LA TUTELA PENALE DELLA LIBERTÀ DI MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO NELL'EPOCA DELLE *FAKE* NEWS E DELLE *INFODEMIE*[*]

dis CRIMEN articoli
15.6.2020

Tommaso Guerini

SOMMARIO 1. Ambientamento. — 2. Una possibile tassonomia delle *fake news* in relazione al diritto penale. — 2.1. Una breve digressione nella contemporaneità: epidemie, infodemie e *fake news*. — 3. I modelli comparatistici di regolamentazione delle *fake news* tra Europa, Asia e Russia. — 3.1. Libertà di manifestazione del pensiero e *disinformation* nel quadro convenzionale europeo. — 3.2. Il modello francese. — 3.3. Il modello tedesco. — 3.4. *Fake news* e *cyberspace law* nel quadrante asiatico. — 3.5. L'apparente paradosso russo. — 4. Libertà di manifestazione del pensiero e *fake news* nell'ordinamento italiano. — 5. La scriminante dell'esercizio di un diritto davanti all'enigma della postverità. — 6. 'Punire' le *fake news*? — 6.1. Istanze di criminalizzazione digitale e populismo penale. — 6.2. I rischi connessi alla tutela penale dei 'diritti aletici'. — 6.3. Stampa libera e postdemocrazia. — 7. Il ruolo del diritto penale nella prospettiva di un piano d'azione multilivello volto ad arginare la diffusione di *fake news* garantendo il pluralismo informativo.

1. Ambientamento

La disamina in una prospettiva penalistica di un fenomeno cangiante come la manipolazione informativa realizzata mediante strumenti digitali impone di fissare alcune coordinate sulla base delle quali sviluppare un ragionamento che rischia al-

[*] Si tratta del testo, rivisto e aggiornato, della relazione al convegno "*Diritto penale e paradigma liberale. Tensioni e involuzioni nella contemporaneità*", svoltosi presso la Certosa di Pontignano (SI), il 24 e 25 maggio 2019, i cui atti sono in corso di pubblicazione nel numero XL della collana di studi "Pietro Rossi" nuova serie del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Siena, edita da Pacini Giuridica. Nelle more della pubblicazione degli atti del Convegno è stato pubblicato il nostro T. GUERINI, *Fake news e diritto penale. La manipolazione digitale del consenso nelle democrazie liberali*, Torino, 2020 nel quale sono state sviluppate alcune delle tesi già esposte in quella sede e al quale ci permettiamo di rinviare sin d'ora per ogni ulteriore approfondimento. Pochi mesi dopo l'uscita di quel volume, l'Italia, come gran parte del mondo, è stata colpita dall'emergenza derivante dalla diffusione della pandemia da COVID-19. Ho pertanto ritenuto di ampliare e rivedere il testo originario relazione di Pontignano, alla quale sono state aggiunte alcune riflessioni sul rapporto tra epidemie e *fake news*, nella prospettiva di tutela di quella peculiare forma di rischio che l'Organizzazione Mondiale della Sanità ha collegato alle cd. *Infodemie* (v. *infra*, § 2.1).

trimenti di disperdersi nelle pieghe di un ecosistema estremamente vasto e in gran parte inesplorato.

La disamina del ruolo che il formante[1] tecnologico sta svolgendo nella riscrittura dei codici di base dell'ordinamento giuridico è oggi al centro di un dibattito che coinvolge ormai tutti i settori del diritto e che presenta profili peculiari – e inquietanti – se si assume come punto di vista quello del diritto penale, il cui paradigma fondamentale si fonda su una visione antropocentrica e personologica[2].

D'altronde, l'epoca della *quarta rivoluzione*[3], definita anche *rivoluzione tecnologica* o *rivoluzione grafica*[4], nella quale i codici numerici si sostituiscono a quelli linguistici, aprendo la strada a un diritto non più *prevedibile*[5], ma *predittivo*[6], coin-

[1] Locuzione che utilizziamo nell'accezione elaborata da R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, II Ed., Torino, 1993, 36 ss.

[2] Lo ha recentemente osservato V. MANES, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in *www.discrimen.it*, 15 maggio 2020. Per un approfondimento sul rapporto tra Intelligenza Artificiale e diritto penale si vedano anche le riflessioni di F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, in *Dir. pen. uomo*, 27 settembre 2019 e R. BORSARI, *Intelligenza Artificiale e responsabilità penale: prime considerazioni*, in *MediaLaws*, 3-2019, 262 ss.

[3] È una tesi elaborata dal filosofo Luciano Floridi, il quale sostiene che a partire dal 1936, quando il matematico inglese Alan Turing dette alle stampe il saggio *"On Computable Numbers*" (A. TURING, *On Computable Numbers, with an Application to the Entscheidungsproblem*, in *Proceedings of the London Mathematical Society*, Volume s2-42, Issue 1, 1937, 230 ss. Disponibile all'indirizzo: *www.cs.virginia.edu.*) si sia aperta una nuova fase nella storia umana. Una *quarta rivoluzione*, appunto, che segue alla *prima rivoluzione*, dovuta all'opera di Copernico (*Sulla rivoluzione dei corpi celesti*, 1543) che determinò il primo radicale ripensamento del ruolo dell'uomo nell'Universo; alla *seconda rivoluzione*, avvenuta nel 1859, quando Charles Darwin pubblicò *L'origine della specie*, dimostrando che ogni essere vivente è il frutto di una evoluzione nel tempo, attraverso un processo di selezione naturale, rimuovendo l'essere umano dalla posizione di baricentro del regno biologico; infine alla *terza rivoluzione*, dovuta al pensiero di Sigmund Freud, il quale, attraverso lo sviluppo del pensiero psicoanalitico, mise in crisi la visione dell'uomo rispetto a sé stesso. Il pensiero e l'opera di Turing avrebbero invece dato vita alla *quarta rivoluzione*, deponendo l'uomo dalla posizione privilegiata ed esclusiva che esso ricopriva "*nel regno del ragionamento logico, della capacità di processare informazioni e di agire in modo intelligente*. L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo,* Milano, 2017, 99-105. Di recente, l'Autore è tornato sul tema – affrontando il problema di come la filosofia possa essere chiamata a svolgere un ruolo nel dare un senso ai cambiamenti che la rivoluzione dell'infosfera sta determinando negli esseri umani – con il saggio L. FLORIDI, *Pensare l'infosfera. La filosofia come design concettuale*, Milano, 2020.

[4] *Révolution graphique*, secondo la definizione proposta da A. GARAPON-J. LASSÈGUE, *Justice digitale*, Paris, 2018, 16 ss.

[5] Sul principio di prevedibilità-accessibilità di cui all'art. 7 CEDU, si vedano, senza pretesa di completezza: F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 19 dicembre 2016. Sul problema della identificazione dei contenuti e dei connotati del principio di prevedibilità si veda anche il recente contributo di F. CONSULICH *Così è (se vi pare). Alla*

cide con l'era del diritto penale *totale*[7], che si caratterizza a sua volta per l'esistenza di una relazione di tipo *biunivoco* tra fenomeni sociali e diritto penale.

Assunta questa prospettiva, le trasformazioni costanti di una realtà sempre più difficile da incasellare nelle categorie del pensiero classico rischiano di determinare non soltanto la liquefazione dei dogmi[8] su cui si è retto il paradigma liberale e costituzionalmente orientato del diritto penale – oggi sempre più apertamente messo in discussione[9] – ma, anche alla luce della sempre maggiore *polarizzazione*[10] dei fenomeni sociali, di minare le fondamenta stesse di un sistema punitivo che si vorrebbe razionale, basato sulla certezza della legge e sul suo valore universale.

Di fronte a uno scenario così problematico, occorre interrogarsi su quali siano gli spazi concreti per riaffermare i principi fondamentali su cui si erige l'edificio concettuale del diritto penale costituzionalmente orientato e ciò sia con riferimento alle nuove esigenze di tutela che si sviluppano nel *cyberspazio*, sia rispetto ai nuovi soggetti che in esso convivono con gli esseri umani, come le *Artificial Intelligence*[11].

Nelle pagine che seguono, affronteremo un piccolo tassello di questo mosaico, esaminando un profilo limitato, ma a nostro parere fondamentale, che vede fronteggiarsi un principio fondamentale, il diritto di manifestare liberamente il proprio pen-

ricerca del volto dell'illecito penale, tra legge indeterminata e giurisprudenza imprevedibile, in *Sist. pen.*, 10 aprile 2020.

[6] *Ivi,* 221 ss. Un diritto nel quale ci si interroga con sempre maggiore frequenza sulle implicazioni che possono derivare dallo sviluppo delle capacità predittive degli algoritmi e delle cd. *Artificial Intelligence* (AI). Sul punto, si rimanda allo scritto di E. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, cit.; riflette invece sui reati commessi "a mezzo algoritmo" nel settore dei reati finanziari F. CONSULICH, *Il nastro di Möbius. Intelligenza artificiale e imputazione penale nelle nuove forme di abuso del mercato*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2-2018, 195 ss.

[7] Secondo la definizione elaborata da F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, Bologna, 2019.

[8] Lo ha osservato di recente Francesco Palazzo, in F. PALAZZO-F. VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*. Bologna, 2018, 130. Sugli effetti che la perdita di fiducia nei postulati fondamentali del pensiero illuminista determina sulla teoria della pena, si veda di recente lo scritto di G. COCCO, *Appunti per una giustificazione liberale della pena*, in *Sist. pen.*, 8 maggio 2020.

[9] Si vedano, da ultimo, le riflessioni di G. INSOLERA, *Declino e caduta del diritto penale liberale*, Pisa, 2019, in particolare 7, 105 ss.

[10] Si vedano, da ultimo, le considerazioni espresse da E. KLEIN, *Why We're Polarized*, New York, 2020. Il ruolo dei *social network* rispetto al fenomeno della polarizzazione è da tempo studiato, anche da parte delle stesse *social media company*. Tuttavia, è stato recentemente reso noto che *Facebook*, dopo avere studiato al proprio interno alcuni possibili rimedi alla sempre maggiore polarizzazione dei propri utenti, abbia abbandonato ogni iniziativa per rendere il proprio spazio virtuale meno divisivo. v. J. HOROWITZ-D. SEETHARAMAN, *Facebook Executives Shut Down Efforts to Make the Site Less Divisive*, in *www.wsj.com*, 26 maggio 2020.

[11] Per tutti: J. KAPLAN, *Intelligenza artificiale*, Roma, 2017.

siero, definito la *pietra angolare dell'ordine democratico*[12], con nuove forme di aggressione e nuove forme di tutela, entrambi capaci, in assenza di un attento bilanciamento, di comprimere le libertà fondamentali del cittadino.

Del resto, come ammoniva Lawrence Lessig nell'*incipit* di un testo ormai *classico*: "*every age has its potential regulator, its threat to liberty*"[13] e non siamo certi i primi ad osservare che le campagne di disinformazione massiva realizzate tramite Internet rappresentano una delle forme più subdole e pericolose di aggressione a beni giuridici individuali e collettivi di rango primario[14].

Svolta questa premessa, occorre prendere atto del problema della definizione dell'oggetto di studio[15] e più precisamente il corretto significato da attribuire sul piano

[12] Corte Cost., 17 aprile 1969, n. 84. Sul ruolo che il principio in esame assume rispetto al principio democratico, limitatamente all'ordinamento italiano, si vedano, senza pretesa di completezza, A. BALDASSARRE, *Libertà di stampa e diritto di informazione nelle democrazie contemporanee*, in *Pol. dir.*, 1986, 584; M. LUCIANI, *La libertà di informazione nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Pol. dir.*, 1989, 606.

[13] L. LESSIG, *Code is law. On Liberty in Cyberspace*, New York, 1999. Secondo Lessig, l'epoca contemporanea è quella del cyberspazio; essa, come quelle precedenti, ha un proprio elemento regolatore, il quale è potenzialmente idoneo a mettere in pericolo le libertà individuali. Questo regolatore è il codice, ovvero l'insieme di software e hardware che delineano l'architettura del cyberspazio, determinando sia le modalità con le quali proteggere la privacy, sia quelle che consentono di censurare la manifestazione del pensiero; il codice determina la possibilità di concedere libero accesso all'informazione sulla rete, oppure quella di limitarlo in determinate aree del globo. Esso decreta ciò che può essere visto e ciò che può essere controllato dalle pubbliche autorità; pertanto, queste ultime devono essere in grado di regolarlo. Tuttavia – ragiona l'Autore – saremmo così ossessionati dall'idea tradizionale per cui libertà significa libertà dal Governo, da non accorgerci che a nuovi spazi corrispondono nuovi elementi regolatori, rinunciando così a comprendere in quali modi può oggi essere limitata la nostra libertà e ad individuare gli strumenti giuridici per proteggerla.

[14] Parla esplicitamente di "*arma*" E. PERRUCCHIETTI, *Fake news. Dalla manipolazione dell'opinione pubblica alla post-verità. Come il potere controlla i media e fabbrica l'informazione per ottenere consenso*, Bologna, 2018. Nella letteratura penalistica, si è di recente confrontato con questo tema S. DE FLAMMINEIS, *Diritto penale, beni giuridici collettivi nella sfida delle fake news: principio di offensività ed emergenze*, in *Sist. pen.*, 12 giugno 2020.

[15] La natura sfuggente del fenomeno è messa in luce, tra gli altri, dallo psicologo della comunicazione Giuseppe Riva, nel suo G. RIVA, *Fake news*, Bologna, 2018, 7. Nonostante la sua diffusione, infatti, anche nella comunità scientifica dei linguisti non è ancora stata raggiunta una posizione unanime sulla qualificazione delle *fake news* come neologismo: ad esempio, nel 2017, i compilatori del Dizionario statunitense Merriam-Webster informarono i propri lettori di come fosse "*improbabile che le* fake news *vengano definite nel nostro dizionario nel prossimo futuro (…) perché si tratta di un accoppiamento auto-esplicativo; così come non è prevista una voce per definire* red car*, in quanto si tratta soltanto di una macchina che ha la caratteristica di essere rossa*" (In questo caso, la locuzione viene adottata con il significato di "*resoconti giornalistici intenzionalmente falsi o ingannevoli*". (*News reports that are intentionally false or misleading*". Cfr.: *www.merriam-webster.com*). Di diverso parere i curatori del *Collins Dictionary*, che nello stesso anno selezionarono la voce *fake news* come *Word of the year* (Cfr. *www.collinsdictionary.com*); quelli dell'*Oxford Dictionary*, che hanno di

semantico – prima ancora che in una prospettiva giuridica – al sintagma "*fake news*".

Taluni ordinamenti hanno introdotto una definizione normativa del concetto di *fake news*, che, ad esempio, secondo l'art. 2 dell'*Anti-fake news Act 2018* vigente in Malesia, consistono in "*notizie, informazioni, dati e resoconti, che sono o sono totalmente o parzialmente falsi, sotto forma di contenuti, immagini o registrazioni audio o in qualsiasi altra forma in grado di insinuare parole o idee*"[16].

Si tratta tuttavia di definizioni spesso funzionali ad estendere – o a ridurre – l'ambito di applicazione di norme *lato sensu* censorie, non particolarmente efficaci in una prospettiva euristica<.

Nell'elaborazione di una nozione *penalisticamente orientata* del concetto, un utile punto di partenza è dato dalla definizione offerta dall'Enciclopedia Treccani, secondo la quale il termine *fake news* indica una locuzione *entrata in uso nel primo decennio del XXI secolo per designare un'informazione in parte o del tutto non corrispondente al vero, divulgata intenzionalmente o inintenzionalmente attraverso il Web, i media o le tecnologie digitali di comunicazione, e caratterizzata da un'apparente plausibilità, quest'ultima alimentata da un sistema distorto di aspettative dell'opinione pubblica e da un'amplificazione dei pregiudizi che ne sono alla base, ciò che ne agevola la condivisione e la diffusione pur in assenza di una verifica delle fonti*"[17].

Si tratta di un utile punto di riferimento per elaborare una definizione convenzionale di *fake news* che possa esserci utile nel prosieguo del testo, nell'ambito del quale utilizzeremo il termine *fake news* per indicare "*un'informazione in parte o del tutto non corrispondente al vero, prodotta e divulgata intenzionalmente o inintenzionalmente attraverso il Web, i media o le tecnologie digitali di comunicazione, e caratterizzata da un'apparente plausibilità, quest'ultima alimentata da un sistema distorto di aspettative dell'opinione pubblica e da un'amplificazione dei pregiudizi che*

recente adottato la seguente definizione: "*falsi resoconti di eventi, scritti e letti su siti* web" (Letteralmente: "*false reports of events, written and read on websites*". Cfr.: *www.oxfordlearnersdictionaries.com*.); nonché quelli del *Cambridge Advanced Learner's Dictionary & Thesaurus*, secondo i quali le *fake news* sarebbero "*storie false che sembrano essere notizie, diffuse su Internet o tramite altri media, di solito create per influenzare le opinioni politiche o in forma di scherzo*" ("*False stories that appear to be news, spread on the internet or using other media, usually created to influence political views or as a* joke". Cfr.: www.*dictionary.cambridge.org*.).

[16] Questo il testo riportato nella traduzione ufficiale in lingua inglese della legge: "*any news, information, data and reports, which is or are wholly or partly false, whether in the form of features, visuals or audio recordings or in any other form capable of suggesting words or ideas*". Il testo completo è consultabile all'indirizzo: *www.federalgazette.agc.gov*.

[17] *www.treccani.it/enciclopedia/fake-news*.

ne sono alla base, che ne agevola la condivisione e la diffusione pur in assenza di una verifica delle fonti, *tale da ledere beni giuridici individuali, come l'onore e la reputazione, ovvero finalizzata ad incidere, direttamente o indirettamente, sulla libertà dei cittadini di esercitare il diritto di voto e ad incidere sul corretto funzionamento delle istituzioni democratiche*".

In questo senso, oltre ai dati di contesto già richiamati – evoluzione tecnologica e peculiarità dell'attuale ecosistema del *web* – vengono in rilievo aspetti che riguardano la *struttura* delle *fake news* (elemento *ontologico*), che non sono *notizie* in senso proprio – ovvero, fatti preesistenti all'attività informativa, conosciuti da un soggetto più o meno professionale e poi diffusi al pubblico – e nemmeno *notizie false* in senso tradizionale, bensì un *prodotto* elaborato da esperti di scienze comportamentali e delle comunicazioni, che operano su una materia prima – il *surplus* di dati personali[18] – raccolta lecitamente o illecitamente in Internet, il cui utilizzo è finalizzato (elemento *teleologico*) a ingannare un vasto numero di soggetti, al fine di realizzare un profitto economico ovvero, più frequentemente, a incidere sulla libertà di formazione del consenso in ambito politico-elettorale[19].

[18] Su come i dati personali in eccesso – ovvero non strettamente necessari al miglioramento di beni o servizi utili per gli utenti della rete – siano alla base della creazione di *prodotti predittivi*, ottenuti grazie a processi di lavorazione avanzati compiuti da *intelligenze artificiali*, si rimanda al volume di S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism*, New York, 2019 (trad., *Il capitalismo della sorveglianza*, Roma, 2019), 18 ss.

[19] Non tratteremo quindi – quantomeno non in forma diretta – i fenomeni del *negazionismo*, dei discorsi d'odio (*hate speech*) e dei reati di opinione. Quanto al primo tema, nonostante la letteratura più attenta (E. FRONZA, *Il negazionismo di terza generazione. Dalla tutela della memoria alla tutela della verità?*, in *Dir. pen. cont. riv. trim.*, 4-2018, 333) abbia avuto modo di osservare come, anche a causa dei meccanismi acceleratori determinati dalla dimensione del *web*, dalla matrice del negazionismo storico stanno nascendo forme di *denialism* di nuova generazione – che spaziano dal terrapiattismo, all'idea che l'AIDS sia una invenzione – e che, di conseguenza, vi è una forte connessione tra fenomeno negazionista e disinformazione, in quanto l'uno utilizza le tecniche dell'altro e viceversa, siamo persuasi che la sua dimensione attenga alla tutela della *memoria* – sia pure in una dimensione eminentemente *politica* – mentre la dimensione delle *fake news* attiene a dinamiche manipolatorie più ampie, che potrebbero far ipotizzare l'esistenza di un rapporto da genere a specie. Quanto alla letteratura che si è occupata del fenomeno, limitandoci a quella di lingua italiana, si v., sul fenomeno in generale: E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012; ID., *Negazionismo (diritto penale)* (voce), in *Enc. dir. Annali*, Vol. VIII, Milano, 2015, 644 ss.; ID., *Memory and Punishment*, Berlin, 2018. Per quanto attiene all'aggravante di *negazionismo* (art. 3 c. 3-*bis* l. 654/1975), si v. D. BRUNELLI, *Attorno alla punizione del* negazionismo, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2-2016, 978 ss.; A. CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo. I principi di offensività e libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2-2016, 999 ss.; E. FRONZA., *Prime osservazioni critiche sulla nuova aggravante di negazionismo*, in *Parola alla difesa*, 1-2016, 63 ss.; D. PULITANÒ, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in *Dir. pen. cont. riv. trim.*, 4-2015, 325 ss. Sul

Si tratta di elementi che ci portano a formulare un'ulteriore considerazione.

Qualsiasi ragionamento sul rapporto tra diritto penale e *fake news* non può prescindere dall'analisi della dimensione tecnologica, socio-culturale ed economica del fenomeno.

Nell'attuale momento storico, la stragrande maggioranza dei cittadini che vivono nelle cd. *democrazie occidentali* è iscritta almeno a un *social network*, connesso al quale trascorre numerose ore della propria giornata per svolgere innumerevoli attività – inviare messaggi, guardare video, cercare e condividere informazioni – che comportano la costante diffusione di dati personali di ogni genere, i quali vengono sistematicamente immagazzinati e analizzati per essere utilizzati da colui che li ha raccolti o più frequentemente ceduti a soggetti terzi, i quali a loro volta li potranno utilizzare per le finalità più disparate.

È un epifenomeno dell'evoluzione economica del *web*, che a dispetto dispetto delle prime illusioni *cyberlibertarie*, è oggi dominato da veri e propri Giganti, che si dividono il mercato oscillando tra logiche *monopolistiche* – sul piano formale, ciascuna azienda presidia uno specifico settore di attività, creando barriere all'accesso da parte dei concorrenti – e *oligopolistiche* – sul piano sostanziale, tutti competono nello stesso mercato *sotterraneo* della raccolta e della vendita dei dati a fini pubblicitari.

