multis*, R. LIGUORI, *Come i social possono influenzare il voto politico*, in "AGI-Agenzia Italia", 30 settembre 2019.

<sup>95</sup>Cfr. G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, cit., pp. 9-10.

<sup>96</sup>A. ANDRONICO, *Governance*, in B. Montanari (a cura di), "Luoghi della filosofia del diritto", Giappichelli, 2009, pp. 259-262. Analoghe preoccupazioni sembrano emergere anche in G. CERRINA FERONI, *Libertà di espressione, Garante privacy: "Troppo potere alle big tech, ecco come intervenire"*, in "Agenda Digitale", 11 maggio 2021, in cui si sostiene persino che la pretesa di acquisire sempre più potere da parte delle piattaforme digitali rischia – oggi – di sfociare anche in pericolose forme di "privatizzazione della giustizia digitale su scala globale".

<sup>97</sup>P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Laterza, 2010, pp. 254-255.

<sup>98</sup>M. MONTI, *Il Code of Practice on Disinformation dell'UE: tentativi in fieri di contrasto alle fake news*, in "MediaLaws", 2019, n. 1, p. 323.

<sup>99</sup>Cfr. E. GRANDE, *I mobili confini della libertà di espressione negli Stati Uniti e il metro della paura*, in "Questione Giustizia", 2015, n. 4, § 2; S. CEDROLA, *Hate speech: il confine tra la libertà di espressione e la censura*, in "Ius in Itinere", 1 giugno 2017, § 5; ma anche J. RINCEANU, *Verso una forma di polizia privata nello spazio digitale? L'inedito ruolo dei provider nella disciplina tedesca dei social network*, in "Sistema Penale", 13 maggio 2022, pp. 21-22; M. MONTI, *Guerra alle fake news, troppe deleghe a Facebook: a rischio il pluralismo informativo*, in "Agenda Digitale", 13 maggio 2020; Id., *Privatizzazione della censura e Internet platforms*, cit., p. 40.

<sup>100</sup>Cfr. M. MONTI, *La disinformazione online*, cit., p. 301.

<sup>101</sup>Importante sul tema M. BASSINI, *Libertà di espressione e social network*, cit., p. 56.

<sup>102</sup>Sul conflitto tra principi di diritto pubblico internazionale e regole applicate dall'*Oversight Board* (e le relative conseguenze) cfr. M. DONATEO, A. POLIMENI, *Facebook Oversight Board, che succede ora? Ecco perché può essere un'arma a doppio taglio*, in "Agenda Digitale", 11 febbraio 2021.

<sup>103</sup>Cfr. M. FRAUNDORFER, *Brazil's Organization of the NETmundial meeting: moving forward in global internet governance*, in "Global Governance", vol. 23, 2017, n. 3, p. 503 ss.; R. ECHEBERRIA, *Brazil needs to involve all stakeholders in Internet governance*, in "Internet Society", 14 August 2017.

<sup>104</sup>Già nell'esperienza della Repubblica di Weimar «Vi fu chi considerò il Consiglio come [...] una sorta di contropotere rispetto al parlamento e che [...] rappresentasse l'avvio di una democrazia organica» G. GOZZI, *Democrazia e pluralismo da Weimar alla Repubblica Federale Tedesca*, in "Scienza & Politica per una storia delle dottrine", vol. 2, 1992, n. 6, p. 88.

<sup>105</sup>Cfr. art. 2, co. 3, l. 10 ottobre 1990, n. 287.

<sup>106</sup>Cfr. F. ZAMPONI, *Diffamazione a mezzo social network e il rischio di collasso del sistema giustizia*, in "Diritto.it", 27 giugno 2019.

<sup>107</sup>Cfr. art. 5, co. 1 e 1-bis, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28.

<sup>108</sup>Sebbene sia escluso che i social network abbiano le responsabilità degli editori, è anche vero che il DSA pone un obbligo di controllo *ex post* dei contenuti pubblicati. In tal senso, allora, sarebbe opportuno che le società che gestiscono piattaforme digitali siano responsabili in solido con chi pubblica il contenuto illecito nel caso in cui decidano di non rimuoverlo o ne ritardino la rimozione.

<sup>109</sup>Cfr. *infra* § 4.3.

<sup>110</sup>Si pensi, ad esempio, al mancato guadagno del giornalista d'inchiesta che rivela un fatto controverso sul suo canale YouTube, dell'artista che pubblica un'opera dai contenuti espliciti su Instagram o del comico che adopera turpiloquio nella sua esibizione in *streaming*: queste figure – per quanto possano recare fastidio ad altri – stanno solamente esercitando un loro diritto e, pertanto, meritano riparo dalle rimozioni e demonetizzazioni illegittime dei propri contenuti.