A questo si aggiunga che la rete non è una entità fissa e immutabile, ma il frutto di una interazione tra macchine meccaniche – i *computer*, i cavi, i *router* – mac-

tema degli *hate speech*, si rimanda alla ricca trattazione di L. GOISIS, *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Napoli, 2019. Infine, in materia di reati di opinione si v.: M. TARANTINO, *I cosiddetti "reati di opinione" e il diritto costituzionale alla libera manifestazione del pensiero*, in *Giust. pen.*, 1970, 443 ss.; L. FERRAJOLI, *Un referendum abrogativo dei reati di opinione*, in *Dem. e dir.*, 1970, 319 ss.; C. FIORE, *I reati di opinione*, Padova, 1972; ID., *I limiti di espressione dell'antagonismo politico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 893 ss.; A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero: linee di riflessione teorica e profili di diritto comparato come premesse a uno studio sui reati di opinione*, Milano, 1988; L. ALESIANI, *I reati di opinione: una rilettura in chiave costituzionale*, Milano, 2006; D. NOTARO, *L. 24/2/2006 n. 85: modifiche al codice penale in materia di reati di opinione: analisi*, in *Leg. pen.: testi, analisi e rassegne*, 2006, 402 ss.; D. PULITANÒ, *Riforma dei reati di opinione?*, in *Corr. giur.*, 2006, 745 ss.; ID., *Sulla legittimità dei reati di opinione nella proposta Mastella*, in *Quad. costit.*, 2007, 371 ss.; M. PELISSERO, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 960 ss.; A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 2-689 ss.; C. MELZI D'ERIL, *La complessa individuazione dei limiti alla manifestazione del pensiero in Internet*, in *Dir. inform.*, 2011, 571 ss.; R. CAPPITELLI, *Il reato di propaganda di idee fondate sull'odio razziale o etnico all'esame della giurisprudenza di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2016, 1011 ss.; M. PAPA, *I limiti di espressione dell'antagonismo politico: spunti di discussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3-2016, 902 ss.; D. PICCIONE, *L'espressione del pensiero ostile alla democrazia, tra diritto penale dell'emotività e psicologia collettiva*, in *Riv. dir. media*, 3-2018, 3.

chine semiotiche – codici e linguaggi – e macchine biologiche – gli esseri umani – il cui ruolo è ancora centrale[20].

Poiché, come insegna il semiologo Marshall McLuhan, il *media è il messaggio*[21], complice un percorso già avviato negli anni Ottanta del Novecento[22], quando è avvenuta la trasformazione della televisione commerciale in *reality tv*[23], l'evoluzione del *web* ha definitivamente abbattuto la barriera tra operatori professionali – giornalisti, editori – e fruitori di notizie – lettori, telespettatori – stravolgendo il settore dell'informazione.

La rottura degli argini tra informazione *professionale* e *sentimento popolare* ha determinato un mutamento epocale, determinatosi nel volgere di pochi decenni.

Come è stato sostenuto in un fortunato volume dallo studioso americano Tom Nichols, stiamo assistendo alla *fine dell'idea stessa di competenza*, che è frutto di qualcosa di peggiore della mera ignoranza: "*si tratta di una arroganza infondata, dello sdegno di una cultura sempre più narcisistica che non riesce a sopportare neanche il minimo accenno di diseguaglianza, di qualsiasi tipo essa sia*"[24].

Le ricadute di questa tendenza sul sistema dell'informazione sono particolarmente evidenti.

I media tradizionali, che per oltre due secoli hanno prosperato sul modello di

[20] IPPOLITA, *La rete è libera e democratica. Falso!*, Roma-Bari, 2014, 3.

[21] M. MCLUHAN, *The medium is the message*, in *Understanding Media: The Extensions of Man*, New York, 1964. (ed. it., *Capire i media. Gli strumenti del comunicare*, Milano, 2011).

[22] Quando nacque quella che Umberto Eco definì *neotelevisione*, una nuova forma di tv, che "*mostra al pubblico di Piacenza la gente di Piacenza, riunita per ascoltare la pubblicità di un orologiaio di Piacenza, mentre un presentatore di Piacenza fa battute grasse sulle tette di una signora di Piacenza che accetta tutto per essere vista da quelli di Piacenza mentre vince una pentola a pressione*". U. ECO, *Tv: la trasparenza perduta*, ora in: ID., *Sette anni di desiderio*, Milano, 1983, 163 ss.

[23] Con riferimento alla quale, in uno scritto ormai *classico*, il filosofo austriaco Karl Popper ammoniva sui rischi insiti nell'affidare a quella *cattiva maestra* l'educazione dei bambini, osservando che l'abuso di quel mezzo stava educando generazioni di futuri cittadini alla violenza. K. POPPER, *Cattiva maestra televisione*, Venezia, 2002, 69 ss. Secondo Popper, sarebbe stato necessario affidare il compito di sovrintendere alla concessione e al ritiro di queste *patenti* a un organismo indipendente, che definiva come una specie di Corte. La concessione della patente televisiva sarebbe stata subordinata alla frequentazione di un corso, nel quale il candidato avrebbe appreso l'importanza di un modo civilizzato di comportarsi, che coincide con l'eliminazione della violenza. Per evitare di incorrere in provvedimenti censori – del tutto inconciliabili con la sua visione liberale – Popper proponeva di istituire una sorta di *patente* per chiunque fosse in qualche modo collegato alla produzione televisiva; "*una licenza, un brevetto, che gli possa essere ritirato a vita qualora agisca in contrasto con certi principi*". *Ivi*, 80.

[24] T. NICHOLS, *The Death of Expertise: The Campaign Against Established Knowledge and Why it Matters*, Oxford, 2017 (trad. *La conoscenza e i suoi nemici*, Roma, 2017; ad essa si riferiscono le citazioni nel testo), 19.

una comunicazione verticale delle informazioni, propalate da un produttore ad una vasta platea di consumatori, sono oggi soppiantati da un *ipermedium* che applica un modello di tipo *orizzontale* e *reticolare*, nel quale tutti gli utenti, in costante connessione tra loro, sono al contempo produttori e consumatori di notizie.

L'*Agenda setting* non è più appannaggio di una *casta* di competenti selezionati attraverso meccanismi tradizionali – come il praticantato e l'esame di abilitazione – e sottoposti alla vigilanza di un ordine professionale: essa appartiene a chiunque possa contare su una rete sociale sufficientemente ampia da promuoverlo da semplice utente a *influencer*[25].

Non solo.

Gran parte delle esigenze di vita vengono oggi assolte attraverso servizi *on-line* e il periodo di *lockdown* disposto in numerosi paesi a seguito del diffondersi dell'epidemia da Covid-19 ha dato un'ulteriore accelerazione a questa tendenza: dalla didattica scolastica e universitaria, fino all'acquisto di beni e servizi essenziali, passando per l'amministrazione della giustizia, vi è stata una generale *migrazione* nell'universo digitale, dalla quale non è realistico pensare si tornerà indietro.

Il mondo analogico, per come lo hanno conosciuto le generazioni che ci hanno preceduto, è ormai tramontato e stiamo assistendo all'alba di una nuova era digitale, nella quale si aprono innumerevoli piani di lavoro per i giuristi, dalla tutela della *privacy*, al riconoscimento dell'identità digitale[26], fino alla ridefinizione dei sistemi di prevenzione e repressione di condotte criminose che si sviluppano integralmente nel *cyberspazio*[27].

Per completare queste considerazioni introduttive, occorre considerare un peculiare meccanismo, a nostro avviso inscindibilmente connesso alla straordinaria fortuna che incontrano i diffusori di notizie false mediante la rete: la libertà di un utente all'interno della rete è inversamente proporzionale alla crescita della rete stessa.

---

[25] Si starebbe così verificando una crisi anche nell'immaginario collettivo, dovuta al tramonto del modello divistico, che ha impregnato gran parte della cultura di massa del Novecento, legato all'immaginario cinematografico dell'epoca d'oro di Hollywood. Oggi, alla *casta* dei divi del cinema si sostituiscono i *selfie* e i *like* sui *social network*. M. VALERII-S. MARCELLI, *I media digitali e la fine dello* star system, introduzione al Quindicesimo Rapporto sulla comunicazione del CENSIS, Roma, 2019, 19.

[26] Per un approfondimento sul tema, si rimanda a G. FINOCCHIARO (a cura di), *Diritto all'anonimato. Anonimato, nome e identità personale*, in F. Galgano (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Vol. XLVIII, Padova, 2008.

[27] Su questi temi, si veda per tutti L. PICOTTI, *Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione d'insieme*, in AA.VV. (diretto da A. Cadoppi-S. Canestrari-A. Manna-M. Papa), *Cybercrime*, Milano, 2019, 33 ss.

Questo apparente pareadosso si spiega in ragione dell'azione combinata di Internet, dei *cookie*, degli algoritmi che favoriscono ricerche personalizzate tramite *Google* e dei *news feed* su *Facebook*, grazie alle quali si finisce per vivere in un mondo virtuale cucito su misura.

Si tratta di un meccanismo particolarmente insidioso, basato su un elemento di per sé positivo – la personalizzazione consente di risparmiare tempo ed energie, consentendo a ciascun utente di concentrarsi su ciò che è di suo effettivo interesse, lasciando da parte ciò che invece non lo è – ma che finisce per tradursi in una limitazione di libertà una volta moltiplicato su scala globale, facendo sì che il *World Wide Web* assomigli di più ad una stanza chiusa che a una società aperta.

Si creano così le *Echo Chamber*: vere e proprie camere di risonanza nelle quali ciascuno troverà solo ciò che più gli piace, confrontandosi esclusivamente con coloro i quali condividono gli stessi interessi e la stessa visione del mondo[28].

L'effetto distorsivo è quindi dato dall'interazione di due fattori: il formante tecnologico tende a creare quelle che sono state definite *filter bubble*[29], cercando di offrire agli utenti esclusivamente i contenuti che possono interessargli, al fine di realizzare una personalizzazione sempre più accurata, che aumenta il valore dei dati raccolti; contemporaneamente, i cittadini-utenti trovano molto più rassicurante evitare il dialogo con chiunque la pensi diversamente riguardo un qualsiasi campo del sapere (politico, artistico, sportivo ecc.), rinchiudendosi in una realtà virtuale sempre più asfittica.

Le architetture digitali tendono al controllo, registrando e ricordando ogni attività che viene compiuta su Internet; ciononostante, sono gli esseri umani a modellare la forma di quelle architetture[30] e a rinchiudersi volontariamente in un avveniristico *Panopticon digitale*[31].

---

[28] W. QUATTROCIOCCHI-A. VICINI, *Misinformation*, Milano, 2016, 66-67.

[29] Il neologismo è stato elaborato da E. PARISER, *Il filtro. Quello che internet ci nasconde*, Milano, 2012.

[30] A. KEEN, *Internet non è la risposta*, Milano, 2012, 171.

[31] Per comprendere le dinamiche più profonde che si celano dietro questa figura, giova riprendere sul punto alcune considerazioni di Michel Foucault. Attraverso il dispositivo panoptico – la cui ideazione si deve a Jeremy Bentham – caratterizzato dalla predisposizione di unità spaziali isolate tra loro, con al centro una torre nella quale si trova un sorvegliante, "*il principio della segreta viene rovesciato; o piuttosto delle sue tre funzioni – rinchiudere, privare della luce, nascondere – non si mantiene che la prima e si sopprimono le altre due. La piena luce e lo sguardo di un sorvegliante capitano più di quanto facesse l'ombra, che, alla fine, proteggeva. La visibilità è una trappola. (…) di qui l'effetto principale del* Panopticon*: indurre nel detenuto uno stato cosciente di visibilità che assicura il funzionamento automatico del potere. Far sì che la sorveglianza sia permanente nei suoi effetti, anche se*

2. Una possibile tassonomia delle *fake news* in relazione al diritto penale

La complessità del contesto impone, per compiere un passo avanti nella nostra analisi di operare una categorizzazione delle *fake news* in prospettiva penalistica.

Secondo un modello elaborato negli Stati Uniti da Claire Wardle, una delle più autorevoli studiose di *user generated content*[32], si possono distinguere sette diversi tipi di notizie che hanno il carattere della *disinformation* o della *misinformation*[33], che si distinguono in quanto nel primo caso è presente un intento ingannatorio, assente invece nel secondo[34].

Due i casi che possiamo definire come estremi, riscontrabili qualora vengano espressamente manipolati un contenuto informativo, un'immagine o un filmato, al fine di ingannare il pubblico (*manipulated content*), ovvero nel caso di fabbricazione di una notizia falsa (*fabricated content*), che si verifica in tutte quelle circostanze in

discontinua nella sua azione; (…) in breve, che i detenuti siano presi in una situazione di potere di cui sono essi stessi portatori". Il potere diviene così *visibile* e, al contempo, *inverificabile*. M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, Torino, 1976-1993, 218-219.

[32] Si definisce *user-generated content* ogni contenuto testuale o visuale di natura creativa generato direttamente da un utente in una piattaforma pubblica, come, ad esempio, *Facebook*, *Twitter* o *YouTube*. Come è stato osservato, gli UGC hanno rapidamente rivoluzionato il modo in cui la maggior parte delle persone si relazionano ai media tradizionali – su tutte, la televisione – ridisegnando il panorama del Web 2.0. Per un approfondimento, v. J. VAN DIJCK, *Users like you? Theorizing agency in user-generated content*, in *Media, Culture & Society*, 2009, Vol. 31(1), 41 ss.; T. DAUGHERTY-M.S. EASTIN-L. BRIGHT, *Exploring consumer motivations for creating user-generated content*, in *Journal of Interactive Advertising,* Vol. 8, n. 2, 2008, 16 ss.

[33] C. WARDLE, *Fake news. It's complicated*, in *www. firstdraftnews.org*, 16 febbraio 2017. Alla base della piramide, troviamo le notizie false diffuse con fine satirico o parodistico (*satire or parody*), caratterizzate cioè dal non avere scopi offensivi e dall'essere potenzialmente divertenti. Vi è poi il caso di diffusione di contenuti ingannevoli (*misleading content*), ovvero il caso che si ha nel momento in cui una informazione – vera o verosimile – viene manipolata o distorta al fine di semplificare concetti complessi, alterandone l'esatta percezione da parte dei fruitori finali. L'esistenza di un nucleo più o meno esteso di verità è caratteristica comune anche ai casi di contenuti fraudolenti (*imposter content*), nei quali l'alterazione riguarda la fonte della notizia, di false connessioni (*false connection*), che si verificano ogniqualvolta i titoli o i contenuti visivi che corredano l'articolo non corrispondono al contenuto di questo e, infine, ai casi di falsificazione del contesto (*false context*), che si verificano quando a corredo di una notizia vera vengono diffuse altre informazioni false, anche se di minore rilievo.

[34] In altri termini, mentre la *misinformation* consiste nella diffusione accidentale di notizie false, la *disinformation* si caratterizza per la volontarietà della condotta. Si veda sul punto: B.C. STAHL, *On the Difference or Equality of Information, Misinformation, and Disinformation: A Critical Research Perspective,* in *Informing Science: The International Journal of an Emerging Transdiscipline*, Vol. 9, 2006, 83 ss. Come avremo modo di approfondire meglio nel prosieguo della nostra trattazione, nel meccanismo di funzionamento delle *fake news* le due nozioni possono presentare carattere di complementarietà, in quanto possono interagire sia diffusori *consapevoli*, sia diffusori *inconsapevoli*.

cui un'informazione, un'immagine o un filmato siano del tutto falsi e realizzati intenzionalmente per ingannare l'utenza.

Nella nostra prospettiva, il tema deve però essere ampliato, considerando al contempo l'oggetto del contenuto e la finalità in ragione del quale esso viene formato e condiviso.

Ragionando in termini di offensività, infatti, possiamo individuare contenuti falsi completamente inidonei a ledere beni o interessi di natura costituzionale, così come *fake news* apparentemente neutre, ma che ad un'analisi più approfondita si rivelano capaci di esporre a pericolo o danneggiare beni giuridici di natura individuale e superindividuale.

Nella nostra prospettiva di studio, distingueremo quindi: a) contenuti aventi natura *diffamatoria*, tali essendo tutti i casi in cui una notizia o un contenuto visuale ledono l'onore o la reputazione di uno o più soggetti individuati o individuabili, senza che trovino applicazione le cause di giustificazione del diritto di cronaca e del diritto di critica; b) contenuti storici di tipo *revisionista*[35], ossia informazioni false diffuse allo scopo di influenzare il pensiero dei contemporanei riguardo ad eventi del passato[36]; c) contenuti falsi di stampo *antiscientifico* – volti cioè a sostenere tesi minoritarie o non accolte *tout court* dalla letteratura specialistica, non epistemologicamente verificabili e falsificabili[37]; d) *fake news* generaliste o di intrattenimento, *apparentemente* prive di un contenuto offensivo[38] e diffuse al fine di

[35] Come avremo abbiamo già avuto modo di chiarire (v. *supra,* § 5) abbiamo deciso di escludere da questo studio la disamina dei profili penali legati al fenomeno del *negazionismo*. Adoperiamo quindi il termine *revisionista*, per indicare quelle notizie false, o comunque manipolate, che pur non essendo ascrivibili alla – legittima – critica storiografica, non assurgono, in ragione del loro contenuto, al *negazionismo* vero e proprio. Per una precisa disamina delle questioni semantiche sottese al problema del negazionismo, si v. E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit., XIII-XVI.

[36] Un esempio tipico di questa categoria è la *fake news* secondo la quale sarebbe stato Benito Mussolini a "dare la pensione agli italiani", inventando il sistema previdenziale. v. invece F. FILIPPI, *Mussolini ha fatto anche cose buone*, Torino, 2019, 7 ss., ove si ricostruisce la storia del sistema previdenziale italiano, istituito nel 1895 dal Governo Crispi. Da ultimo, ha trattato il tema della verità in campo storico – ripercorrendo le vicende di trenta episodi storici oggetto di *manipolazione* – P. MIELI, *Le verità nascoste*, Milano, 2019.

[37] Si veda sul punto, tra gli altri, lo studio di S. DI GRAZIA, *Medicine e bugie*, Roma, 2017.

[38] Un approfondito studio condotto da R. MUIRHEAD-N.L. ROSENBUM, *A lot of people are saying*, Princeton, 2019, dimostra invece come non esistano *fake news* davvero prive di contenuto offensivo, in quanto la diffusione di falsi non direttamente lesivi di beni o interessi individuali o collettivi determina comunque un abbassamento delle difese degli utenti, preparandoli a ricevere altre – e più pericolose – falsità.

generare traffico sui siti che le veicolano, realizzando così profitti attraverso il meccanismo del c.d. *clickbaiting*[39].

2.1. *Una breve digressione nella contemporaneità: epidemie, infodemie e* fake news

A dimostrazione della natura mutevole del contesto nel quale è ambientata la nostra ricerca, nel corso degli ultimi mesi, la categoria delle *fake news* di stampo antiscientifico si è arricchita di un ulteriore elemento.

Infatti, secondo quanto sostenuto da alcuni alti funzionari della *World Health Organization* (WHO), la diffusione della malattia infettiva da coronavirus 2019 (Covid-19), sviluppatasi a partire dal mese di dicembre del 2019 a Wuhan, nella provincia cinese dell'Hubei, non rappresenterebbe soltanto il primo caso di *pandemia* del decennio, ma anche il primo caso di *infodemia* della storia umana[40]. Il neologismo descrive, secondo la definizione che ne offre il Vocabolario Treccani, il fenomeno della "*circolazione di una quantità eccessiva di informazioni, talvolta non vagliate con accuratezza, che rendono difficile orientarsi su un determinato argomento per la difficoltà di individuare fonti affidabili*"[41]. Così, parallelamente alla diffusione nel mondo fisico del Covid-19, la cui virulenza è stata tale da cagionare un'emergenza sanitaria senza precedenti in epoca moderna, si sarebbe propagata tramite i *social network* una pandemia di *fake news*, tale da dar vita a uno *sciame digitale*[42] idoneo a occultare le notizie che le agenzie governative – *in primis*, le autorità sanitarie – avevano invece esigenza di diffondere per controllare l'epidemia e mitigarne l'impatto sulla popolazione.

Si tratterebbe di uno degli effetti collaterali del virus Sars-CoV-2, il primo a manifestarsi così velocemente su scala globale e a svelare "*la molteplicità di livelli che ci collegano gli uni agli altri, ovunque, nonché la complessità del mondo che*

[39] Per una rassegna analitica delle principali *bufale* diffuse attraverso la rete, si rimanda allo scritto di D. PUENTE, *Il grande inganno di internet*, Milano, 2019.

[40] J. ZAROCOSTAS, *How to fight an infodemic*, The Lancet, Vol. 395, 29 febbraio 2020, 676.

[41] *Infodemia* (voce), in *Vocabolario on line*, in www.treccani.it/vocabolario. Il lemma nasce in lingua inglese (*infodemic*) come parola composta dai sostantivi *Information* (informazione) ed *Epidemic* (epidemia). Si tratterebbe di una *parola d'autore*, coniata da David J. Rothkopf, giornalista del Washington Post, in un articolo del 2003 dal titolo *When the Buzz Bites Back*, che aveva ad oggetto l'epidemia di SARS del 2002-2004. Cfr. www1.udel.edu/globalagenda/2004/student/readings/infodemic.html

[42] B-C. Han, *Nello sciame. Visioni del digitale*, Roma, 2014.

abitiamo, delle sue logiche sociali, politiche, economiche, ma anche interpersonali e psichiche"[43].

Del resto, la pandemia del 2020 ha squarciato il velo su quanto sia interconnessa la nostra società, rappresentando – l'immagine è certo abusata, ma efficace – il *cigno nero*[44] della nostra epoca. Le grandi epidemie, al pari delle guerre, hanno segnato la storia umana[45], contribuendo a delinearne il volto[46] e non sembra difficile ipotizzare che anche la pandemia del 2020 sia destinata a lasciare segni profondi nell'inconscio collettivo del XXI Secolo. Le risposte che le compagnie *Over The Top* (OTT) del settore hanno dato a questo autorevole segnale d'allarme ha in gran parte confermato alcune nostre considerazioni sulla inefficacia degli strumenti privatistici di regolamentazione del *free market of ideas*[47]. Prendiamo in considerazione il caso di *Facebook*, oggetto di una approfondita ricerca condotta nel mese di aprile 2020 dalla ONG *Avaaz* e intitolato *How Facebook can Flatten the Curve of the coronavirus Infodemic*[48]. Immediatamente dopo il diffondersi dell'emergenza sanitaria determinata dal Covid-19, alcuni dirigenti apicali della multinazionale statunitense hanno dichiarato che la Società aveva già operato in maniera *aggressiva* e *piuttosto efficace* per arginare la diffusione di informazioni false aventi ad oggetto l'epidemia[49]. Tuttavia, secondo l'analisi condotta da Avaaz, ci sono stati dei "*significativi ritardi nell'attività di implementazione delle politiche anti-misinformation poste in essere da Facebook"*, alla luce delle quali milioni di utilizzatori di quel *social*

[43] P. GIORDANO, *Nel contagio*, Torino, 2020, 3.

[44] L'immagine del *cigno nero*, ovvero di un evento raro, dall'impatto enorme e prevedibile retrospettivamente, ma non prospettivamente, si deve a N.N. TALEB, *Il cigno nero*, Milano, 2014.

[45] Senza alcuna pretesa di completezza, rimandiamo allo studio di W.H. MCNEIL, *La peste nella storia. Epidemie, morbi e contagio dall'antichità all'età contemporanea*, Torino, 1982 e, più di recente, a G. PIGOLI, *I dardi di Apollo. Dalla peste all'AIDS, la storia scritta dalle pandemie*, Milano, 2009.

[46] Basti pensare all'impatto che le epidemie hanno avuto nella letteratura occidentale dal *Decameron* di Boccaccio (1351), fino alle più recenti opere di Camus (A. CAMUS, *La Peste*, Paris, 1947; ed. it. *La peste*, Milano, 1948) e Saramago (J. SARAMAGO, *Ensaio sobre a Cegueira,* Alfragide, 1995; ed. it. *Cecità*, Torino, 1996), nelle quali un'epidemia di peste e una di cecità diventano una metafora della Seconda guerra mondiale e dell'occupazione nazista in Algeria e della condizione di alienazione dell'essere umano nella contemporaneità.

[47] Come abbiamo già avuto occasione di segnalare, infatti, le *Social media company*, più che una possibile soluzione al problema della diffusione di notizie false tramite la rete, rappresentano una parte fondamentale del problema. T. GUERINI, *Fake news e diritto penale*, cit., 188 ss.

[48] *How Facebook can Flatten the Curve of the Coronavirus Infodemic*, 15 aprile 2020, in *www. secure.avaaz.org*.

[49] *Facebook is removing fake coronavirus news "quickly"*, in *www.cbsnews.com*; *Combating COVID-19 Misinformation Across Our Apps*, in *www.about.fb.com/news/2020/03/combating-covid-19-misinformation-*

network si sono trovati esposti a contenuti mendaci[50] riguardo al coronavirus, per rimuovere i quali sono stati necessari fino a 22 giorni, un tempo che ha consentito una diffusione *virale* di tali notizie[51].

In particolare, l'analisi indipendente già richiamata avrebbe dimostrato come gli utilizzatori delle versioni in lingua italiana e spagnola del sito sarebbero i più esposti al rischio di *misinformation*, in quanto Facebook non aveva ancora inserito etichette di avvertimento nel 68% dei contenuti in lingua italiana e nel 70% dei contenuti in lingua spagnola che sono stati esaminati, rispetto al 29% dei contenuti in lingua inglese.

In conclusione, secondo la ricerca di Avaaz, la portata di questa *infodemia*, unita alla riluttanza di Facebook a intervenire tempestivamente ed efficacemente sulle informazioni errate o fuorvianti sul coronavirus ha rappresentato – e rappresenta – una minaccia per la salute pubblica, rischiando di vanificare gli sforzi per *spianare* la curva epidemica del Covid-19.

3. I modelli comparatistici di regolamentazione delle *fake news* tra Europa, Asia e Russia

Abbiamo avuto modo di osservare come il fenomeno di cui discutiamo abbia natura transnazionale e, senza enfasi, globale.

Pertanto, una ricostruzione dei principali modelli adottati per contrastare la diffusione massiva di notizie false attraverso la rete è uno strumento particolarmente utile per il giurista interno, che si scontra, invece, con una generale arretratezza della disciplina giuridica dei fenomeni tecnologici.

Prima di compiere tale disamina, si impone una nota di metodo. Uno degli elementi essenziali del fenomeno che stiamo indagando è rappresentato dall'impossibilità di imbrigliarlo all'interno di confini fisici, caratteristica comune a molti fenomeni che si sviluppano nell'ecosistema del *World Wide Web*. Il problema

[50] Anche in questo caso, il campionario delle *fake news* sul coronavirus è particolarmente ampio e spazia dalla (falsa) scoperta di sostanze miracolose – come il diossido di cloro (http://archive.ph/BhLSL) – all'ordine imperativo rivolto ai positivi al Covid-19 di presentarsi alla polizia, impartito addirittura dal Vicepresidente degli USA Mike Pence (*www.facebook.com/gritty420/posts/843761439383083*). Ancora: gli asciugacapelli sarebbero efficaci a prevenire il virus (*https://archive.is/dPhCg*), così come un infuso di aglio fresco bollito (*http://archive.is/KMMRo*).

[51] *How Facebook can Flatten the Curve of the Coronavirus Infodemic*, cit., 13.

dell'assenza di legami territoriali all'interno di Internet, che rappresenta un tema per certi versi *classico* rispetto ai bisogni di regolamentazione giuridica di comportamenti posti in essere nella o attraverso la rete[52], assume, nell'ambito di studi in materia di *disinformation*, una dimensione del tutto peculiare. Così come non ha confini fisici la rete, non sembrano averne nemmeno le *fake news*, la cui diffusione ha attecchito – anche se con alcune differenze – in tutti i paesi nei quali vi siano infrastrutture informatiche sufficientemente sviluppate.

Rimanendo nell'ambito a noi familiare del diritto penale, è ormai acquisito che vi sono fenomeni criminosi per loro natura transnazionali, come il contrabbando, il traffico di sostanze stupefacenti[53] o il riciclaggio[54] ormai ampiamente studiati e riconosciuti nei loro elementi essenziali, sia sul piano criminologico, sia dal punto di vista del riconoscimento giuridico attraverso Convenzioni internazionali.

Viceversa, al di là di una generica presa d'atto del pericolo per il corretto funzionamento del sistema dell'informazione causato dalle campagne di *disinformation*, il fenomeno della distorsione informativa rimane ancora largamente inesplorato e oggetto di interventi puntiformi, affidati alla sensibilità dei singoli ordinamenti.

Nelle pagine che seguono daremo atto della legislazione adottata in tre diversi quadranti geo-politici: Europa, Russia e Asia e ciò in ragione del progressivo delinearsi nel *mare magnum* del *cyberspazio* di confini materiali e immateriali, che delineano una contrapposizione tra rete orientale e rete occidentale.

Attengono alla prima categoria le barriere tecnologiche che consentono ai sin-

[52] Avremo peraltro modo di spendere alcune considerazioni sulla progressiva formazione – a dispetto di taluni orientamenti *cyberlibertari* che vorrebbero la rete aperta e universale – di una pluralità di reti all'interno della rete Internet, divise da barriere linguistiche, sociali e politiche. La formazione di diverse reti nella rete è uno dei fenomeni di maggiore interesse in questo momento storico, in quanto sembra riproporre – aggiornandoli – alcuni stilemi tipici del confronto tra superpotenze che ha segnato la seconda metà del Novecento. (v. sul punto F. FUKUYAMA, *The End of History and the Last Man*, New York, 1992 (trad., *La fine della storia e l'ultimo uomo*, Milano, 2003); l'Autore è di recente tornato su alcune sue teorie, rivedendole in parte, in ID., *Identity: The Demand for Dignity and the Politics of Resentement*, New York, 2018 (trad., *Identità. La ricerca della dignità e i nuovi populismi*, Milano, 2019). Secondo quanto sostenuto da ultimo da KAI-FU LEE, *AI Superpowers. China, Silicon Valley and the new world order*, Boston, 2018, le frontiere dell'economia digitale – e in particolare le potenzialità offerte dallo sviluppo delle Intelligenze Artificiali (*Artificial Intelligence*, o AI) – rappresentano il nuovo campo di scontro tra le superpotenze del XXI Secolo e, in particolare, gli Stati Uniti e la Cina.

[53] v. N.M. MAIELLO, *I riflessi internazionali ed eurounitari sulla normativa in materia di stupefacenti*, in G. Insolera-G. Spangher-L. Della Ragione (a cura di), *I reati in materia di stupefacenti*, Milano, 2019, 57 ss.

[54] Per tutti, A.M. DELL'OSSO, *Riciclaggio di proventi illeciti e sistema penale*, Torino, 2018, 241 ss.

goli governi di limitare l'accesso degli utenti a determinati siti o l'accesso a taluni servizi[55], in ragione delle quali oggi possiamo osservare, accanto al modello primigenio di una rete Internet di matrice occidentale (USA e Unione Europea), il progressivo affermarsi di una rete russa e di una cinese[56].

Definiamo invece barriere *immateriali* quelle che attengono a dimensioni economiche, linguistiche e culturali, tali da differenziare l'approccio degli utenti e la dinamica delle loro interazioni mediante la rete. La storia di Internet è stata scritta in lingua inglese[57], ma già da alcuni decenni i principali portali, siti e *social network* sono disponibili in gran parte delle lingue parlate nel globo; questo non impedisce tuttavia che talune lingue possano fungere in sé da barriera per la proliferazione di *fake news* in un determinato paese, come dimostra il fatto che in Giappone – secondo uno studio condotto dalla *Law Library of Congress* – il fenomeno della diffusione di notizie false è rimasto sostanzialmente limitato ai *media* tradizionali, anche in ragione del fatto che: "*la difficoltà della lingua giapponese per gli stranieri previene il fenomeno della pubblicazione di* fake news *da parte di persone collocate al di fuori del Giappone*"[58].

3.1. *Libertà di manifestazione del pensiero e* disinformation *nel quadro convenzionale europeo*

Nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero è sancito all'art. 10, ove si riconosce a ogni persona il diritto alla libertà d'espressione, ma che allo stesso tempo detta i requisiti che eventuali norme che prevedano possibili forme di limitazione a tale libertà debbano rispettare, individuati nella riserva di legge, nella *proporzionalità* e nella riserva di

[55] La politica di limitazione dei servizi erogati da *Corporation* occidentali è da tempo adottata dal Governo cinese – la cui sovranità si estende su oltre un sesto della popolazione globale – che ad esempio non rende accessibili all'interno del territorio della Repubblica Popolare Cinese numerose applicazioni sviluppate da *Google*, tra le quali il servizio di posta elettronica *Gmail*, le mappe di *Google maps* o l'applicazione per la traduzione automatica *Google Translate*.

[56] J. NOCETTI, *Contest and conquest: Russia and global internet governance*, in *International Affairs*, Vol. 91, 1-2015, 111 ss.

[57] J. NAUGHTON, *A Brief History of the Future. The origins of the internet*, London, 1999.

[58] The Law Library of Congress, *Initatives to Counter Fake News in Selected Countries*, April 2019, 52.

materia[59]; deroghe che, già nella giurisprudenza più risalente, sono state interpretate dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in chiave estremamente restrittiva, riconoscendo alla libertà di espressione un ampio margine di effettività.

Per la Corte, sin dalla prima sentenza che si è occupata dell'art. 10, § 2 della Convenzione[60], la libertà di espressione rappresenta un baluardo della società democratica, nonché uno degli elementi fondamentali per il suo sviluppo e per il progresso di ciascun essere umano, mentre con riferimento alla libertà di stampa, definita uno dei migliori strumenti a disposizione dei cittadini per conoscere e giudicare le idee e le azioni di coloro che li governano, osservò che "*la libertà di dibattito politico è al centro del concetto di società democratica che pervade l'intera Convenzione*"[61].

Dobbiamo però osservare come le preoccupazioni espresse dalla Corte riguardo alla libertà di manifestazione del pensiero, per come sancita dall'articolo 10 della Convenzione, sembrano essere meno presenti nella più recente giurisprudenza, che si è occupata specificamente dell'esercizio di tale libertà nell'ambito della rete Internet.

Il problema della maggiore capacità offensiva dei nuovi mezzi di comunicazione e informazione – in parte già manifestata nella sentenza *Jersild c. Danimarca*[62] – è alla base di una visione *restrittiva* del portato della libertà di espressione in questo specifico settore, come si evince già dalla Sentenza *Editorial Board of Pravoye Delo e Shtekel c. Ucraina*, nella quale si legge una manifesta preoccupazione per i rischi di danni causato dai contenuti e dalle comunicazioni su Internet all'esercizio e al godimento dei diritti umani e delle libertà, in particolare il diritto al rispetto della vita

[59] "*Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive*". Secondo quanto stabilito dal § 2: "*L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario*".

[60] Corte EDU, Sentenza Handysyde c. Regno Unito, 7 dicembre 1976, § 49.

[61] Corte EDU, Sentenza Lingens c. Austria, 8 luglio 1986, § 42.

[62] Corte EDU, Sentenza *Jersild c. Danimarca*, 23 settembre 1994. Nella quale la Corte aveva già osservato come "Nel considerare i "*doveri e le responsabilità" di un giornalista, il potenziale impatto del mezzo in questione è un fattore importante ed è comunemente riconosciuto che i media audiovisivi hanno spesso un effetto molto più immediato e potente rispetto ai supporti di stampa*". Corte EDU, Sentenza *Jersild c. Danimarca*, cit., § 31.

privata, che sono senza dubbio superiori rispetto a quelli che pone la stampa[63].

Questo stesso timore si legge in controluce anche in una discussa[64] pronuncia (*Delfi c. Estonia*), nella quale la CEDU ha osservato come Internet, pur costituendo una piattaforma senza precedenti per l'esercizio della libertà di espressione, possa anche determinare l'insorgere di nuovi pericoli, quali ad esempio la diffusione con modalità un tempo impensabili, in tutto il mondo, in pochi secondi, di contenuti diffamatori o altrimenti illeciti, tra i quali i discorsi di incitamento all'odio o alla violenza, che peraltro possono rimanere persistentemente disponibili *on line*[65].

Per completare il quadro della giurisprudenza di Strasburgo in materia di libertà di stampa, occorre tener conto di un ultimo gruppo di pronunce, con le quali la CEDU si è occupata della legittimità della pena detentiva per le ipotesi di diffamazione giornalistica, questione che si intreccia con alcuni casi di grande interesse per il giurista domestico (v. *infra*, § 4.1.) e con alcune considerazioni che esporremo in sede di conclusioni (v. *infra*, Cap. IV, § 4.2.).

Si tratta in primo luogo della sentenza *Cumpănă e Mazăre c. Romania*, vero e proprio *leading case* in materia di proporzionalità della sanzione contro casi di libertà di stampa, nel quale la Corte EDU ha ritenuto che "*nonostante gli Stati contraenti siano autorizzati, o addirittura obbligati, dai loro obblighi positivi ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione (…) a regolare l'esercizio della libertà di espressione in modo da garantire un'adeguata protezione giuridica alla reputazione delle persone, non devono farlo in modo da dissuadere indebitamente i media dall'adempiere al loro ruolo di informare il pubblico su casi evidenti o sospetti di utilizzo improprio del po-*

[63] Corte EDU, Sentenza *Editorial Board of Pravoye Delo e Shtekel c. Ucraina*, 5 maggio 2011, § 63.

[64] O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di internet*, in G. Pitruzzella-O. Pollicino-S. Quintarelli, *Parole e potere*, Milano, 2017, 12-13.

[65] Corte EDU, Sentenza *Delfi c. Estonia*, 16 giugno 2015, § 110. La sentenza è pubblicata in *Quad. cost.*, 2014, 457-459, con nota di G. E. VIGEVANI, *La responsabilità civile dei siti per gli scritti anonimi: il caso Delfi c. Estonia*. I principi della sentenza *Delfi c. Estonia* sono stati successivamente ripresi – anche se con alcuni distinguo non sempre di immediata comprensione – dalla successiva giurisprudenza della Corte EDU, in particolare nelle sentenze *MTE c. Ungheria* (Corte EDU, Sentenza *MTE c. Ungheria*, 2 febbraio 2016, in *Quad. cost.*, 2016, 393-400, con nota di S. VIMERCATI, *Magyar c. Ungheria: la Corte europea ritorna sulla responsabilità dei portali* web) e e *Rolf Anders Daniel Pihl c. Svezia* (Corte EDU, Sentenza *Rolf Anders Daniel Pihl c. Svezia* 9 marzo 2017, per un commento della quale: S. VIMERCATI, *La Corte di Strasburgo torna sulla responsabilità del gestore del sito: il caso Rolf Anders Daniel Pihl c. Svezia*, in *MediaLaws – Rivista dir. media*, 1-2017, 152 ss.) nella quale, da ultimo, è stato ribadito che il gestore di un *blog* può essere ritenuto responsabile per la pubblicazione di un commento diffamatorio immesso da un utente rimasto anonimo, nel caso in cui esso non contenga espressioni che trasmodino nell'incitamento all'odio e alla violenza e abbia provveduto tempestivamente, a seguito della segnalazione del diretto interessato, alla sua rimozione.

tere pubblico"[66]. Secondo la Corte, in questi casi l'*effetto paralizzante* (*chilling effect*) che il timore di sanzioni così gravi determina sull'esercizio della libertà di espressione in ambito giornalistico è evidente e che, pertanto, il ricorso alla sanzione privativa della libertà è ammissibile esclusivamente in presenza di circostanze eccezionali, esemplificativamente individuate nei casi di discorsi d'odio o di incitamento alla violenza (*hate speech or incitement to violence*) e non, invece, nell'ipotesi di *comune* diffamazione a mezzo stampa.

Altrettanto significative dell'orientamento restrittivo della Corte di Strasburgo rispetto all'applicazione della sanzione detentiva ai giornalisti sono due ulteriori sentenze: *Fatullayev c. Azerbaijian*[67], nella quale è stata riconosciuta la violazione dell'art. 10 CEDU per la condanna a pene detentive comminata a due giornalisti, anche in questo caso per mancato rispetto del requisito della *proporzione*, e *Katrami c. Grecia*[68], nella quale la violazione della Convenzione è stata sancita con riferimento a una condanna a pena detentiva sospesa, considerata comunque sproporzionata dalla Corte.

Si delinea così una sorta di *doppio binario*: da una parte la diffamazione *comune*, che nel giudizio di bilanciamento potrà essere considerata soccombente rispetto alla tutela della libertà di espressione del pensiero; dall'altra forme di diffamazione tali da degenerare nei crimini d'odio o comunque in forme di incitamento alla violenza, non tollerabili nel quadro legislativo comunitario.

3.2. *Il modello francese*

Esaurita la disamina della cornice convenzionale europea, possiamo iniziare ad esaminare come si collocano, all'interno di essa, i singoli Stati che hanno introdotto una legislazione *ad hoc* in materia di contrasto alla diffusione di *fake news*.

Il primo modello ci viene dall'ordinamento francese, nell'ambito del quale, nonostante la previsione di un robusto arsenale di norme ritenute idonee a limitare la diffusione di notizie false, in bilanciamento con il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero e con la libertà di stampa, tra le quali riveste un ruolo centrale la

[66] "*Although the Contracting States are permitted, or even obliged, by their positive obligations under Article 8 of the Convention [...] to regulate the exercise of freedom of expression so as to ensure adequate protection by law of individuals' reputations, they must not do so in a manner that unduly deters the media from fulfilling their role of alerting the public to apparent or suspected misuse of public power*". Corte EDU, Sentenza *Cumpănă e Mazăre c. Romania*, 17 dicembre 2004, § 113.

[67] Corte EDU, Sentenza *Fatullayev c. Azerbaijian*, 22 aprile 2010.

[68] Corte EDU, Sentenza *Katrami c. Grecia*, 16 aprile 2009.

Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse[69], nel 2018, all'approssimarsi delle elezioni per il rinnovo del Parlamento Europeo, si è sviluppato un intenso dibattito sull'opportunità di introdurre una legislazione specificamente dedicata al fenomeno della manipolazione informativa.

Ne è sorta la presentazione di due disegni di legge *gemelli*[70] volti a limitare il fenomeno della diffusione di *fake news* in ambito elettorale; e ciò in quanto "*l'actualité électorale récente a démontré l'existence de campagnes massives de diffusion de fausses informations destinées à modifier le cours normal du processus électoral par l'intermédiaire des services de communication en ligne*"[71].

Anche grazie al ricorso alla *procédure accélérée* richiesta dal Governo nel mese di marzo – entrambi i disegni di legge sono stati approvati nel mese di dicembre del 2018 – l'ordinamento francese si è oggi arricchito della *Loi organique n° 2018-1201 du 22 décembre 2018* e della *Loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018*, entrambe *relative à la lutte contre la manipulation de l'information*[72].

Si tratta, formalmente[73], della sola legge *penale* in materia di *disinformazione* prevista da un paese dell'Unione Europea, prevedendo pene fino a un anno di reclusione e 75.000 euro di ammenda in caso di violazione degli obblighi di trasparenza imposti ai gestori di piattaforme informatiche.

L'aspetto di maggiore interesse di questa legislazione – al di là della scelta di

[69] Che all'art. 27 – per come modificato dalla *Ordonnance* n°2000-916 del 19 settembre 2000 – punisce la pubblicazione, la diffusione o la riproduzione attraverso qualsiasi mezzo di notizie false, di opere inventate, falsificate o erroneamente attribuite a terzi in malafede, qualora disturbino o siano idonee a turbare la pace pubblica, con una ammenda di quarantacinquemila euro, pena che, in ragione di quanto disciplinato al comma secondo, sarà di centotrentacinquemila euro di ammenda qualora la pubblicazione, la diffusione o la riproduzione effettuata in malafede sia di natura tale da minare la disciplina o la morale dell'Esercito o di ostacolare lo sforzo bellico della Nazione.

[70] Si trattava, in particolare, di una *Proposition de loi organique* e di una *Proposition de loi relative à la lutte contre la manipulation de l'information* – va però segnalato come, originariamente, la rubrica menzionasse la *lutte contre les fausses informations*.

[71] *Proposition de loi relative à la lutte contre les fausses informations, n° 799, déposé(e) le 21 mars 2018.*

[72] Il cui testo integrale è disponibile sul sito: *www.legifrance.gouv.fr*.