<sup>111</sup>Si noti, tuttavia, che la disposizione di cui al par. 3 dell'art. 18 del DSA non risulta davvero dissuasiva per la piattaforma che dispone di ingenti capitali.

<sup>112</sup>Si è già rilevato sul punto che spesso l'utente è propenso ad entrare in una *bolla*, condividendo e leggendo solo informazioni che lo appagano.

<sup>113</sup>Che può dipendere da scarsa educazione nell'utilizzo della rete (cfr. AGCOM, *Rapporto sul consumo di informazione*, febbraio 2018; AGID, *Competenze digitali per i cittadini: proposte operative*, 11 marzo 2020), o dall'uso di messaggi sensazionalistici che sfruttano le emozioni dell'utente (cfr. V. AZZOLLINI, *Chi ha paura della libertà di internet?*, cit., p. 8).

<sup>114</sup>Lo stesso *Code of Practice on Disinformation* pare tenere conto di questa distinzione ove afferma che «The notion of "Disinformation" does not include [...] reporting errors».

<sup>115</sup>Perplessità sono state mostrate tanto al controllo umano (M. MONTI, *Fake news e social network*, cit., p. 88), quanto all'attività svolta da algoritmi (così G. MARCHETTI, *Le fake news e il ruolo degli algoritmi*, in "MediaLaws", 2020, n. 1, p. 33; M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet platforms*, cit., pp. 38-39).

<sup>116</sup>L'idea di un Ente specializzato è stata criticata come latrice del "Tribunale della verità" da voci autorevoli (*ex multis* cfr. A. SORO, *Il giusto rimedio contro le fake news*, in "La Repubblica", 8 marzo 2017). Lo stesso Pitruzzella, inoltre, pur proponendola si dice "non affezionato" all'idea di istituire un'autorità specializzata (cfr. G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, cit., p. 26).

<sup>117</sup>La figura di un garante contro la disinformazione è stata ipotizzata tanto come autorità che collabora con i *fact-checkers* (così G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, cit., p. 26), quanto come Autorità garante del digitale di rinforzo all'opera di altre autorità esistenti (Garante per la privacy, Garante della concorrenza e del mercato e AGCOM) per il corretto uso di Internet e la tutela del pluralismo e della trasparenza dell'informazione (cfr. D.



MARINO, *Social media e manipolazione di massa*, cit.; cfr. anche S. FOA, *Pubblici poteri e contrasto alle fake news. Verso l'effettività dei diritti aletici?*, in "Federalismi.it", 24 aprile 2020, p. 264).

<sup>118</sup>Così sarebbero superati anche i limiti della legge tedesca, in quanto i social network dovrebbero attivarsi solo per segnalare la presenza di contenuti di dubbia liceità all'autorità garante (sospendendone momentaneamente la visibilità), ed eseguirne la cancellazione o il ripristino dopo la sua pronuncia.

<sup>119</sup>L'istituzione dell'*Oversight Board* rischia di far riaffiorare le preoccupazioni palesate da Andronico (cfr. § 4.1.1.), in quanto sembra riprendere l'idea dell'appropriazione delle prerogative giudicanti presenti nelle Signorie medievali, strappan-

do illegittimamente dalle mani dello Stato uno dei tre poteri che la cultura filosofico-giuridica della modernità gli ha affidato. In merito al funzionamento dell'organismo, poi, va rilevato che non sembra neanche aderire ai valori di tutela del singolo e certezza del diritto. Infatti, lo stesso procedimento di decisione è anomalo, in quanto – a fronte del brevissimo termine perentorio entro cui l'utente può proporre ricorso (15 giorni) – non vi è alcuna certezza sul *se* e sul *quando* una decisione verrà presa, perché «l'Oversight Board stabilisce quali casi verranno esaminati» (cfr. *Procedura di ricorso*, § 02). Non si trascuri, infine, che l'organismo non può essere considerato nemmeno come arbitro, in quanto assume decisioni su diritti indisponibili, in violazione dell'art. 806, co. 1, c.p.c.

\* \* \*

### **Struggle to the fake news: from the state of the art to a regulatory perspective for “digital living” on the sidelines of the Digital Services Act**

**Abstract:** The article aims to offer a starting point for reflection on the current regulatory framework of the struggle to the fake news phenomenon and the dangers it entails, with the dual purpose of identifying the aspects of strength and fragility that the current regulatory framework offers and to identify the best way to better protect the subjects involved. Credit is given to the EU legislator for having prepared the dual proposal for regulation of the DSA and DMA and for having had the courage to affirm its sovereignty in the field of digital relationships, with the hope that the approval process will lead also to the enhancement of a multi-stakeholder governance approach for self-regulation and to establish a specific guarantor authority to combat the phenomenon of *private censorship* too.

**Keywords:** Fake news – Info-war – Protection of rights – Information Guarantor Authority