[73] Va detto per inciso come la severità sanzionatoria della legge tedesca sollevi più di un dubbio circa la sua natura effettivamente *amministrativa*, potendo invece rientrare nella nozione di *matière pénale* per come definita dalla Corte EDU a partire dalla sentenza della Grande Camera, 8 giugno 1976, *Engel c. Paesi Bassi* (definizione poi affinata dalle sentenze *Öztürk c. Germania*, 21 febbraio 1984, *Jussila c. Finlandia*, 23 novembre 2006; *A. e B. c. Norvegia*, 15 novembre 2016) Sul punto, F. MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea, le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4-2013, 1899 ss.; F. PALAZZO, *Il limite della* political question *fra Corte costituzionale e Corti europee. Che cosa è "sostanzialmente penale"*, in M. Donini-L. Foffani (a cura di), *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018, 7 ss.

limitare l'operatività della legge al solo periodo elettorale[74], ritenuto un momento particolarmente *sensibile* per la vita democratica del Paese, tanto da giustificare alcune restrizioni al diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero – consiste negli obblighi[75] introdotti nei confronti dei gestori delle piattaforme informatiche[76].

Tra questi, spicca quello di fornire all'utilizzatore una "*information loyale, claire et transparente*" sull'identità della persona fisica o sulla ragione sociale, sede legale e scopo sociale delle persone giuridiche che versano un compenso alla piattaforma in cambio della promozione di contenuti relativi a un argomento di interesse generale (*débat d'intérêt général*)[77].

Anche la legislazione francese non è andata esente da critiche, formulate in particolare dalla principale organizzazione sindacale dei giornalisti francesi (*Syndacat National des Journalistes – SNJ*), con riferimento a una disposizione per certi versi *procedurale*, ovvero quella che consente al giudice (civile), su istanza del pubblico

[74] Il periodo elettorale viene individuato "*Pendant les trois mois précédant le premier jour du mois d'élections générales et jusqu'à la date du tour de scrutin où celles-ci sont acquises*".

[75] L'art. 1 della legge 1202/2018 ha introdotto alcune modifiche all'art. 163-1 del *Code électoral*, imponendo ai gestori delle piattaforme informatiche numerosi obblighi di trasparenza. In particolare, la piattaforma deve fornire poi allo stesso utilizzatore (2° de l'article L. 163-1) una informazione *leale*, *chiara* e *trasparente* sull'utilizzo dei suoi dati personali relativamente alla promozione di un contenuto di informazione corrispondente ad un argomento di interesse generale. Infine (3° de l'article L. 163-1) le piattaforme digitali hanno il dovere di rendere pubblico l'ammontare complessivo delle remunerazioni ricevute in cambio della promozione dei suddetti contenuti, qualora queste superino una soglia che viene fissata per decreto. Queste informazioni dovranno essere conservate su un registro messo a disposizione del pubblico per la consultazione elettronica e l'inosservanza di tali disposizioni è punita con un anno di reclusione e 75.000 euro di ammenda. Vengono sanzionate anche gli enti collettivi: *Les personnes morales déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues à l'article 121-2 du code pénal, de l'infraction définie au premier alinéa du présent article encourent, outre l'amende suivant les modalités prévues à l'article 131-38 du même code, les peines prévues aux 2° et 9° de l'article 131-39 dudit code. L'interdiction prévue au 2° du même article 131-39 est prononcée pour une durée de cinq ans au plus et porte sur l'activité professionnelle dans l'exercice ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise*.

[76] Gli operatori cui si rivolge la legge sono espressamente individuati con rinvio all'articolo L. 111-7 del *Code de la consommation*, ove si sancisce che: "*I.- Est qualifiée d'opérateur de plateforme en ligne toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, de manière rémunérée ou non, un service de communication au public en ligne reposant sur : 1° Le classement ou le référencement, au moyen d 'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers ; 2° Ou la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service*". Pertanto, la disposizione si applicherà a tutti i motori di ricerca (ad es. *Google*), ai siti di recensioni *on-line* (ad es. *Tripadvisor*), ai siti di scambio di beni o servizi (ad es. *Amazon* o *Airbnb*) e ai *social network* (ad es. *Facebook* o *Twitter*).

[77] Comma 1° dell'art.163-1 del *Code électoral*, per come modificato dalla *Loi n° 2018-1202.*

ministero, di ciascun candidato, partito, movimento politico o di chiunque abbia interesse ad agire, di adottare, nei tre mesi precedenti un'elezione generale, tutte le misure proporzionate e necessarie per far cessare la diffusione deliberata, artificiale, automatica e massiva di informazioni false o tendenziose[78].

Il fatto che in tali casi, a norma del c. II dell'art. 163-2 del *Code électoral*, il giudice debba decidere sulla richiesta di rimozione di un contenuto informativo entro quarantotto ore dalla notifica del reclamo, ha portato i giornalisti francesi a ritenere tale legge potenzialmente latrice di una visione liberticida[79], in quanto in un tempo estremamente breve dovrà essere presa una decisione su inchieste di lunga durata e di grande complessità, con il rischio di indebolire – ulteriormente – la posizione dei giornalisti professionisti e di esporre a rischio la segretezza delle loro fonti.

Tuttavia, la questione, sottoposta al vaglio del *Conseil constitutionnel* è stata rigettata con la *Decision* n° 2018-773 DC del 20 dicembre 2018[80].

---

[78] Questo il testo dell'art. 163-2, c. I, del *Code électorale*: "*Pendant les trois mois précédant le premier jour du mois d'élections générales et jusqu'à la date du tour de scrutin où celles-ci sont acquises, lorsque des allégations ou imputations inexactes ou trompeuses d'un fait de nature à altérer la sincérité du scrutin à venir sont diffusées de manière délibérée, artificielle ou automatisée et massive par le biais d'un service de communication au public en ligne, le juge des référés peut, à la demande du ministère public, de tout candidat, de tout parti ou groupement politique ou de toute personne ayant intérêt à agir, et sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire aux personnes physiques ou morales mentionnées au 2 du I de l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique ou, à défaut, à toute personne mentionnée au 1 du même I toutes mesures proportionnées et nécessaires pour faire cesser cette diffusion*".

[79] Il testo integrale del comunicato stampa del SNJ dal titolo *«Fake news»: un projet de loi liberticideè*, del 18 marzo 2018 è consultabile al sito: *www.snj.fr*.

[80] *Decision* n° 2018-773 DC del 20 dicembre 2018, § 11, consultabile in: *www.conseil-constitutionnel.fr*. Il Conseil era stato investito della questione da parte di un gruppo di Senatori e di Deputati, i quali lamentavano come tale disposizione avrebbe comportato una compressione della libertà di manifestazione del pensiero nel dibattito politico durante la campagna elettorale non proporzionata, in ragione della difficoltà per il giudice di prendere una decisione entro quarantotto ore e di giudicare sul rischio di alterazione della validità di una votazione che non ha ancora avuto luogo. Secondo il collegio, la previsione di una procedura d'urgenza per garantire la rapida cessazione di condotte di diffusione di false informazioni, tali da alterare la genuinità del voto, è conforme a Costituzione, in quanto limitata nel tempo, riferita esclusivamente ai servizi di comunicazione on line – ovvero a quei media grazie ai quali è più semplice realizzare azioni di manipolazione massive e coordinate – e limitata per legge alle sole notizie inesatte o fuorvianti, tali da poter influire sull'imminente esercizio del diritto di voto. A parere del *Conseil*, non sono scrutinabili dal giudice opinioni, parodie, imprecisioni parziali o semplici esagerazioni, ma solo quelle notizie la cui oggettiva falsità può essere dimostrata. Ciò posto, in considerazione del ruolo fondamentale che riveste il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero nel periodo che precede un'elezione generale, il legislatore, nel consentire al giudice di prescrivere tutte le misure proporzionate e necessarie per fermare la diffusione di

3.3. *Il modello tedesco: la responsabilità 'amministrativa' dei gestori di* social network *nel NetzDG*

Il secondo modello da prendere in considerazione è quello adottato nella Repubblica Federale Tedesca, dove è stato introdotto il *Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken*[81], meglio noto come *Netz DG* o *Facebook Act*.

Le vicende che hanno condotto all'emanazione di tale legge sono di interesse pari al contenuto della stessa, descrivendo un evidente fallimento dei meccanismi di autoregolamentazione della rete.

A fronte dell'impegno sottoscritto dalle principali *Media company* di introdurre meccanismi di reportistica interna tali da garantire entro ventiquattrore la rimozione di contenuti offensivi, una analisi indipendente sull'attività di rimozione dei contenuti offensivi da parte dei gestori dei principali *social network*, condotta su incarico del Governo federale da una organizzazione per il monitoraggio delle leggi sulla protezione dei minori (*Jugendshutz.net*), dette esito largamente negativo[82]; di talché, anche a seguito della ulteriore consapevolezza acquisita in ordine alla potenzialità offensiva della diffusione massiva di *fake news* mediante la rete, successiva

contenuti illeciti, gli ha altresì imposto di adottare quei provvedimenti che siano i meno dannosi per la libertà di espressione e di comunicazione.

[81] Il testo integrale della legge è disponibile all'indirizzo: *www.bmjv.de*. Per una traduzione in lingua italiana, v. *MediaLaws – Rivista dir. media*, 1-2017, 185 ss. Nel prosieguo della trattazione, faremo riferimento a questo testo.

[82] Nel corso di due periodi di osservazione di otto settimane ciascuno, condotti rispettivamente da luglio ad agosto 2016 e da gennaio a febbraio 2017, *Jugendschutz.net* ha indagato sui contenuti che violavano l'articolo 130 (istigazione all'odio e il rifiuto dell'Olocausto) e l'articolo 86 *bis* (uso di simboli di organizzazioni incostituzionali) dello *Strafgesetzbuch*, e la legge sulla protezione della gioventù. Sulla base di 200 contenuti segnalati per piattaforma testata, *Facebook* ne ha rimossi il 39%, *YouTube* il 90% e *Twitter* l'1%. Osservando esclusivamente i contenuti rimossi entro ventiquattro ore dall'indicazione, le percentuali sono scese al 31% per *Facebook*, all'82% per *YouTube* e allo 0% per *Twitter*. v. *Löschung Rechtswidriger Hassbeiträge Bei Facebook, YouTube Und Twitter: Ergebnisse Des Monitorings von Beschwerdemechanismen Jugendaffiner Dienste" (Jugendschutz.net, 2017)*, in *www.astrid-online.it*. Di talchè, secondo i proponenti il *Netz DG*, emergeva come i gestori dei *social network*, nonostante gli impegni dichiarati e a discapito del fatto che la tecnologia consentisse loro di intervenire, non si erano dimostrati all'altezza del loro compito di autoregolamentazione (Letteralmente: "*Die Anbieter der sozialen Netzwerke haben eine Verantwortung, der sie gerecht werden müssen. Angesichts der Tatsache, dass das bisherige Instrumentarium und die zugesagten Selbstverpflichtungen der sozialen Netzwerke nicht ausreichend wirken und es erhebliche Probleme bei der Durchsetzung des geltenden Rechts gibt, bedarf es der Einführung von bußgeldbewehrten Compliance-Regeln für soziale Netzwerke, um effektiv und unverzüglich gegen Hasskriminalität und andere strafbare Inhalte im Netz vorgehen zu können*").

all'andamento della campagna elettorale per le elezioni presidenziali americane[83], nel marzo del 2017 venne presentato il *Netz DG*, approvato cinque mesi dopo, pur a fronte della ferma opposizione dei gestori dei *social network* e di alcuni settori della società civile tedesca, preoccupati per la possibile compressione alla libertà di manifestazione del pensiero[84].

Sotto il profilo soggettivo, la legge si applica (§1.1) *ai fornitori di servizi di telecomunicazione che per scopo di profitto gestiscono piattaforme Internet progettate per permettere agli utenti di condividere qualunque tipo di contenuto o di renderlo accessibile al pubblico (social network)*, con l'espressa esclusione dal suo ambito applicativo di quelle piattaforme *che offrono contenuti di tipo giornalistico o editoriale*, che non vengono considerati, così come quelle piattaforme che sono destinate alla comunicazione individuale o alla diffusione di contenuti specifici.

Oltre a requisiti di tipo *qualitativo*, la legge prevede un requisito *quantitativo*, applicandosi (§ 1.2) ai soli *social network* con più di due milioni di utenti registrati in Germania.

Gli obblighi che la legge prevede in capo dei gestori dei *social network* sono di due tipi: da un lato viene introdotto un dovere di rendicontazione dei reclami ricevuti per la pubblicazione di contenuti illeciti (§. 2); dall'altro è previsto un dovere di gestione di suddetti reclami (§ 3), tale da garantire che sia rimosso o bloccato l'accesso a un contenuto manifestamente illecito entro ventiquattrore ore dalla ricezione della segnalazione, salvo che il *social network* abbia concordato con l'autorità giudiziaria competente un periodo più lungo per la cancellazione o il blocco dei contenuti manifestamente illeciti (§3.2.2), ovvero la rimozione o il blocco senza indugio di tutti i contenuti illeciti, entro sette giorni dalla ricezione della segnalazione (§3.2.3)[85].

Come anticipato, le sanzioni previste per la violazione di tali doveri sono estremamente severe: per il gestore che, in violazione del § 3, comma (4), secondo

[83] Lo si legge nel preambolo alla proposta di legge che ha introdotto il *Netz DG*: "*ach den Erfahrungen im US-Wahlkampf hat überdies auch in der Bun- desrepublik Deutschland die Bekämpfung von strafbaren Falschnachrichten („Fake News") in sozialen Netzwerken hohe Priorität gewonnen*".

[84] v. per tutti: G. NOLTE, *Hate-Speech, Fake-News, das »Netzwerkdurchsetzungsgesetz« und Vielfaltsicherung durch Suchmaschinen*, *Zeitschrift für urheber- und medienrecht*, 7-2017, 552, 554.

[85] Secondo la legge, il termine di sette giorni può essere superato se: a) la decisione sull'illiceità del contenuto dipende dalla falsità di una dichiarazione o dipende chiaramente dalle circostanze di fatto; in tali casi, il gestore del social network può dare all'utente l'opportunità di replicare alla segnalazione prima che venga adottata una decisione; b) il social network rimette la decisione sull'illiceità a un organo di autoregolamentazione riconosciuto ai sensi dei commi (6) e (8) entro sette giorni dalla ricezione della segnalazione, accettando di conformarsi alla decisione di tale organo.

periodo, non corregge una carenza organizzativa o non la elimina tempestivamente, può essere inflitta un'ammenda fino a cinquecentomila euro; nel caso di violazione del dovere di predisporre il rapporto di cui § 2, comma (1), ovvero di sua redazione in maniera non corretta, incompleta o tardiva, così come nel caso di violazione del dovere di rimozione dei contenuti illeciti di cui al § 3 commi (1) e (4), è prevista un'ammenda fino a cinque milioni di euro.

Da ultimo, è prevista una forma di extraterritorialità della giurisdizione tedesca, essendo le sanzioni previste al *Netz DG* applicabili anche a fatti non commessi nella *RFT*.

Anche in questo caso, le critiche non si sono limitate a valutazioni di opportunità politica, ma hanno riguardato aspetti di costituzionalità sul piano interno e su quello europeo, sia con riferimento al *topos* della libertà di manifestazione del pensiero sia con riferimento ai limiti che la Direttiva sull'*E-commerce* impone agli Stati membri.

Sul versante interno, si è osservato come il primo comma dell'art. 5 del *Grundgesetz* sancisce per ognuno "*il diritto di esprimere e diffondere liberamente le sue opinioni con parole, scritti e immagini, e di informarsi senza impedimenti da fonti accessibili a tutti*", oltre a garantire "*la libertà di stampa e la libertà d'informazione mediante la radio e il cinema*" e a prevedere il divieto di censura.

Come è tipico della tradizione costituzionalistica continentale, è la stessa Legge Fondamentale a prevedere alcuni limiti all'esercizio di tali libertà, che il secondo comma dell'art. 5 individua "*nelle disposizioni delle leggi generali, nelle norme legislative concernenti la protezione della gioventù e nel diritto al rispetto dell'onore della persona*".

Il problema, in questo caso, come in altri che stiamo per esaminare, consiste nello stabilire con certezza quale opinione sia possibile esprimere liberamente e quale, invece, possa essere limitata in ragione del contrasto con norme imperative di legge.

Nel caso del *NetzDG*, non viene direttamente stabilita una censura per un pensiero altrui, ma si sanziona una condotta omissiva – o anche solo un ritardo ingiustificato – del gestore di una rete sociale, nei confronti del quale è stabilito il dovere di rimuovere contenuti illeciti.

Si è così osservato[86] come questo sistema induca gli intermediari ad adottare un criterio di valutazione di tipo prudenziale, rimuovendo qualsiasi contenuto dubbio;

[86] M. LIESCHING, *Die Durchsetzung von Verfassungs- und Europarecht gegen das NetzDG - Überblick über die wesentlichen Kritikpunkte*, in *MultiMedia und Recht*, 1-2018, 27.

criterio di valutazione favorito anche dall'assenza della previsione di sanzioni per coloro che rimuovano indebitamente un contenuto lecito, in conformità allo spirito di una legge che non ha come scopo quello di evitare decisioni illegali, bensì quello di evitare la diffusione di contenuti illeciti[87].

Alcuni dubbi sono stati sollevati anche con riferimento al requisito della *proporzionalità*, al quale fa riferimento il comma 2 dell'art. 5 del GG, interpretato dal *Bundesverfassungsgericht*, nel senso che le deroghe al principio della piena libertà di manifestazione del pensiero sono ammissibili solo nel caso in cui perseguano un obiettivo legittimo e siano adeguate, necessarie e, in senso stretto, proporzionate a tale scopo[88].

Da ultimo, la collocazione transnazionale dei diversi attori coinvolti dal meccanismo applicativo del *NetzDG* impone di valutare anche la coerenza delle disposizioni in esso contenuto rispetto alla Direttiva sul commercio elettronico[89], ove all'art. 3, § 2, si stabilisce che *gli Stati membri non possono, per motivi che rientrano nell'ambito regolamentato, limitare la libera circolazione dei servizi di società dell'informazione provenienti da un altro Stato membro*, fatta salva (art. 3, § 4, lett. a, punto *i*) la possibilità per gli Stati membri di introdurre deroghe per ragioni di ordine pubblico, in particolare per l'opera di prevenzione, investigazione, individuazione e perseguimento in materie penali: quali la tutela dei minori e la lotta contro l'incitamento all'odio razziale, sessuale, religioso o etnico, ovvero (art. 3, § 4, lett. a, punto *ii*) relativi a un determinato servizio della società dell'informazione lesivo degli obiettivi di cui al punto i) o che costituisca un rischio serio e grave di pregiudizio a tali obiettivi.

3.4. Fake news *e cyberspace law* nel quadrante asiatico

Se volgiamo lo sguardo a Oriente, osserviamo come vi siano numerosi paesi nei quali nel corso degli ultimi anni sono state emanate leggi in materia di contrasto al

[87] K.-H. LADEUR-T. GOSTOMZYK, *Gutachten zur Verfassungsmäßigkeit des Entwurfs eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken*, in *www.bitkom.org*, 2017,81.

[88] v. sul punto V. CLAUSSEN, *Fighting hate speech and fake news. The Network Enforcement Act (NetzDG) in Germany in the context of European legislation*, in *MediaLaws – Rivista dir. media*, 3-2018, 122.

[89] Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»), il cui testo integrale, in lingua italiana, è disponibile in: *www.eur-lex.europa.eu*.

fenomeno della *disinformation*, frequentemente approvate in concomitanza di provvedimenti di più ampio respiro, volti a regolare le attività dei privati e delle imprese all'interno del *cyberspazio*.

L'ordinamento penale cinese – notoriamente tra i più severi al mondo – a partire dal 2015, dopo che già nei primi anni Duemila si erano verificati alcuni casi eclatanti di diffusione di notizie false[90] – qualificabili come veri e propri antesignani delle moderne *fake news* – ha previsto al secondo comma dell'art. 291 del codice penale una fattispecie incriminatrice che punisce con la reclusione fino a tre anni chiunque produca false informazioni riferite a situazioni di pericolo, epidemie o catastrofi, ovvero diffonda intenzionalmente tali notizie, sapendo che sono fasulle, in modo tale da arrecare un serio pericolo per l'ordine pubblico; qualora tali condotte provochino gravi conseguenze, la pena è la reclusione da tre a sette anni.

La norma – che secondo i criteri di classificazione occidentale deve essere considerata come un reato di pericolo presunto, posto a tutela dell'ordine pubblico *sub forma* della tranquillità pubblica, da garantirsi nei confronti di coloro che intendano suscitare il panico nella popolazione diffondendo notizie false su eventi idonei ad esporre a pericolo la collettività – ci pare caratterizzata da un tipo legale estremamente esteso, nel quale una delle maggiori difficoltà interpretative consiste nell'attribuire un significato preciso alla nozione di *dangerous situation*, ma non tale da poter ricomprendere *fake news* di contenuto diffamatorio o addirittura prive di effetti lesive, le quali sarebbero comunque inidonee a turbare l'ordine pubblico.

Ragion per cui in Cina, secondo quanto si legge nel Report "*Initiatives to Counter Fake News*" compilato dalla *Law Library of Congress*, nonostante la rigida regolamentazione dei *media* e di Internet, le *fake news* – che i *media* locali definiscono *online rumors* – sono comunque assai diffuse[91]; come dimostrato, tra l'altro, dalla decisione del governo cinese di diffondere, a partire dal mese di agosto del

[90] Ad esempio, nel 2008, la diffusione di voci false sul rinvenimento di vermi nei mandarini coltivati nella regione del Sichuan danneggiarono gravemente i coltivatori della zona; così come nel 2011, dopo l'incidente nucleare di Fukushima, sul *social network* QQ vennero diffuse voci sul potere del sale di proteggere dalle radiazioni, che innescarono una vera e propria *caccia* al minerale da parte di grandi masse di cittadini cinese. v. M. REPNIKOVA, *China's Lessons for Fighting Fake News*, in *www.foreignpolicy.com*, 6 settembre 2018.

[91] Secondo un rapporto diffuso dalla piattaforma *Wechat*, nel 2019 sarebbero state diffuse al suo interno oltre ottantaquattromila *fake news*, lette da duecentonovantaquattro milioni di utenti. v. *2018 Report on Managing Online Rumors Published, 774 Institutions Refuted Rumors on Wechat*, in *www.people.cn*, 18 gennaio 2019.

2018[92], tramite una propria piattaforma – denominata *Piyao*, parola che in mandarino significa "*confutazione di voci*"[93] – notizie *reali*, in quanto provenienti da *media* statali o comunque da giornali locali controllati dal Partito Comunista o da agenzie governative.

In Malesia, dove nell'aprile dello scorso anno era stato approvato l'*Anti-fake news act 2018*[94], si prevedeva, per chi pubblicasse o condividesse *fake news*, una pena fino a sei anni di reclusione e una multa di cinquecentomila *ringgit*[95].

La legge – estremamente controversa – è stata definitivamente abrogata nel mese di ottobre del 2019[96], a seguito della sconfitta alle elezioni politiche[97] della maggioranza che ne aveva sostenuto l'introduzione e dopo che il combinato disposto della severità della risposta sanzionatoria e della assoluta carenza di tassatività e precisione della fattispecie incriminatrice – tale da comprimere ogni forma di dissenso nei confronti del Governo e delle altre autorità statali[98] – aveva determinato una forte opposizione da parte delle organizzazioni non governative impegnate nella difesa dei diritti umani, che hanno rilevato come attraverso questa legge si sarebbe realizzata una sorta di censura di Stato[99].

Gli intenti censori della norma risultavano del tutto evidenti dalla definizione di *fake news* in essa adottate, che comprendeva "*notizie, informazioni, dati e resoconti, che sono o sono totalmente o parzialmente falsi, sotto forma di contenuti, immagini o registrazioni audio o in qualsiasi altra forma in grado di insinuare parole*

[92] V. *China launches platform to stamp out 'online rumors'*, in *www.reuters.com*, 29 agosto 2018.

[93] *www.piyao.org.cn.*

[94] Il testo integrale è consultabile in: *www.federalgazette.agc.gov*.

[95] Che equivalgono all'incirca a centoquindicimila euro.

[96] v. *Malaysia parliament scraps law criminalising fake news*, in *www.aljazeera.com*, 10 ottobre 2019.

[97] Si veda sul punto l'articolo di M. MONTI, *Cronaca dell'emanazione e dell'abrogazione dell'Anti-Fake News Act malaysiano*, in *MediaLaws – Rivista dir. media*, 3-2018, 435 ss.

[98] L'estensione del portato applicativo della norma è dimostrato dal primo caso documentato di applicazione dell'*Anti-fake news Act 2018*, che ha riguardato un cittadino danese, Salah Salem Saleh Sulaiman, incriminato per avere diffuso notizie false attraverso la pubblicazione di un video sulla piattaforma *YouTube*, nel quale accusava la polizia malese di aver impiegato oltre cinquanta minuti ad intervenire dopo che era stato segnalato un conflitto a fuoco nel quale era rimasto ucciso un docente palestinese. La polizia sostenne di essere intervenuta dopo soli otto minuti e Sulaiman fu condannato alla pena di diecimila ringgit di multa (circa duemilacinquecento euro), convertiti in un mese di reclusione in ragione della sua impossibilità di provvedere al pagamento. v. *Danish national first to be convicted under Malaysia's fake news law*, in *www.reuters.com*, 28 luglio 2018.

[99] *Malaysia accused of muzzling critics with jail term for fake news*, in *www.theguardian.com*, 26 marzo 2018.

o idee"[100]; tanto è vero che la definizione di *bavaglio malese*, elaborata in dottrina, sembrava cogliere nel segno[101].

Altrettanto radicale è stato l'approccio adottato dalla Repubblica Socialista del Vietnam, che nel giugno del 2018 ha approvato una legge[102] – entrata in vigore il 1° gennaio del 2019 – in materia di *Cybersecurity*, che introduce una serie di limitazioni e obblighi in capo agli *internet service providers*, ai quali viene imposto di rendere noti al Governo i dati degli utilizzatori, permettendo così l'identificazione di chi abbia pubblicato determinati contenuti.

Nonostante non si tratti specificamente di una legge in materia di *fake news*, numerosi sono i riferimenti normativi al fenomeno che stiamo esaminando.

In primo luogo, all'art. 8 della legge, ove vengono elencate le condotte per le quali è proibito l'utilizzo del *cyberspazio*, sono indicate: la distorsione della storia (*distorting history*); la negazione dei risultati ottenuti dalla Rivoluzione (*denying revolutionary achievements*); la distruzione del blocco di solidarietà nazionale (*destroying the national solidarity block*); l'offesa alla religione, la discriminazione di genere e il compimento di atti razzisti; la diffusione di false informazioni che causino disordini tra la cittadinanza, danni alle attività socio-economiche, ostacolo all'operatività delle agenzie dello Stato o a persone che gestiscano beni pubblici, ovvero che ledano i diritti e gli interessi legittimi di altri enti, organizzazioni o individui[103].

In questo secondo caso siamo di fronte a una crasi tra paradigmi di tutela tipici dei regimi autoritari del Novecento[104] e tutela della libertà di mercato[105], in ossequio

[100] La traduzione è nostra. Questo il testo originale della norma, contenuta all'art. 2, c. 1 dell'*Anti-fake news act 2018*: "*any news, information, data and reports which are wholly or partly false, whether in the form of features, visuals or audio recordings or in any other form capable of suggesting words or ideas*".

[101] A. MAZZIOTTI DI CELSO, *Dal Primo Emendamento al bavaglio malese. Fake news, libertà di espressione e il rovesciamento delle categorie politiche tradizionali*, in *MediaLaws – Rivista dir. media*, 3-2018, 90 ss.

[102] Il cui testo integrale è disponibile in: *www.economica.vn.*

[103] La traduzione è Nostra, questo il testo originale: "*Providing false information, causing confusion amongst the Citizens, causing harm to socio- economic activities, causing difficulties for the operation of State agencies or of people performing public duties, or infringing the lawful rights and interests of other agencies, organizations and individuals*". Ancor più analitica l'elencazione delle condotte vietate dall'art. 16, rubricato "*Prevention of and dealing with information in cyberspace with contents being propaganda against the Socialist Republic of Vietnam; information contents which incite riots, disrupt security or cause public disorder; which cause embarrassment or are slanderous; or which violate economic management order*".

[104] È sanzionata la condotta di *Distortion or defamation of the people's administrative authorities*, ovvero *Insulting the [Vietnamese] people, the national flag, national emblem, national anthem, great*

al paradigma della *Socialist market economy* (SME)[106] adottato in Cina a partire dai primi anni Novanta del Novecento e ormai esteso a molti dei paesi che rientrano nella sua sfera di influenza.

Nel maggio 2019, anche Singapore, ex colonia britannica, nella quale la convinta adesione al sistema capitalistico si accompagna ad un regime politico ascrivibile alla democrazia autoritaria[107], ha approvato una legge che criminalizza la diffusione di informazioni false *online*.

La legge, entrata in vigore il 2 ottobre dello stesso anno, ha introdotto una delle legislazioni in materia di informazione più severe al mondo, sia in relazione all'ampiezza delle condotte punite, sia quanto a trattamento sanzionatorio.

Secondo l'art. 7 del *Protection from online falsehoods and manipulation act 2019*, viene punito chiunque, in qualsiasi parte del mondo si trovi, diffonda notizie oggettivamente false (*false statements of fact*) riguardanti Singapore, tali da pregiudicare la sicurezza del Paese o di una sua regione, la salute o la sicurezza pubblica, la pubblica tranquillità o le finanze pubbliche, ovvero tali da pregiudicare le amichevoli relazioni tra Singapore e altri Paesi del mondo, oppure influenzare i risultati di una elezione presidenziale o parlamentare, incitare sentimenti di inimicizia o odio tra gruppi di persone, ovvero tali da diminuire la fiducia dei cittadini nell'attività di qualsiasi organo o potere dello Stato (*any duty or function of, or in the exercise of any power by, the Government, an Organ of State, a statutory board, or a part of the Government, an Organ of State or a statutory board*).

Le pene, elencate all'art. 7, § 2, sono sia di natura pecuniaria, sia privative della libertà personale e possono arrivare, nel caso di fatti commessi da persone fisiche, a

men, leaders, famous people or national heroes, così come è fatto divieto di utilizzare il *cyberspazio Calling for, mobilizing, inciting, threatening, or embroiling a mass/crowd of people to disrupt or oppose people [officials] conducting their official duties, or obstructing the activities of agencies or organizations causing instability to security and order.*

[105] Tra le condotte vietate rientrano anche "*Invented or untruthful information about products, goods, money, bonds, bills, cheques and other valuable papers*"; "*Invented or untruthful information in the sectors of finance, banking, e-commerce, e-payment, currency trading, capital mobilization, multi-level trading and securities*". Si tratta, come evidente, di condotte che non offendono interessi dello Stato – come sarebbe stato logico attendersi nel contesto di uno Stato che ancora si richiama – formalmente – ai principi del socialismo reale – bensì interessi economici dei privati, ritenuti prevalenti rispetto alla libertà di manifestare liberamente il proprio pensiero.

[106] v. X. DING, *The Socialist Market Economy: China and the World* Science & Society, Vol. 73, No. 2, *China: Socialism, Capitalism, Market: Why Not? Where Next?*, Apr., 2009, 235 ss.

[107] Per un approfondimento, si veda lo studio di P. KHANNA, *La rinascita delle città-stato*, Roma, 2017, 36 ss.

dieci anni di reclusione e, per le persone giuridiche, a un milione di dollari di multa.

La severità della legislazione singaporiana risulta di tutta evidenza anche esaminando le disposizioni (artt. 10, 11, 12) di *law enforcement*, ove viene attribuito al Governo il potere di rivolgere ai gestori di *social network* una *correction direction* (richiesta di rettifica) o una *stop communication direction* (richiesta di interruzione delle comunicazioni) rispettivamente volte a correggere una notizia che si assume falsa, ovvero a rimuoverla senza ritardo "*anche se il destinatario non ha motivo di ritenere che tale notizia sia falsa*".

Sarà quindi il Governo – ma il potere di agire è attribuito anche ad un singolo ministro – a decidere quali notizie – ontologicamente *vere* – potranno essere conosciute dai cittadini (elettori) singaporiani e quali notizie – da considerarsi senza possibilità di appello *fake news* – non dovranno essere diffuse[108].

Una forma estrema di tutela della *verità* di Stato, favorita dalla possibilità di intervenire rapidamente e sistematicamente sui canali informativi digitali, fino a pochi anni fa difficilmente immaginabile anche dal più fantasioso autore di romanzi distopici.

3.5. *L'apparente paradosso russo.*

La Russia[109] rappresenta un caso peculiare nel panorama mondiale; una sorta di Giano bifronte, che mentre esporta *fake news* in tutto il globo[110], ne punisce severa-

[108] La legge sta sortendo i primi effetti: il 30 novembre 2019, *Facebook* ha annunciato di avere aggiunto, in ossequio a quanto previsto nel *Protection from online falsehoods and manipulation act 2019*, nella sua versione di Singapore, un'indicazione in calce a un post del 23 novembre di Alex Tan, autore dello *State Times Review*, un *blog* spesso critico nei confronti del governo. Recita il testo dell'indicazione: "*Facebook is legally required to tell you that the Singapore government says this post has false information*". v. M. BUTCHER, *Facebook bowed to a Singapore government order to brand a news post as false*, in *www.techcrunch.com*, 30 novembre 2019.

[109] A differenza di altri sistemi autoritari, che pure si sono dotati di strumenti legislativi volti a rafforzare il potere esecutivo, anche attraverso la previsione di fattispecie incriminatrici idonee a limitare la possibilità di azione politica di movimenti antagonisti locali o stranieri, cui si accompagna l'adozione di strumenti tecnici in grado di provocare lo *spegnimento* della rete in determinate aree geografiche. Si pensi al recente caso iraniano, ove il Governo, per reprimere e contenere le proteste di piazza seguite alla decisione di aumentare del 5% il prezzo della benzina, ha letteralmente spento la rete Internet in tutto il territorio nazionale per oltre cinque giorni. v. D. PAUNESCU, *Why did Iran shut off the internet for the entire country?* in Vox, 21 novembre 2019.

[110] Di recente, l'attività di diffusione di *fake news* in ambito sanitario – nella forma dunque dell'*infodemia* – avvenuta durante l'emergenza dovuta all'epidemia da Covid-19 è stata al centro di una relazione del COPASIR (*Covid 19 e disinformazione*) del quale i media italiani hanno dato notizia alla fine di maggio 2020 (Cfr. F. TONACCI, *"Da Russia e Cina fake news contro l'Italia. È una guerra*

mente la diffusione all'interno dei propri confini.

A seguito della pubblicazione del *Report on the Investigation into Russian Interference in the 2016 Presidential Election*, redatto al termine dell'indagine condotta dallo *Special Counsel* Robert Mueller[111], risulta dimostrato come il governo russo abbia interferito in vario modo con le elezioni presidenziali americane del 2016, non solo per mezzo della predisposizione massiva di campagne di *disinformation* attraverso gruppi e profili *fake*, ma anche attraverso attacchi *hacker* a seguito dei quali sono stati sottratti documenti riservati del *Democratic National Commitee*, poi diffusi mediante varie piattaforme *web*, tra le quali *WikiLeaks*[112].

Più di recente, le attività di agenzie russe nell'ambito della campagna elettorale per il *referendum* sulla *Brexit* e, più in generale, volte ad influenzare il sistema politico inglese, sono state oggetto di una indagine condotta dall'*Intelligence and Security Committee* (ISC) – l'organo parlamentare di controllo sui servizi segreti nel Regno

fredda", in *La Repubblica*, 27 maggio 2020, 12. Secondo il *report*, per come citato nell'articolo: "*nel confronto democrazia-autocrazia attualmente in corso, e che vede l'Italia territorio al tempo stesso di nuova frontiera della Guerra Fredda del terzo millennio e luogo di intersezione tra le tre maggiori potenze globali, il Coronavirus è il palcoscenico perfetto che i regimi autocratici stavano aspettando*".

[111] La figura dello *special counsel* è regolata dall'*Ethics in Government Act* del 1978, una legge promossa dopo lo scandalo del *Watergate* e il c.d. *Saturday Night Massacre* del 1973, quando Richard Nixon, per far rimuovere lo *Special prosecutor* Archibald Cox fece pressioni tali sull'*Attorney General* e sul suo vice da condurli entrambi alle dimissioni. Il 17 maggio del 2017, dopo che l'FBI aveva avviato alcune indagini sull'attività del Governo russo volte a influenzare le elezioni del 2016, il *Deputy Attorney General* Rod J. Rosenstein ha nominato Special Counsel l'ex Direttore dell'FBI Robert S. Mueller III (il provvedimento di nomina può esserere consultato in *www.justice.gov*) che ha consegnato il suo rapporto finale il 22 marzo 2019, dopo quasi due anni di lavoro, senza elevare alcuna accusa nei confronti di Donald Trump o di coloro che hanno collaborato alla sua campagna. L'intera vicenda è stata oggetto di un vivace dibattito negli Stati Uniti: secondo Alan Dershowitz, il *Mueller Report* non avrebbe mai dovuto essere scritto e ciò per due ordini di ragioni. La prima è che non vi erano, a suo parere, motivi sufficienti per avviare un'indagine indipendente, comprimendo la giurisdizione dell'Autorità Giudiziaria funzionalmente competente (l'ufficio dello *US Attorney*). La seconda ragione, direttamente connessa alla prima, è che se l'indagine avesse seguito la procedura ordinaria, non vi sarebbe mai stato un *Report* finale: infatti, i *prosecutors* avrebbero deciso se procedere o meno con la formulazione di accuse a carico del Presidente o di altri soggetti sottoposti a indagine, ma non avrebbero mai redatto una relazione destinata a diventare pubblica, come invece accaduto in questo caso. A parere di Dershowitz, infine, il fatto che il *Report*, pur non avendo condotto ad alcuna incriminazione, sia stato comunque definito una *road map* per l'*Impeachment* di Donald Trump, divenendo così uno strumento di lotta politica, se ne deve trarre la conferma di come la pubblicazione di tali documenti sia estremamente pericolosa per le libertà civili e la *rule of law*. A. DERSHOWITZ, *Introduction to the Mueller Report*, in *The Mueller Report. The final Report of the Special Counsel into Donald Trump, Russia and collusion*, New York, 2019, 12.

[112] *The Mueller Report. The final Report of the Special Counsel into Donald Trump, Russia and collusion*, New York, 2019, 38.

Unito – i cui risultati non sono stati ancora resi noti[113].

In attesa di questi ulteriori risultati di indagine, non pare comunque dubitabile che all'interno del territorio della Federazione Russa, nel corso degli ultimi anni abbiano operato e stiano ancora operando entità dedite alla produzione e alla diffusione di campagne di disinformazione massiva, presso le quali agiscono numerosi *content creators*, il cui lavoro consiste nel creare e gestire quanti più *account* fasulli possibili, con lo scopo di influenzare il dibattito e incidere sulla formazione del consenso in altri paesi del mondo, in occasione di competizioni elettorali[114].

In questo contesto, nel mese di marzo del 2019, la Russia ha adottato due leggi *anti-fake news*, emendando la previgente legislazione in materia di accuratezza dell'informazione e prevedendo sanzioni pecuniarie di tipo amministrativo per chiunque diffonda tali notizie[115].

Formalmente, in Russia la Legge sull'informazione[116] prevede la libertà di manifestazione del pensiero, a meno che essa non sia finalizzata 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.

Tuttavia, il sistema di controllo sulla diffusione delle informazioni da parte del Governo è sempre stato molto penetrante, come dimostra il fatto che, se la notizia viene distribuita tramite un aggregatore di notizie, il proprietario dell'aggregatore – e

[113] Dopo una lunga polemica, il *Premier* Boris Johnson, il 17 dicembre 2019, immediatamente dopo aver vinto le elezioni generali tenutesi il giorno 12 dello stesso mese, ha autorizzato la pubblicazione del *Russia Report* dell'ISC, ritenendo che esso non contenga alcun documento che, se reso noto, possa pregiudicare l'attività delle agenzie di sicurezza e di *intelligence*. Tuttavia, per conoscere il contenuto del *Report*, occorrerà attendere l'insediamento del nuovo Comitato, non ancora avvenuto. Cfr. *www.isc.independent.gov.uk/news-archive*.

[114] Secondo il rapporto declassificato dello *United States Office of the Director of National Intelligence*, intitolato "*Background to "Assessing Russian Activities and Intentions in Recent US Elections"*, del 6 gennaio 2017, "*La macchina di propaganda russa, composta dal suo apparato mediatico nazionale, da strumenti rivolti a un pubblico globale – come RT e Sputnik – e da una rete di troll para-governativi, ha contribuito alla campagna di disinformazione, servendo da piattaforma per la messaggistica del Cremlino verso la Russia e l'audience internazionale*". (Ivi, 3). Il testo integrale del rapporto è disponibile all'indirizzo: *www.dni.gov*.

[115] Si tratta, rispettivamente, della Legge federale No. 31-FZ del 18 marzo 18, 2019, che modifica l'art. 15-3 della Legge federale sull'informazione, l'informazione tecnologica e la protezione dell'informazione (disponibile all'indirizzo: http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001201903180031) e della Legge Federale No. 27-FZ del 18 marzo 2019, che modifica il Codice delle violazioni amministrative (disponibile in: *www.pravo.gov.ru*).

[116] Legge Federale No. 149-FZ sull'informazione, l'informazione tecnologica e la protezione dell'informazione, 27 luglio 2006 (disponibile in: *www.pravo.gov.ru*).

solo le persone fisiche o giuridiche russe possono esserlo – è considerato responsabile della verifica della veridicità dei fatti di rilevanza sociali da essi pubblicati. In ogni caso, gli enti statali hanno il diritto di rivolgersi all'organo esecutivo federale che esercita funzioni di controllo e supervisione nel campo dei *mass media*, delle comunicazioni di massa, delle tecnologie dell'informazione (*Roskomnadzor*), per adottare le misure necessarie per fermare la distribuzione di tali informazioni, mentre, qualora avvenga una diffusione di notizie in violazione della legge, il Procuratore Generale della Federazione Russa o i suoi sostituti possono presentare una petizione al *Roskomnadzor*, con la richiesta di interrompere la distribuzione di tali informazioni.

Con l'introduzione della legislazione *anti-fake news* del marzo 2019, i poteri di controllo sui media si sono fatti ancor più penetranti: sono state previste multe per la diffusione consapevole di notizie false, definite come "*informazioni false socialmente significative distribuite sotto forma di messaggi veritieri, tali da rappresentare una minaccia per la vita, la salute o la proprietà, ovvero tali da creare possibili violazioni di massa dell'ordine o della sicurezza pubblica, o che possano ostacolare i trasporti, il funzionamento delle infrastrutture, degli istituti di credito, delle linee di comunicazione, dell'industria e delle imprese energetiche*"[117].

Avendo novellato la legge previgente in materia di informazione, il meccanismo di segnalazione e rimozione di tali notizie è analogo a quello del quale abbiamo appena dato conto: il livello di affidabilità delle informazioni dovrà essere valutato dall'ufficio del Procuratore Generale, a cui compete la trasmissione al *Roskomnadzor* della richiesta di adottare misure per limitarne l'accesso.

Quanto alle sanzioni, la legislazione *anti-fake news* rinvia al Codice delle violazioni amministrative, ove si prevedono sanzioni pecuniarie che, nei casi più gravi – ossia quelli nei quali autori degli illeciti siano enti collettivi, possono arrivare ad un massimo di un milione e mezzo di rubli (poco più di ventunomila euro).

Come accaduto in Francia e in Germania, l'approvazione della disciplina di contrasto alla diffusione di notizie false mediante la rete, è avvenuta nonostante numerosi rilievi critici da parte delle istituzioni coinvolte – tra le quali il *Roskomnadzor* – preoccupate degli aspetti economici e organizzativi che la riforma avrebbe comportato, rispetto alla possibile compressione di diritti soggettivi non particolarmente radicati nella tradizione giuridica di quel paese[118].

[117] Legge di modifica dell'articolo 15-3 della Legge sull'informazione, § 1 (traduzione nostra).

[118] Una preoccupazione che è stata invece manifestata da alcune ONG, tra le quali *Free Speech Association*, *St. Petersburg PEN* e *PEN Moscow*, che hanno rilevato come attraverso le leggi in materia

Non può sfuggire, del resto, come l'opzione perseguita dal legislatore russo presenti forti similitudini con il modello tedesco, con il quale condivide il ricorso a sanzioni pecuniarie amministrative, differenziandosi tuttavia per l'applicazione delle stesse in via diretta all'autore della diffusione di *fake news*, anziché prevedere una responsabilità del gestore della piattaforma di *social network* attraverso la quale avviene la diffusione.

Purtuttavia, ad una disamina più attenta, le assonanze con i modelli repressivi dell'Unione Europea finiscono con l'essere scarsamente significative.

Ciò che rende il modello russo assai più simile a quelli adottati nelle democrazie autoritarie o nei regimi autoritari *tout court* del quadrante asiatico, rispetto a quelli adottati in ordinamenti estremamente attenti ad operare un corretto bilanciamento tra i diversi diritti fondamentali che entrano in gioco quando si affronta il problema della disinformazione, è il contesto nel quale questa legislazione – apparentemente coerente con il principio di proporzionalità – viene a essere calata.

La Russia, infatti, è da tempo considerata *not free* dai report redatti dalla ONG *Freedom House*, riportando un punteggio di 5/40 in materia di rispetto dei diritti politici e di 3/16 quanto alla tutela della libertà di espressione[119].

D'altra parte, non sono state infrequenti nel corso degli ultimi anni le sparizioni sospette od omicidi di giornalisti indipendenti, avvenute anche dopo il clamore suscitato nella comunità internazionale dall'uccisione della giornalista d'inchiesta Anna Politkovskaja, da tempo impegnata in indagini fortemente critiche in contrasto con le verità ufficiali diffuse dal Governo Putin[120].

L'atteggiamento fortemente repressivo rispetto alle possibilità di espansione delle libertà civili attraverso l'utilizzo dei mezzi di comunicazione digitali è dimostrato, da ultimo, da una recente e assai discussa legge denominata dai *media* occidentali "*sovereign Internet law*", con la quale il Governo, in caso di emergenza, può

di *fake news* il Governo abbia introdotto strumenti di controllo sulla libertà di espressione mediante la rete Internet. v. Russia: *New laws threaten freedom of expression and media freedom*, in *www.peninternational.org*, 1° aprile 2019.

[119] Nel capitolo dedicato alla Federazione Russa del *Freedom Report 2019*, si legge: "*Sebbene la Costituzione preveda la libertà di parola, alcune leggi dal contenuto assai vago in materia di repressione di attività estremiste concedono alle autorità grande discrezione nel reprimere qualsiasi discorso, organizzazione o attività che manca di supporto ufficiale. Il governo controlla, direttamente o attraverso società statali e o di proprietà di persone di fiducia, tutte le reti televisive nazionali e molte emittenti radiofoniche e di stampa, nonché la maggior parte del mercato pubblicitario*" (traduzione nostra). *Freedom in the world 2019*.

[120] A. POLITKOVSKAJA, *Proibito parlare*, Milano, 2007; ID. *La Russia di Putin*, Milano, 2015.

scollegare il collegamento con la rete, impedendo l'accesso a siti Internet collocati al di fuori della Russia.

Una legge, formalmente introdotta allo scopo di limitare i possibili effetti di un eventuale *cyberattacco*, attraverso la quale viene introdotto uno straordinario strumento di censura, affidato alla assoluta discrezionalità di chi detiene il potere esecutivo[121].

4. Libertà di manifestazione del pensiero e *fake news* nell'ordinamento italiano

L'analisi delle soluzioni adottate in ambito internazionale dimostra come il nodo essenziale dell'intero discorso sul rapporto tra diritto penale e *fake news*[122] consiste nell'individuare corretto bilanciamento tra diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero.

Sul piano interno, occorre quindi interrogarsi sul portato di tale diritto, per come sancito sul piano dall'articolo 21 della Costituzione[123], anche alla luce di quanto stabilito dal già richiamato art. 10 della CEDU.

Una volta preso atto di come il problema della diffusione di notizie false abbia una dimensione essenzialmente *politica*, non può sfuggire da ciò derivi la necessità di un attento bilanciamento con quei diritti riconosciuti proprio al fine di consentire la piena realizzazione delle libertà democratiche[124].

La libertà di manifestare il proprio pensiero nasce come rivendicazione contro le autorità che ne reprimono l'esercizio, mostrando con ciò la propria dimensione di *libertà negativa*, volta a riconoscere e a garantire legittimità a qualsiasi espressione di

[121] La legge, che secondo alcuni ha introdotto una *digital iron curtain*, è stata giustificata con il bisogno di difendere la Russia da eventuali *cyberattacchi*. v. E. SCHULZE, *Russia just brought in a law to try to disconnect its internet from the rest of the world*, in *www.cnbc.com*, 1° novembre 2019.

[122] v. E. LEHNER, *Fake news e democrazia*, in *MediaLaws – Rivista dir. media*, 1-2019, 3.

[123] In ordine al quale, senza pretesa di completezza, si vedano gli scritti di S. FOIS, *Principi costituzionali e libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1957; C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958; P. BARILE, *Le libertà nella Costituzione*, Padova, 1966, 181 ss.; A. LOIODICE, *Contributo allo studio sulla libertà di informazione*, Napoli, 1969; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, VIII Ed., Vol. II, Padova, 1969.

[124] Sulla concezione politica della libertà di manifestazione del pensiero, S. FOIS, *Principi costituzionali e libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 15 ss. La natura politica di tale diritto emerge con chiarezza esaminando il dato comparato: pur trattandosi di diritto riconosciuto da tutti gli ordinamenti democratici, ciascuno di essi lo ha modulato in maniera differente, secondo proprie tradizioni nazionali.

dissenso[125], confliggente con il pensiero dominante in un determinato momento o contesto storico in ambito religioso, politico, scientifico e culturale.

Nel nostro ordinamento, dopo la lunga fase di tutela *debole* tanto della libertà di manifestazione del pensiero, quanto della libertà di stampa, che ha caratterizzato l'epoca statutaria[126], la Costituzione ha determinato una profonda innovazione sul terreno delle garanzie, riconoscendo il diritto di esprimersi liberamente ("*manifestare liberamente il proprio pensiero*") e di farlo attraverso ogni mezzo idoneo a veicolarne il messaggio al massimo numero di persone ("*con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione*")[127].

La Costituzione del 1948, che individua come *fattore ordinante* del rinnovato ordinamento costituzionale repubblicano i principi fondamentali che ne marcano l'identità e che racchiudono in sé le informazioni genetiche attorno alle quali esso si modella[128], ha inoltre comportato il superamento della tradizionale concezione del diritto di espressione del pensiero come libertà negativa, riconoscendo l'aspetto individualistico della libertà di pensiero, che rientra tra quei diritti inviolabili riconosciuti all'uomo – e alle formazioni sociali – in forza dell'art. 2 Cost., che la Repubblica ha il dovere di garantire sia nei confronti dello Stato, sia nei confronti dei privati[129].

Ne deriva che né il legislatore ordinario, né tantomeno la pubblica amministrazione o i privati, possono introdurre limiti all'esercizio di tale diritto; eccezion fatta per il *limite espresso* del *buon costume*, richiamato dall'u.c. dell'art. 21 Cost., e per i *limiti impliciti* derivanti dall'individuazione di altri interessi costituzionalmente riconosciuti, tra i quali, ad esempio, l'onore e la reputazione – di talché è senz'altro le-

[125] Sono infatti le opinioni minoritarie, o comunque confliggenti con quelle già riconosciute come legittime ad avere necessità di tutela. Lo ha efficacemente osservato V. ZENO-ZENCOVICH, *La libertà di espressione. Media, mercato, potere nella società dell'informazione*, Bologna, 2004, 9.

[126] Lo Statuto riconosceva, all'art. 28, la sola libertà di stampa, prevedendo una tutela esclusivamente indiretta della libertà di manifestare il proprio pensiero, quale forma di esercizio della libertà di riunione (art. 32), e che peraltro veniva riconosciuta esclusivamente con riferimento a riunioni private, in conformità all'idea di Stato garante solamente di quelle manifestazioni che, in ragione del mezzo utilizzato, avessero con altri fini anche quello politico. A. PACE-M. MANETTI, *Commento all'art. 21 della Costituzione. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in *Commentario della Costituzione* (fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso), Bologna-Roma, 2006, 31.

[127] P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero* (voce), in *Enc. Dir.*, Vol. XXIV, Milano, 1974, 427.

[128] Così A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana* (voce), in *Enc. Dir.*, Annali, Vol. VIII, Milano, 2015, 268.

[129] Per un approfondimento del quale si rimanda a A. BARBERA, *Commento all'art. 2 della Costituzione*, in *Commentario della Costituzione* (a cura di G. Branca), Bologna 1975. Nella letteratura penalistica, si v. anche G. DELITALA, *I limiti giuridici alla libertà di stampa*, in *Iustitia*, 1959, 383 ss., oggi anche in ID., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, Vol. II, Milano, 1976, 947 ss.

gittima la fattispecie di *diffamazione* di cui all'art. 595 c.p. (v. *infra*, § 6) –, il regolare funzionamento della giustizia – tutelato, tra l'altro, dalla previsione del divieto di pubblicazione arbitraria di atti di un procedimento penale *ex* art. 684 c.p. – e la sicurezza dello Stato – garantita, tra l'altro, dalle fattispecie incriminatrici di rivelazione del segreto di Stato di cui agli artt. 261 e 262 c.p.

A proposito dei limiti – la cui disamina di dettaglio esula dall'oggetto della nostra trattazione[130] – riteniamo utile soffermarci in particolare su quella che è stata definita *una rilevantissima «delimitazione» della Garanzia costituzionale*[131].

È stato infatti rimarcato[132] come la Carta, facendo riferimento alla manifestazione di un *proprio* pensiero, sembrerebbe tutelare l'espressione di un pensiero *originale*; tuttavia, la difficoltà di distinguere tra un pensiero che possegga tale requisito e un pensiero che invece ne sia sprovvisto, ha fatto sì che si affermasse la tesi secondo la quale è garantita la diffusione anche di un pensiero non *originale* – eccezion fatta per il caso in cui l'oggetto del contendere sia proprio la paternità di un'idea, con la conseguente tutela costituzionale riconosciuta all'effettivo autore –, essendo sufficiente che il diffusore di idee altrui le abbia in un qualche modo introiettate e *fatte proprie*[133].

Vi sono però dei fatti insuscettibili di acquisire la qualità di pensieri *propri*, in quanto soggettivamente *falsi*[134].

La propalazione o la narrazione di tali fatti, nonostante non sia di per sé vietata – pur ricadendo in un divieto ogniqualvolta il fine di inganno vada a ledere uno dei limiti costituzionalmente imposti alla stessa libertà di manifestazione del pensiero – non goda però di tutela costituzionale, consentendo così al legislatore ordinario di

[130] Per una rassegna dei quali rimandiamo, per tutti, a A. PACE-M. MANETTI, *Commento all'art. 21 della Costituzione*, cit., 41.

[131] *Ivi*, 88.

[132] *Ivi*, 431.

[133] Sulla opportunità di mantenere una distinzione tra fatti e opinioni – messa in discussione da chi osserva come la narrazione di fatti implica comunque una forma di valutazione critica da parte del propalatore che contiene una manifestazione di pensiero; di talché il giornalista che riferisce un pensiero di una terza persona, esercitando lo *jus narrandi*, finisce con il manifestare *anche* il proprio pensiero (per tutti P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1976, 34), mentre invece altri Autori ritenevano invece che fosse distinguere tra opinioni e fatti, a condizione che la verità di questi fosse "*almeno virtualmente, da chiunque verificabile*" (v. V. CRISAFULLI, *Problematica della «libertà d'informazione»*, in *Il politico*, 1964, 288), ci trova concordi l'opinione di Zeno-Zencovich, il quale rimarca come tale dicotomia abbia la funzione principale di individuare le prevalenti ragioni dietro l'attività di informazione e quella di manifestazione del pensiero, quest'ultima caratterizzata dalla sua connotazione individuale e di espressione della personalità, a differenza della prima, che ha qualificazione economica. V. ZENO-ZENCOVICH, *La libertà di espressione*, cit., 24.

[134] C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, 36.

vietare e punire quelle manifestazioni di pensiero non corrispondenti alle proprie interiori persuasioni, purché ricorrano due condizioni: che sia raggiunta la prova della divergenza dell'espressione dal pensiero dell'autore e che tale divergenza possa danneggiare la pubblica fede, ovvero offendere interessi giuridicamente protetti dei singoli o della collettività[135].

Più complessa la questione della libertà di stampa, che pure costituisce uno dei corollari fondamentali della libertà di manifestazione del pensiero.[136].

La libertà di stampa, intesa come posizione giuridica soggettiva garantita nei confronti di interferenze illecite sia da parte dei pubblici poteri, sia da parte dei privati, trova pieno riconoscimento con l'affermarsi della forma di Stato liberale, della quale costituisce – più ancora di altri diritti di libertà – uno degli elementi caratterizzanti[137].

---

[135] *Ivi*. È interessante notare come il problema della diffusione massiva di *fake news* stia determinando un dibattito sul portato del Primo Emendamento (e, in particolare, sulla tutela che esso offre al diritto di mentire) anche nella letteratura giuridica statunitense, ove si sta mettendo in discussione l'orientamento della Corte Suprema, che nella sua giurisprudenza – v. *N.Y. Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *United States v. Alvarez*, 567 U.S. 708 (2012) – ha finora ritenuto la menzogna, purché tale da non causare gravi danni, tutelata dal *freedom of speech*. Sul punto: A. CHEN-J.F.MARCEAU, *Developing a Taxonomy of Lies Under the First Amendment* (April 19, 2018). *University of Colorado Law Review*, Vol. 89, No. 655, 2018; *U Denver Legal Studies* Research Paper No. 18-11; C. SUNSTEIN, *Falsehoods and the First Amendment*, in *www.ssrn.com*, 25 luglio 2019.

[136] Nell'approcciarsi a questa disciplina, occorre tener presente una fondamentale distinzione: parliamo di libertà *di* stampa con riferimento al diritto da parte degli operatori di essere liberi da qualsiasi ingerenza esterna, esercitando così, attraverso di essa, una forma peculiare di manifestazione del pensiero; viceversa, ci riferiamo al concetto di libertà *della* stampa intendendo con ciò considerare il complesso di strumenti volti a regolare le modalità di accesso agli strumenti di comunicazione e le discipline che consentono di esercitare in concreto la libertà di impresa nel settore editoriale. F. SCHIAVETTI, *Libertà di stampa e libertà della stampa nei lavori dell'Assemblea Costituente*, in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente*, II, *Le libertà civili e politiche*, Firenze 1969, 442 ss.; U. DE SIERVO, *Recenti linee di tendenza degli interventi legislativi e governativi in materia di stampa*, in *La stampa quotidiana tra crisi e riforma*, a cura di P. Barile e E. Cheli, Bologna 1976, 51; L. PALADIN, *Problemi e vicende della libertà d'informazione nell'ordinamento giuridico italiano*, in *La libertà di informazione*, a cura di L. Paladin, Torino 1979, 7.

[137] Mentre nel Seicento la libertà di manifestazione del pensiero nasce come forma di immunità garantita ai parlamentari nell'esercizio delle loro funzioni, garantendo loro di poter criticare la politica del Sovrano, nel secolo successivo si affermò progressivamente una diversa impostazione, secondo cui – sia pure con prudenza – tale libertà doveva essere riconosciuta a chiunque, anche al di fuori delle aule parlamentari. Da questa visione, definitivamente consacrata nelle Costituzioni *rivoluzionarie* di Francia e Stati Uniti, discendono i due fondamentali modelli di tutela sopravvissuti fino ai giorni nostri: da un lato, il modello di stampo giusnaturalista americano, scolpito nel Primo Emendamento della Costituzione del 1787, che vede la libertà di espressione come elemento preesistente alla sua costituzionalizzazione, come tale non suscettibile di alcun tipo di limitazione legislativa, ma solo di un bilanciamento con altri interessi, da operarsi caso per caso, e dall'altro quello di tipo giuspositivista francese, espresso prima nella Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789 poi nella

Nella tradizione storica italiana viene affermata in via di principio l'equivalenza tra libertà di manifestazione del pensiero e libertà di stampa, tanto che il legislatore postunitario decise di abrogare le previgenti normative consistenti in limiti e controlli amministrativi di tipo preventivo, ispirate al modello degli antichi *privilegi*, in sostituzione delle quali preferì tuttavia l'introduzione di una severa legislazione penale[138].

Con l'avvento del fascismo, accanto alla previsione di un ampio arsenale di strumenti preventivi di natura formalmente amministrativa, il legislatore fascista intervenne con una profonda ridefinizione del settore dei reati a mezzo stampa, che il Codice del 1930 ricondusse a unità dopo che per un lungo periodo la loro disciplina era stata frammentata tra l'Editto del 1848 e il Codice Zanardelli del 1889[139].

Questo quadro fortemente repressivo era destinato a cambiare con la proclamazione della Repubblica e l'entrata in vigore della Costituzione[140], nella quale la libertà di stampa ha trovato pieno riconoscimento ed è stata sottoposta alla duplice tutela della riserva di legge e di giurisdizione, superando definitivamente l'annosa questione dei sequestri sugli stampati, risolta attribuendo al giudice il potere di interve-

costituzione del 1791, che affida al legislatore il compito di individuare, tramite la legge, un punto di equilibrio tra diritti soggettivi dei cittadini e interessi dell'Autorità.. U. DE SIERVO, *Stampa (dir. pubb.)*, in Enc. Dir., Vol. XLIII, Milano, 1990, 580.

[138] Del resto, la preoccupazione del legislatore liberale di lasciare privo di regolamentazione uno strumento così *potente* risulta in tutta la sua ampiezza se si osserva come, a soli ventidue giorni dalla promulgazione dello Statuto, che all'art. 28 garantiva "*La Stampa sarà libera, ma una legge ne reprime gli abusi*", Carlo Alberto si preoccupò di emanare *motu proprio* le sue sovrane disposizioni, nella forma del già richiamato Editto sulla stampa, che rimase in vigore – pur con alcune modifiche – come legge fondamentale sulla stampa fino all'avvento del regime fascista.

[139] Sin da gli albori del regime, vennero introdotti provvedimenti attraverso i quali veniva consentito il sequestro della stampa quotidiana e periodica da parte delle autorità di pubblica sicurezza; inoltre, veniva ridefinita la figura del gerente (v. *infra*, § 7), attribuendo tra l'altro al Prefetto il potere di diffidarlo ed eventualmente di revocarlo nel caso in cui, nell'arco di un anno, avesse riportato due condanne per reati a mezzo stampa, ovvero due diffide prefettizie. Tra il 1925 e il 1928 vennero inoltre creati l'Ordine e l'Albo dei giornalisti, formalmente presentati come la risposta ad un'antica aspirazione della classe giornalistica, che avrebbe così visto aumentato il proprio prestigio professionale, ma in sostanza volti a introdurre un filtro da parte del potere esecutivo all'esercizio della professione, nonché la previsione di un sistema disciplinare volto a condizionare l'attività degli iscritti. U. DE SIERVO, *Stampa (dir. pubb.)*, cit., 583-584. Sul punto, v. anche A. MINO, *La disciplina sanzionatoria dell'attività giornalistica*, Milano, 2012, 6 ss.

[140] Nel periodo tra la caduta del Fascismo e il referendum istituzionale del 1946 le rigide leggi vigenti non vennero modificate; viceversa, il r.d.l. 14 gennaio 1944, n. 13 (*Disciplina della stampa durante l'attuale stato di guerra*), che conteneva disposizioni estremamente severe di limitazione all'esercizio della libertà in parola venne più volte proprogato, fino all'entrata in vigore della l. 47/1948.

nire in via cautelare *con atto motivato* e nei soli casi per i *quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizzi, o nel caso di violazione delle norme che la legge stessa prescriva per l'indicazione dei responsabili*[141].

Oltre alla Costituzione, la legislazione degli anni Quaranta ci ha consegnato un altro testo fondamentale per quanto riguarda il diritto dell'informazione: la legge sulla stampa (l. 47/48)[142].

Questa disciplina, tutt'ora vigente, costituisce l'architrave che ha retto l'intero sistema del diritto dell'informazione, che si è progressivamente arricchito di discipline settoriali, volte a regolare singoli aspetti economici di rilievo per il settore[143], ovvero specifici *media*.

Si è però dovuto aspettare il nuovo millennio per avere un primo embrione di legislazione in materia di *new media*.

Nel 2001, con la l. 7 marzo 2001, n. 62, l'editoria telematica è stata – parzialmente[144] – equiparata a quella cartacea, alla quale, tuttavia, venivano ancora riservati in via esclusiva i contributi previsti dalla l. 416/1981 e dalle leggi ad essa collegata.

Con gli anni Duemila, lo scenario sarebbe profondamente mutato: con l'art. 20 del d.l. 223/2006 (cd. *Decreto Bersani*) l'entità dei finanziamenti diretti venne profondamente ridotta, superando la loro configurazione come diritti soggettivi e sottoponendoli dunque a rigidi limiti massimi di spesa da parte dello Stato. Questo nuovo si-

[141] Salvo il potere, attribuito dal III c. dell'art. 21 Cost. agli organi di Polizia Giudiziaria di disporre il sequestro in via d'urgenza, limitato tuttavia ai soli casi in cui l'urgenza sia *assoluta* e non sia possibile il tempestivo intervento dell'autorità giudiziaria ed escluso l'obbligo di denunciare il fatto, entro le ventiquattr'ore successive, alla suddetta autorità, che a sua volta deve convalidare il sequestro entro le ventiquattr'ore successive, trascorse le quali lo stesso si intende revocato e privo d'effetto.

[142] In essa, accanto al riconoscimento del libero esercizio dell'attività di stampa – sottoposta alla sola disciplina degli stampati e dei giornali murari come requisito per il suo esercizio – viene inasprito il trattamento sanzionatorio per la diffamazione *commessa con il mezzo della stampa, consistente nell'attribuzione di un fatto determinato*, sanzionata in forza di una aggravante speciale a effetto speciale (art. 13) con la reclusione da uno a sei anni e con la pena della multa *non inferiore a lire centomila*. Nella stessa legge viene sancito il diritto di rettifica (art. 8) e l'estensione della responsabilità civile (art. 12), sancendo il principio per cui, per i reati commessi col mezzo della stampa, sono civilmente responsabili, in solido con gli autori del reato e fra di loro, il proprietario della pubblicazione e l'editore.

[143] F. GOBBO, *L'industria italiana della carta: un oligopolio imperfetto*, Bologna 1974 e ID., *Ente nazionale cellulosa* e *carta e intervento pubblico a favore della stampa*, in *Probl. inform.*, 1976, 289 ss.; R. LUPO-S. TROILO, *Mezzo secolo di stampa assistita. Rapporto sulle forme di sostegno dello Stato all'editoria (1935-1987)*, I Parte, in *Dir. inf.*, 1988, 517 ss.

[144] P. COSTANZO, *La stampa telematica (tuttora) tra ambiguità legislative e dissensi giurisprudenziali*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, a cura di M. D'Amico e B. Randazzo, Milano 2011, 519 ss.

stema sarebbe durato pochi anni: nel 2011, con l'art. 29, c. 3, del d.l. 201/2011, allo scopo di contribuire al pareggio di bilancio entro la fine del 2013, il sistema di aiuti diretti di cui alla l. 250/1990 è stato abolito, con efficacia alla data del 31 dicembre 2014.

Si è dovuto però attendere l. 26 ottobre 2016, n. 198, il 2016, perché il legislatore intervenisse con un intervento di razionalizzazione di un sistema ormai monco e afflitto dal paradosso di un legislatore che, dopo decenni, abbandonava il sostegno all'editoria proprio nel momento di maggiore crisi del settore.

5. La scriminante dell'esercizio di un diritto davanti all'enigma della postverità

Per quanto di nostro interesse, la libertà di espressione del pensiero, oltre a costituire un potenziale limite all'intervento legislativo in materia di diritto dell'informazione, deve necessariamente essere valutata anche quale fondamento della scriminante dell'esercizio di un diritto.

Nella scriminante descritta dall'art. 51 c.p. – ove, secondo un insegnamento ormai consolidato,[145] vi è una fondamentale esigenza di coerenza e giustizia materiale, riassumibile nel brocardo *qui iure suo utitur neminem laedit* – viene in rilievo un bilanciamento tra interessi contrapposti, tra i quali il legislatore sceglie di conferire peso maggiore alla realizzazione, da parte dell'agente, dell'interesse per cui l'ordinamento riconosce o attribuisce un *diritto*, la cui nozione è de intendersi in senso ampio, tanto da ricomprendere anche gli interessi legittimi e, ancor più in generale, qualsiasi situazione giuridica attiva.

La portata particolarmente ampia dell'esimente dell'esercizio di un diritto, norma *contenitore*, definita anche scriminante *in bianco* o a *schema aperto*[146], determina un meccanismo di bilanciamento assai peculiare rispetto al sistema delle esimenti, in quanto la natura originariamente non penale di questo tipo di norme

[145] M. ROMANO, sub *art. 51*, in *Commentario sistematico del Codice penale*, II Ed., Milano, 2004, 541. Sul punto, v. anche: A. ALBEGGIANI, *Commento all'art. 51*, in M. Ronco-S. Ardizzone (a cura di), *Codice penale ipertestuale*, Torino, 2007, 335; D. PULITANÒ, voce *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, in *Dig. disc. pen.*, 1990, 320 ss.; P. SEMERARO, *L'esercizio del diritto*, Milano, 2009, 4 ss.; F. MANTOVANI, voce *Esercizio del diritto (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XV, 1966, 627 ss.; R.A. FROSALI, *L'esercizio d'un diritto nel sistema delle cause di non punibilità*, in *Scritti giuridici in onore di V. Manzini*, Padova, 1954, 219 ss.; D. SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, Napoli, 1961, 93 ss.

[146] C.F. GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, Milano, 1961, 199 ss.

scriminanti non conduce necessariamente a una soluzione del conflitto nel senso di una indistinta prevalenza della norma di liceità[147].

È una caratteristica che rende questa norma uno strumento imprescindibile per garantire l'armonizzazione del diritto penale rispetto ai mutamenti sociali in atto in un determinato periodo storico, contribuendo ad adeguare la reazione punitiva ai cambiamenti che si verifichino all'interno del corpo sociale[148].

Una caratteristica che appare del tutto evidente se si esamina il settore dei reati a mezzo stampa, che costituisce uno degli ambiti di maggiore applicazione della scriminante in parola[149] e, di conseguenza, uno dei punti di maggiore interesse per apprezzare la funzione evolutiva dell'interpretazione giurisprudenziale in materia penale.

Nell'esperienza giuridica italiana, i diritti riconducibili alla libertà di manifestazione del pensiero che vengono in rilievo in un giudizio di bilanciamento con principali delitti a mezzo stampa – e, in particolare, con la diffamazione, sono quelli di cronaca, di critica e di satira[150].

La compresenza di interessi costituzionalmente rilevanti – da un lato l'onore e

---

[147] F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti*, Torino, 2018, 161. In quella sede l'Autore individua in tre ordini di ragioni i principali motivi della maggiore incertezza del meccanismo di bilanciamento. In primo luogo, vi sono ragioni di tipo normativo: le fattispecie che prevedono diritti o doveri sono sovente esse stesse soggette a limiti, dai quali può derivare la prevalenza della norma punitiva su quella facoltizzante; in secondo luogo, vi possono essere motivi assiologici, in quanto, come più volte rilevato dalla Corte Costituzionale (da ultimo in Corte Cost., 9 maggio 2013, n. 85, § 9) nessun diritto, per quanto fondamentale, può godere di una tutela incondizionata; infine, vi sono considerazioni funzionali, che attengono alla possibilità che i diritti e i doveri – a differenza delle altre norme scriminanti, introdotte specificamente per neutralizzare la responsabilità penale – essendo previsti per altri scopi, in altri settori dell'ordinamento, possano soccombere di fronte ad una incriminazione. Sono considerazioni che convincono, anche se, come ha notato di recente V. VALENTINI, *Dovere di soccorrere o diritto di sperонare? Qualche spunto (quasi) a caldo sul caso sea watch 3*, in *www.discrimen.it*, 5 agosto 2019, 18, "*tutte le scriminanti, anche quelle più povere di fatto, tollerano registri applicativi differenziati in ragione delle variabili, storico-concrete e assiologiche, che connotano il contesto su cui insistono; nessuna esimente, insomma, cristallizza preconfezionate e anelastiche regole di prevalenza del valore (incarnato dalla norma di favore) sul disvalore (espresso dal fatto tipico)*

[148] v. M. DONINI, *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2-2016, 733.

[149] M. GALLO, *Diritto penale italiano, Appunti di parte generale*, II Ed., Torino, 2019, 319.

[150] Parte minoritaria della dottrina ha distinto il fondamento giuridico del diritto di cronaca e del diritto di critica, ravvisando il primo, senza incertezza alcuna, nella scriminante dell'esercizio del diritto; il secondo, invece, nel consenso dell'avente diritto, in funzione dei limiti della preventiva disponibilità dell'onore (in tal senso: M. SPASARI, *Sintesi di uno studio sui delitti contro l'onore*, Milano, 1962, 50; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V ed. (aggiornata da G.D. Pisapia e P. Nuvolone), Vol. X, Torino, 1986, 444; E. GAITO, *La verità dell'addebito nei delitti contro l'onore*, Milano, 1966, 182-183).

la reputazione, ritenuti diritti inviolabili dell'uomo (art. 2 Cost.) ed espressione della pari dignità sociale dei cittadini (art. 3 Cost.), dall'altro lato la libertà di espressione (art. 21 Cost.) – unito alla già richiamata necessità di un bilanciamento in concreto da parte dell'interprete ha fatto sì che l'estensione del portato scriminante riconosciuto al diritto di cronaca e a quello di critica – sia pure nella loro diversità, che in prima battuta possiamo individuare nel fatto che la cronaca consiste nella narrazione di *fatti*, mentre la critica nell'esposizione di *giudizi*[151] – sia proceduta di pari passo alle modificazioni socio-culturali intervenute nel corso dei decenni, seguendo una traiettoria evolutiva segnata dalla progressiva estensione del loro campo di applicazione, funzionale a garantire il pluralismo informativo e delle idee.

Secondo un insegnamento ormai consolidato, il *diritto di cronaca*, qualificato come diritto pubblico soggettivo, si estrinseca nel *potere-dovere* del giornalista di portare a conoscenza dell'opinione pubblica fatti, notizie e vicende che interessino la vita associata.

Sin dai tempi della ormai *storica* sentenza "Decalogo"[152], la giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di chiarire come, affinché al diritto di cronaca possa essere attribuita efficacia scriminante ex art. 51 c.p., devono ricorrere tre condizioni: l'informazione diffusa deve avere utilità sociale; deve esser riportata in termini continenti; ma soprattutto deve essere *vera*.

L'oggetto della nostra ricerca ci porta a dedicare a quest'ultimo aspetto un approfondimento ulteriore.

Il requisito della verità deve essere interpretato in termini *oggettivi*[153], occorrendo

[151] M. PELISSERO, *Diritto di critica e verità dei fatti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 3-1992, 1232. Più precisamente, la cronaca viene definita come "*narrazione dei fatti senza sistemazione scientifica dei medesimi e sulla base di un mero criterio di successione temporale*" (P. NUVOLONE, *Cronaca (Libertà di)*, in *Enc. dir.*, Vol. XI, 1962, 421); mentre la critica come una forma di "*dissenso razionale e motivato rispetto alle idee e ai comportamenti altrui*" (A. BEVERE-A. CERRI, *Il diritto di informazione e i diritti della persona*, Milano, 1995, 259).

[152] Cass. civ., Sez. I, 18 ottobre 1984, n. 5259, in *Foro it.*, 1984, I, c. 2711, con nota di R. PARDOLESI; in *Giust. Civ.*,1984, 2941 e ss., con commento di G. GIACOBBE, *Prime impressioni tecniche su una contestata sentenza*; in *Dir. inf.*, 1985, 152 ss., con commento di S. FOIS, *Il cosiddetto decalogo dei giornalisti e l'art. 21 Cost.*

[153] Cass. pen., Sez. V, 17 gennaio 2013, n. 7579. in tema di interesse pubblico si veda , secondo cui l'interesse pubblico alla divulgazione della notizia riveste carattere oggettivo, restando, pertanto, irrilevante l' interesse privato dell'autore dell'articolo alla sua pubblicazione; Cass. pen., Sez. V, 10 aprile 2012, n. 30369, secondo cui non sussiste interesse pubblico alla divulgazione, in un articolo su un periodico, delle scelte private di un dato soggetto attinenti alla sfera sessuale; Cass. pen., Sez. V, 3 dicembre 2001, n. 7000, che lo ha ritenuto sussistente qualora il curatore di un libro antologico, al solo

cioè, per poter validamente invocare l'efficacia scriminante del diritto di cronaca, che il fatto narrato sia oggettivamente vero, o quantomeno – con riferimento all'ipotesi della scriminante putativa – che vi sia stato un attento e diligente lavoro di verifica delle fonti, nonostante il quale si sia verificato un errore da parte del giornalista[154].

Nel campo che ci impegna, occorre però tener presente che la verità che rileva è quella della *notizia*, non del *fatto storico* che ne costituisce l'oggetto[155]: si pensi al caso di un articolo di cronaca giudiziaria che dia conto dell'applicazione di misure cautelari personali nei confronti di indagati poi riconosciuti estranei agli addebiti; in questo caso, a fronte di una notizia *vera* – l'applicazione di misure che presuppongono una valutazione sulla gravità del quadro indiziario a carico degli indagati – ben potrà corrispondere un fatto *non vero* – la loro responsabilità – di talché sarà compito del giornalista utilizzare un linguaggio *continente*, che consenta ai lettori di apprezzare la effettiva consistenza fattuale di quanto oggetto di narrazione[156].

Nell'esperienza pratica, il problema della verifica sulla verità di quanto narrato finisce spesso per intrecciarsi con quello della fonte originaria di propalazione della notizia, che a parere di autorevole dottrina, ove particolarmente qualificata potrebbe far sì che venisse superato il principio della verità di quanto riportato[157].

Anche in questo caso, tuttavia, osserviamo il formarsi di orientamenti contrastanti, che hanno alla base una diversa valutazione dell'impatto che le nuove tecno-

scopo di rendere e descrivere fedelmente il contesto socio-culturale proprio degli autori di alcuni testi riporti e divulghi espressioni forti e pungenti),

[154] Sul limite della verità: Cass. pen., Sez. V, 17 novembre 2017, n. 8721; Cass. pen., Sez. V, 28 novembre 2016, n. 3439. Sulla non correttezza di una notizia fondata su una *vox populi* si veda Cass. pen., Sez. V, 16 novembre 2018, n. 5680. Secondo taluno, considerato che il dolo del reato di diffamazione viene inevitabilmente intaccato quando la notizia verosimile viene attinta da un fonte attendibile, analogamente, la sussistenza del requisito della verità del fatto, piuttosto che dar corpo alla scriminante dell'esercizio del diritto di cronaca, svolgerebbe "*direttamente un ruolo all'interno della fattispecie del reato di diffamazione e cioè quello di indice rivelatore dell'assenza dell'elemento soggettivo*" (M. ANGELINI, *La "verità della notizia" quale indizio della atipicità della condotta del giornalista rispetto al reato di diffamazione*, in *Cass. pen.*, 1999, 3140).

[155] Come riconosciuto, tra l'altro, da Cass. pen., Sez. V, 14 gennaio 2010, n. 11897. Sui limiti della cronaca giudiziaria: Cass. pen., Sez. V, 28 settembre 2018, n. 54496; Cass. pen., Sez. V, 9 settembre 2015, n. 3073; Cass. pen., Sez. V, 19 maggio 2015, n. 35702. In dottrina V. MANZINI, *Trattato*, cit., 372, nonché M. CERASE, *Cronaca giudiziaria, illazioni e allusioni,* in *Cass. pen.*, 2001, 3052.

[156] Cass. pen., Sez. V, 21 ottobre 2008, n. 44522 afferma che, pur essendo lecito dare notizia di un provvedimento giudiziario, laddove le informazioni ad esso relative vengano utilizzate dal giornalista per congetturare ipotesi offensive «tendenti ad affiancare o a sostituire gli organi investigativi», incombe sull'autore del pezzo l'onere di verificare le notizie e di dimostrarne la pubblica rilevanza.

[157] G. FIANDACA, *Nuove tendenze repressive in tema di diffamazione a mezzo stampa?*, in *Foro It*, 1984, 531.

logie determinano sulla rapidità dei flussi informativi.

Secondo un insegnamento da tempo consolidatosi, l'accertamento della verità deve essere particolarmente rigoroso, imponendo, nel caso di richiamo a fatti risalenti nel tempo, l'obbligo di aggiornamento circa quanto avvenuto nel lasso temporale intercorso tra la pubblicazione primigenia e quella successiva[158] e negando l'operatività dell'esimente in parola, anche sotto il profilo putativo, qualora un giornalista si trovi nell'impossibilità di attualizzare il controllo, in ragione della inaccessibilità delle nuove fonti informative, dovendo in tal caso rinunciare a pubblicare[159].

L'accuratezza nella verifica della notizia, che comunque presuppone una scelta oculata delle sue fonti, viene spesso considerata dalla giurisprudenza come elemento indispensabile affinché possa ravvisarsi la scriminante del diritto di cronaca nella forma putativa[160]. Stando sempre a quanto sostenuto dalla giurisprudenza, l'esigenza di fornire la prova della scrupolosità con cui il giornalista ha adempiuto alle verifiche

[158] Cass. pen., Sez. V, 4 marzo 2005, n. 15986 per la quale nel caso in cui una notizia riguardi un fatto risalente nel tempo, è necessario che il giornalista "aggiorni" il controllo sulla verità della stessa nel momento della pubblicazione. (Nello stesso senso Cass. pen., Sez. V, 15 gennaio 2008, n. 14062 che specifica come la ragione di ciò risiede nel fatto che ogni individuo coinvolto in indagini di natura penale è titolare di un interesse primario a che, venuta meno ogni ragione di "sospetto", la propria immagine non resti offesa da anteriori notizie di stampa.

[159] Cass. pen., Sez. V, 8 novembre 2018, n. 3132; Cass. pen., Sez. V, 17 dicembre 2010, n. 13708. Similmente Cass. pen. Sez. V, 9 novembre 2004, n. 48095, rileva come non possa essere invocata l'esimente del diritto di cronaca "*sostenendo che si dovrebbe tener conto della peculiare natura dell'attività giornalistica e, in particolare, della necessaria rapidità dell'acquisizione, verifica e divulgazione della notizia. Ciò in quanto il giornalista non può disinvoltamente e indiscriminatamente trasmettere le notizia a lui pervenute senza verificare (...) la loro rispondenza al vero (...) se non è in grado, in ragione della ristrettezza dei tempi, di compiere ogni accertamento atto a fugare ogni dubbio o incertezza in ordine alla verità (...) deve semplicemente astenersi*". Pare invece porsi in contrasto con la sentenza appena indicata, nonché con i principi sin qui delineati una più risalente sentenza, ove si afferma che: "l'esigenza della velocità può comportare un sacrificio in nome dell'interesse alla notizia dell'accuratezza della verifica della sua verità e della bontà della fonte"; (Cass. pen., Sez. V, 15 dicembre 2005, n. 8042). Si tratta di una decisione con la quale la Cassazione ha escluso la sussistenza del diritto di cronaca nell'ipotesi di utilizzazione della versione data dalla sola "fonte" della notizia, portatrice di rancore verso la parte lesa, circa fatti accaduti molti anni addietro.

[160] Cass. civ., Sez. III, 4 ottobre 2011, n. 20285, ove viene posta in risalto la distinzione tra verità putativa e mera verosimiglianza con la precisazione che l'esimente putativa, sotto il profilo della verità, non sussiste per la mera verosimiglianza dei fatti narrati, essendo necessaria la dimostrazione dell'involontarietà dell'errore, dell'avvenuto controllo — con ogni cura professionale, da rapportare alla gravità della notizia e all'urgenza di informare il pubblico — della fonte e dell'attendibilità di essa, onde vincere dubbi e incertezze in ordine alla verità dei fatti narrati. Il principio era già stato affermato, nel suo nucleo essenziale, dalle Sezioni Penali della Suprema Corte e, in particolare, da Cass. pen., Sez. U., 30 maggio 2001, n. 37140, in *Cass. pen.*, 2002, 98; nonché dalle successive Cass. pen., Sez. V, 16 dicembre 2004, n. 4009 e Cass. pen., Sez. V, 21 giugno 2005, n. 27236.

del caso s'imporrebbe, in modo particolare, proprio nell'ambito della cronaca giudiziaria, attesa la particolarità e l'importanza della materia trattata.

Questa evidente polarizzazione sulla diligenza e prudenza che il giornalista deve osservare nella raccolta di possibili notizie ha suscitato forti opposizioni in dottrina: si è osservato che a voler escludere l'operatività della scriminante per errori colposi nella ricerca e/o nella verifica dell'informazione, si sosterrebbe – e nemmeno tanto surrettiziamente – una trasformazione del delitto doloso di diffamazione in illecito colposo[161].

Per evitare interpretazioni in contrasto col dettato normativo, si è proposto di abbandonare le indagini sul grado di diligenza del cronista e sulla scusabilità/evitabilità dell'errore, per concentrarsi, più opportunamente, sulla prova del tipo di convincimento soggettivo che sorge in chi propala la notizia: in altri termini, per riconoscere al putativo l'efficacia scriminante che gli è propria, l'interprete sarebbe chiamato a verificare, sulla base delle risultanze istruttorie, se colui che rende la dichiarazione offensiva abbia maturato un positivo convincimento circa l'esistenza della scriminante o, al contrario, si sia prospettato anche soltanto il dubbio della falsità del fatto riferito, circostanza questa che implicherebbe l'ascrizione del reato a titolo di dolo eventuale[162].

Peraltro, l'accertamento della verità della notizia, e con essa, la verifica sull'esistenza di un "vero putativo" scriminante, è centrale non soltanto per chi si muova nel contesto dell'attività di cronaca giornalistica, ma anche per chi eccepisca di aver agito nell'esercizio del diritto di critica. Infatti, se il requisito della verità è endemico rispetto al diritto di cronaca perché il concetto stesso di "cronaca", a livello

[161] Sul tema già G. VASSALLI, *Libertà di stampa e tutela penale dell'onore*, in *Arch. pen.*, 1967, I, 32, che pone in evidenza come, subordinando l'esistenza della scriminante putativa alla prova di aver diligentemente verificato la notizia, si renda la diffamazione "*una fattispecie equivoca dal punto di vista dell'elemento soggettivo, sotto cui spesso ricadono, indifferentemente fatti dolosi e meramente colposi*". Analogamente A. MANNA, *Il diritto di cronaca, di critica e di denuncia e la diffamazione. "Gli arresti giurisprudenziali"*, in *Cass. pen.*, 2003, 3609. Sul tema dell'obbligo di diligenza a carico del giornalista, altra dottrina afferma chiaramente che la mancata previsione nel nostro ordinamento della diffamazione colposa consente all'esimente putativa di operare anche nel caso di errore colpevole per negligenza, imperizia o imprudenza nell'accertamento della fondatezza della notizia (M. BOSCARELLI, *Diritto di cronaca, diritto di critica ed* exceptio veritatis *in tema di diffamazione mediante la stampa*, in *Arch. pen.*, 1955, 33; F. VERRI-V. CARDONE, *Diffamazione a mezzo stampa e risarcimento del danno*, Milano, 2007, 165).

[162] F. VIGANÒ, Sub *Art. 59 c.p.*, in E. Dolcini-G. Marinucci (a cura di), *Codice penale commentato*, Vol. I, Milano, 2015, 1190. Nonché, sul tema, S. PROSDOCIMI, Dolus eventualis. *Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penale*, Milano, 1993, 73.

semantico, implica l'esposizione di fatti realmente accaduti[163], esso si atteggia come presupposto anche per una critica che rappresenti un forma corretta di manifestazione del pensiero: questo perché, pur non essendo i giudizi critici, come *species* del *genus* "valutazioni", predicabili in termini di verità o falsità[164], devono comunque trarre spunto da fatti conformi al vero. A voler ammettere il contrario, la valutazione critica perderebbe qualsiasi pregio ed esulerebbe dal raggio d'azione tutelato dall'art. 21 Cost.: sarebbe privo di rilievo – *rectius* non meritevole d'interesse pubblico – un giudizio, negativo o positivo che sia, che prenda spunto da un avvenimento storico che, in realtà, non si è mai verificato[165].

Queste considerazioni sono state pienamente condivise dalla giurisprudenza di legittimità, che è arrivata persino ad escludere apprezzabili differenze strutturali tra l'esimente del diritto di critica e quella del diritto di cronaca, proprio partendo dalla lapidaria constatazione che "*se la critica è svincolata dal presupposto della verità, non è svincolato da tale presupposto il fatto che si intende criticare*"[166].

6. 'Punire' le *fake news*?

Le numerose sollecitazioni provenienti dall'ordinamento eurounitario e dal contesto internazionale delle quali abbiamo dato conto nei paragrafi precedenti,

[163] Rimarca l'intrinseco legame tra la verità del fatto e il concetto di cronaca Cass. pen., Sez. U., 26 marzo 1983, secondo cui "*Il limite interno di verità si radica nello stesso concetto di cronaca, la quale rappresenta una esposizione di fatti contraddistinta dalla correlazione tra l'oggettivamente narrato ed il realmente accaduto*" (Cass. pen., Sez. U., 26 marzo 1983, in *Arch. pen.*, 1983, 728).

[164] In tal senso va letta Cass. pen., sez. V, 2 luglio 2004, n. 2247: "*Il diritto di critica si differenzia essenzialmente da quello di cronaca, in quanto, a differenza di quest'ultimo non si concretizza nella narrazione di fatti, bensì nell'espressione di un giudizio e, più in generale, di un'opinione che, come tale, non può pretendersi rigorosamente obiettiva, posto che la critica non può che essere fondata su un'interpretazione necessariamente soggettiva dei fatti*".

[165] In dottrina si è osservato che la critica che parta da un fatto non vero è illegittima perché si fonderebbe, a sua volta, su un non corretto esercizio del diritto di cronaca. In tal senso già: G. AMATO, *Osservazioni in tema di diritto di critica*, in *Giur. mer.*, 2-1973, 412; F. MANTOVANI, voce *Esercizio del diritto (dir. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Vol. XVI, 1989, 8; G. VASSALLI, *Libertà di stampa*, cit., 35.

[166] Cass. pen., sez. V, 12 giugno 2017, n. 34160, in *De Jure online*. In senso analogo: Cass. pen., sez. V, 17 novembre 2017, n. 8721; Trib. Roma, sez. XVII, 12 febbraio 2019, n. 3205. Sulla possibilità di distinguere di scindere il fatto dalla valutazione critica, per indagare la verità del primo diffusamente: G. DELITALA, *I limiti giuridici della libertà di stampa*, cit., 393; A. NAPPI, voce *Ingiuria e diffamazione*, in *Enc. giur. Treccani,* 1989, XVII, 8; E. MUSCO, *Parere* pro veritate, in *Esiste ancora un reato di diffamazione? Un clamoroso caso giudiziario*, a cura del Centro di Iniziativa Giuridica Pietro Calamandrei, Roma, 1984, 88.

hanno prodotto un intenso dibattito anche in Italia, alla base del quale – più o meno esplicitamente – vi è la consapevolezza dell'inefficacia della legislazione penale vigente a fronteggiare il fenomeno della *disinformazione* massiva.

Si tratta, in effetti, di un argomento difficilmente confutabile.

Tanto i tradizionali reati a mezzo stampa, quanto la legislazione elettorale[167] presentano caratteristiche strutturali e politico-criminali che le rendono del tutto inidonee non solo a prevenire, ma persino a reprimere un fenomeno *duttile* e originale, come tale non imbrigliabile in categorie marcatamente novecentesche come quelle che caratterizzano i reati che abbiamo sinora esaminato.

Questo riguarda anche le notizie marcatamente diffamatorie, che pur integrando una fattispecie tipica di reato, peraltro aggravata, sono ciononostante difficilmente perseguibili, scarsamente punite, e che, in definitiva, non arginate nella loro attitudine a diventare rapidamente *virali* da una disciplina che impone tempi di accertamento incompatibili con la rapidità – anche se sarebbe forse più corretto parlare di immediatezza – delle tecnologie digitali.

D'altro lato, è bene ribadirlo, rinunciare a tali garanzie significherebbe entrare in aperto conflitto con le tutele che la Costituzione e la CEDU garantiscono alla libertà di manifestazione del pensiero e alla libertà di stampa.

Preso atto dell'inidoneità delle fattispecie vigenti ad arginare la diffusione di *fake news,* le opzioni di fondo si riducono a tre: non intervenire in alcun modo, contando sulla capacità del *libero mercato delle idee* di regolarsi da solo; introdurre una disciplina sanzionatoria di tipo civilistico o amministrativo; prevedere *nuove* e *specifiche* fattispecie incriminatrici.

Nessuna di queste opzioni è a costo zero.

Tralasciando la prima, tutte le altre sono state in un qualche modo sondate in chiave di riforma, da alcuni disegni di legge presentati tra la fase del crepuscolo della scorsa legislatura e l'inizio della attuale, nessuno dei quali è stato preso in considerazione dal Parlamento[168].

---

[167] Per un approfondimento delle singole fattispecie incriminantrici previste dal nostro ordinamento che possono avere una attinenza diretta con il fenomeno delle *fake news*, ci permettiamo di rinviare al nostro T. Guerini, *Fake news e diritto penale*, cit., Cap. III.

[168] Per una disamina delle proposte di legge presentate nella scorsa legislatura, si vedano: F. DE SIMONE, 'Fake news', 'post truth', 'hate speech'*: nuovi fenomeni sociali alla prova del diritto penale*, in *Arch. pen.* 1-2018; P. GUERCIA, *I progetti di legge sulle* fake news *e la disciplina tedesca a confronto*, in AA.VV. (diretto da A. Cadoppi-S.Canestrari-A. Manna-M. Papa), *Cybercrime*, Milano, 2019, 1253 ss.; A. COSTANTINI, *Istanze di criminalizzazione delle* fake news *al confine tra tutela penale della verità e repressione del dissenso*, in *Dir. pen. cont. riv. trim.*, 2-2019, 69 ss., nonché, volendo il nostro T. GUERINI,

Anche in Italia si è dunque affacciata la tentazione di introdurre una legislazione *ad hoc* per tentare di arginare – anche attraverso la minaccia di pena – il fenomeno della *disinformation*.

Una tentazione alla quale non sono rimasti estranei nemmeno gli ordinamenti di tradizione anglosassone – su tutti gli Stati Uniti e il Regno Unito – nei quali, a dispetto di una radicata ritrosia nei confronti di strumenti limitativi della libertà di manifestazione del pensiero, a seguito delle elezioni presidenziali del 2016 e del *referendum* sulla *Brexit* si è aperto un dibattito su come garantire l'affidabilità delle notizie che vengono diffuse attraverso Internet.

Anche senza voler rimarcare la funzione censoria che strumenti penali o parapenali svolgono all'interno di sistemi autoritari – un aspetto, a nostro avviso, tutto sommato scarsamente originale, che finisce con il coincidere con la riproposizione in ambito digitale di stilemi tipici dei regimi autoritari e totalitari del Novecento –, la disamina del panorama legislativo europeo lascia aperti numerosi interrogativi.

Tanto nella legislazione francese, quanto in quella tedesca, non è difficile leggere l'intento di legislatori ancorati a sistemi assiologici che discendono da tradizioni illuministiche e fortemente impegnati, nella difesa dei valori dell'europeismo, ad erigere una barriera contro l'affermazione di forze *populiste* ed euroscettiche.

Il rischio legato a questo tipo di *ratio legis* è duplice: da un lato si finisce con il ricadere in pieno nel già richiamato paradosso di Böckenförde (v. *supra*, § 4), finendo col comprimere proprio quei diritti fondamentali che si vorrebbero garantire e, in particolare, la libertà di esprimere un pensiero dissenziente rispetto a quello maggioritario.

Dall'altro lato, si rischia di confondere potere legislativo e potere politico, attribuendo al primo funzioni di ingegneria sociale che si vorrebbe incidessero sull'esercizio della sovranità popolare, con l'ulteriore – e non secondario – rischio di ricadere in una pericolosa ipotesi di eterogenesi dei fini, che si può verificare ogniqualvolta una legge, immaginata per reprimere idee ritenute *pericolose* per la salvaguardia della democrazia, venga raccolta come eredità da maggioranze meno sensibili alla tutela dei diritti civili e politici.

La recente Legge XII del 30 marzo 2020[169], promulgata dal Parlamento unghe-

Fake news e diritto penale, cit., 168 ss., nel quale diamo conto anche della recente proposta dell'On. Boschi di istituire una "*Commissione parlamentare di inchiesta sulla diffusione seriale e massiva di contenuti illeciti e di informazioni false attraverso la rete internet, le reti sociali telematiche e le altre piattaforme digitali*" Il testo integrale è disponibile sul sito della Camera dei Deputati (*www.camera.it*).

[169] Si tratta di una legge molto discussa in Occidente per via della attribuzione al Governo dei "*pieni poteri*" durante lo stato di emergenza sanitaria, concessi dal Parlamento sulla base del presup-

rese nel pieno dell'emergenza dovuta all'epidemia da Covid-19 costituisce un fulgido esempio di questa tendenza, dimostrando ancora una volta come qualsiasi strumento repressivo e, in particolare, quello penale, possa trasformarsi da strumento di tutela di beni giuridici essenziali – quali la salute pubblica – in un bavaglio chi voglia dissentire democraticamente.

Il rischio non è tanto quello di creare una nuova tipologia di reati di opinione[170], bensì quello, a nostro avviso ben più pericoloso, di fornire a chi detiene le leve del potere esecutivo degli strumenti che limitino la stessa libertà individuale nella rete.

Occorre quindi un profondo sforzo, per elaborare linee di intervento che tengano conto delle profonde trasformazioni sociali e tecnologiche che caratterizzano la nostra epoca.

Torniamo per l'ultima volta all'insegnamento di Lessig: *every age has its potential regulator, its threat to liberty*[171]: nell'era digitale, i pericoli maggiori non vengono dal Governo, ma da paesi non democratici e da soggetti privati capaci di influenzare, attraverso l'inganno, l'opinione pubblica, riducendo gli spazi di libertà individuale e collettiva.

Ciò premesso, dobbiamo ora chiederci quali possano essere le soluzioni legislative più idonee a regolare e reprimere questo fenomeno e se, in questo contesto, il diritto penale possa svolgere un ruolo, e quale.

---

posto che durante la pandemia le sedute parlamentari avrebbero potuto essere sospeso. Il *punctum dolens* di tale cessione di sovranità dal Parlamento al Governo risiedeva nell'assenza di un limite temporale, individuato genericamente nella conclusione dello stato di emergenza. A noi pare, invece, che uno degli aspetti più significativi della legislazione ungherese emanata durante la crisi Covid-19 – inevitabilmente destinata a cessare di avere efficacia nelle parti legate al presupposto epidemico, una volta che tale condizione cesserà di esistere – consista nelle modifiche strutturali che sono state apportate al Codice penale, nell'ambito del quale l'art. 337, che prevedeva una forma di procurato allarme, è stato sostituito con una norma dal seguente tenore letterale: *1. Chiunque diffonde pubblicamente la falsa rappresentazione di un fatto connesso ad una minaccia pubblica, in grado di causare turbamento o agitazioni in un gruppo numeroso di persone, è punito con la pena detentiva fino a tre anni. 2. Chiunque, in un ordine legalmente dato, dà pubblicamente una falsa rappresentazione di un fatto o dichiara il falso al pubblico in modo da ostacolare o intralciare l'efficacia delle misure adottate è punito con la pena detentiva da uno a cinque anni*". v. *Stato di pericolo e poteri straordinari al governo ungherese*, in *Quest. Giust.*, 1° aprile 2020. Ci pare evidente come tale norma, destinata a permanere nell'ordinamento giuridico ungherese anche dopo la fine della pandemia, possa rappresentare un ulteriore strumento repressivo nelle mani dell'esecutivo, la cui struttura appare più simile alle norme *bavaglio* asiatiche piuttosto che ai modelli francese o tedesco (v. *supra*, § 3.2.).

[170] Lo sostiene, invece, A. COSTANTINI, *Istanze di criminalizzazione delle* fake news *al confine tra tutela penale della verità e repressione del dissenso*, cit., 76.

[171] L. LESSIG, *Code is law. On Liberty in Cyberspace*, cit.

6.1. *Istanze di criminalizzazione digitale e populismo penale*

La prima questione da valutare attiene al *sistema* nell'ambito del quale una disciplina che punisse condotte di *misinformation* dovrebbe essere calato.

Abbiamo già osservato come secondo un'opinione largamente diffusa nella letteratura penalistica l'attuale momento storico si caratterizzi per la presenza sempre più capillare del diritto penale in ogni ambito della vita politica, economica e sociale.

L'irresistibile fascinazione per il punire ha dato vita a un diritto penale *totale*[172], che ha perduto i caratteri della frammentarietà e della sussidiarietà per trasformarsi in uno strumento imprescindibile e onnipresente, al quale ricorrere per sopire qualsiasi domanda di tutela – spontanea o indotta – che emerga dal corpo sociale.

È un problema che non riguarda soltanto l'Italia, ma che nel nostro sistema si intreccia profondamente con il persistere, ormai da un trentennio, di violente spinte populiste, la cui visione del penale è divenuta maggioritaria – quantomeno nel Parlamento – a seguito delle elezioni politiche del marzo 2018, dando vita ad una intensa fase di *nomorrea* penale[173], giustificata ricorrendo all'archetipo della *perenne emergenza*[174].

---

[172] F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, cit.

[173] Sono parole di G. FORTI, *L'eccesso di leggi penali nasce dall'eccesso di rancore*, in *La Lettura - Corriere della Sera,* 7 aprile 2019. Nella prima fase della XVIII Legislatura, caratterizzata dal formarsi di una maggioranza di governo cd. *gialloverde* (Movimento 5stelle e Lega) nel corso dell'ultimo anno, l'attività legislativa in materia penale è stata incessante: tutte le promesse – anche se non ha torto chi le ha più efficacemente definite come *minacce* (E. DOLCINI, *La pena ai tempi del diritto penale illiberale*, in *Dir. pen, cont.*, 22 maggio 2019, 2) contenute nel dodicesimo capitolo del *Contratto*, intitolato "Giustizia rapida ed efficiente" sono state progressivamente realizzate. Nel *Contratto* era infatti contenuto un paragrafo dal titolo "Certezza della pena", ove si legge: "*Per garantire il principio della certezza della pena è essenziale riformare i provvedimenti emanati nel corso della legislatura precedente tesi unicamente a conseguire effetti deflattivi in termini processuali e carcerari, a totale discapito della sicurezza della collettività. Per far sì che chi sbaglia torni a pagare è necessario riformare e riordinare il sistema venutosi a creare a seguito dei seguenti provvedimenti: l'abrogazione e la depenalizzazione di reati, trasformati in illeciti amministrativi e civili, la non punibilità per particolare tenuità del fatto, l'estinzione del reato per condotte riparatorie anche in assenza del consenso della vittima, nonché i periodici 'svuota carceri*". Viene così delineato un programma di diritto penale *massimo*, "*con due antitetiche modalità di ambito operativo, che registrano ora il prevalere della penalità privata, ora, al contrario, la prorompente e smodata espansione della potestà punitiva pubblica*". E. AMODIO, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Roma, 2019, 91. Sulla natura *bellica* dell'attuale utilizzo del diritto penale e, in particolare, sul ruolo che in essa svolgono i processi di carcerizzazione, v. M. PAVARINI, *Postfazione. Capire la penalità*, in M. PAVARINI-D. MELOSSI, *Carcere e fabbrica*, IV Ed., 2018, 321 ss.

[174] Per riprendere l'espressione resa celebre da S. MOCCIA, *La perenne emergenza,* II ed., Napoli, 1997.

Come stato osservato da attenta dottrina, la logica interna del populismo ruota attorno a tre concetti: il popolo, le *élite* e la volontà generale[175].

È sufficiente aggiungere al lemma *popolo* l'aggettivo *digitale*, per rendersi conto di come questi stessi concetti rivestano un ruolo fondamentale anche nel discorso sulle *fake news*.

La già esaminata tendenza alla polarizzazione dei gruppi all'interno della rete fa sì che si riproducano – amplificate – dinamiche tipiche del fanatismo di massa[176] e dei movimenti totalitari, alimentate dall'incessante attività della *propaganda*[177].

In questa prospettiva, le *fake news* rappresentano un'evoluzione dei tradizionali strumenti di controllo delle masse, necessaria per aggiornarne il catalogo alle trasformazioni sociali imposte dallo sviluppo tecnologico.

Inoltre, la diffusione costante di *fake news* è un elemento essenziale dello *storytelling* dei movimenti populisti; attraverso la comunicazione di notizie false o comunque imprecise, esagerate o tendenziose, viene alimentata una narrazione alternativa della realtà, funzionale al disorientamento che genera l'idea stessa di *post-verità*.

Del resto, come è stato efficacemente osservato, il populismo è allo stesso tempo "*un eterogeneo movimento politico e uno stato d'animo*"[178], che viene costantemente alimentato da una narrazione *complottista*, finalizzata a realizzare un *rovesciamento* delle istituzioni rappresentative – descritte come obsolete e, comunque, non rispondenti al bisogno di un esercizio *diretto* della sovranità da parte del popolo – nella quale

[175] E. AMATI, *L'enigma penale*, Torino, 2020, 94.

[176] v. per tutti: E. HOFFER, *Il vero credente*, Roma, 2013.

[177] Osservava HANNAH ARENDT come "*soltanto la plebe e l'*élite *possono essere attratte dall'impeto del movimento totalitario; le masse devono essere conquistate con la propaganda*". In particolare, "*la propaganda totalitaria perfeziona la tecnica della propaganda di massa, ma non ne inventa, né propone i temi (…). L'efficacia di tale tipo di propaganda mette in luce una delle principali caratteristiche delle masse moderne. Esse non credono alla realtà del mondo visibile, della propria esperienza; non si fidano dei loro occhi e orecchie, ma soltanto dalla loro immaginazione, che può essere colpita da ciò che è apparentemente universale e in sé coerente*". H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, Torino, 2009, 471, 484-485. Le considerazioni appena riportate sono di stingente attualità, anche alla luce dei risultati emersi da alcuni recenti studi di psicologia cognitiva, che dimostrano come gli esseri umani tendano sistematicamente a interpretare in modo distorto la realtà (v. ad esempio B. DUFFY, *I rischi della percezione*, Torino, 2018) o ad agire sulla base di impulsi emotivi, piuttosto che in ragione di un pensiero *razionale* (v. per tutti W. DAVIES, *Stati nervosi*, Milano, 2018). Il bisogno di recuperare il valore della razionalità come strumento fondamentale di ingegneria sociale è invece al centro di un ricco saggio di P. BLOOM, *Contro l'empatia*, Macerata, 2019, ove si osservano i danni prodotti dalla *democrazia delle emozioni*.

[178] L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, 2019, 74.

il diritto penale – anche in forza della sua dimensione *simbolica*[179] e *mediatica*[180] – diviene allo stesso tempo terreno di scontro[181] e aggregatore di consenso[182].

6.2. *I rischi connessi alla tutela penale dei 'diritti aletici'*

In tale contesto, l'introduzione di nuove fattispecie penali deve essere valutata con estrema prudenza.

Innanzitutto, sotto il profilo tecnico, ci pare estremamente difficile imbrigliare in una fattispecie incriminatrice rispettosa dei canoni della determinatezza e della precisione un fenomeno ancora in divenire, che non trova ancora concordi i linguisti, prima ancora che i giuristi.

Vi è poi un evidente rischio di sovrapposizione con alcune fattispecie incriminatrici o ipotesi aggravanti già previste nel nostro sistema penale per punire specifiche ipotesi di diffusione di notizie false.

L'obiezione che ci può essere posta è che si tratta di problemi risolvibili rispettivamente con uno sforzo di tecnica legislativa e con un'attenta ricognizione del quadro sistematico, volta ad eliminare possibili aporie.

Per questo, ciò che ci spinge a valutare in termini negativi l'opportunità di introdurre una o più fattispecie penali che puniscano i produttori e i diffusori di *fake news* è il bisogno di riaffermare il principio di *extrema ratio*[183].

---

[179] Sul punto, v. C.E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2-1990, 430 ss.; C. SOTIS, D. PULITANÒ, S. BONINI, T. GUERINI, G. INSOLERA, A. SESSA, A. MANNA, L. RISICATO, N. MAZZACUVA, *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in *Dir. pen. cont.*, 21 dicembre 2016.

[180] Già nello scorso decennio, Carlo Enrico Paliero si interrogava su quale fosse il significato corretto da ascrivere al cd. *crimine mediatico*, osservando come nel diritto penale fossero in atto cambiamenti assimilabili a quelli già avvenuti nel sistema di *Welfare*, tali da indurre ad una riflessione sul significato simbolico e culturale della pena, "*che si pone in relazione biunivoca con la cultura sociale su cui tanto il sistema penale quanto il sistema mass-mediatico si intestano*". C.E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei* media*)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2-2006, 536. Sul punto, v. anche M. PAVARINI, *Introduzione: la metafora della guerra e la democrazia in sicurezza*, in M. Pavarini (a cura di), Justice pénal à la carte. *L'ultimo pacchetto sicurezza [Legge 15 luglio 2009, n. 94]*, numero speciale di *Ius17@unibo.it-Studi e materiali di diritto penale*, 2010, 2 ss.

[181] L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?,* cit., 75.

[182] v. C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 849 ss.

[183] v. tra gli altri: F. MANTOVANI, *Diritto penale*, V Ed., Padova, 2007, XL e ss.; F. BRICOLA, *Carattere sussidiario del diritto penale e oggetto della tutela*, in *Studi in onore di Delitala*, Vol. I, Milano, 1984, 99; T. PADOVANI, *La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 114; P. NUVOLONE, *Le leggi penali e la Costituzione*, Milano, 1953; M. SPASARI, *Di-*

Proprio perché l'attuale temperie politico-criminale spinge verso la pan-penalizzazione, ogniqualvolta sia possibile si deve evitare la tentazione di implementare un sistema punitivo ormai pletorico, preferendo potare alcuni rami secchi o minori – secondo un'efficace metafora di Francesco Palazzo[184] – piuttosto che studiare in laboratorio nuovi innesti.

La *disinformation* rappresenta un rischio concreto per il futuro – prossimo – della democrazia liberale: per fronteggiarlo occorrono risposte efficaci, che per definizione non possono derivare dall'utilizzo *simbolico*[185] del diritto penale.

Un'ultima questione.

Abbiamo dato conto in premessa di come nella letteratura penalistica si stia ragionando sempre più apertamente degli effetti della crisi del paradigma liberale[186] – e costituzionalmente orientato[187] – del diritto penale.

Come è stato autorevolmente osservato, uno degli epifenomeni di questa crisi consiste nella progressiva trasformazione dell'etica pubblica in diritto penale[188]: alla minaccia di pena si attribuisce il compito di ricomporre le lacerazioni del tessuto sociale, eliminando la distinzione tra ciò che è lecito – per quanto eticamente e moralmente riprovevole – e ciò che costituisce reato.

Questa compenetrazione tra etica pubblica e diritto penale fa sì che trovino nuovamente cittadinanza nel sistema dei delitti e delle pene elementi preilluministi-

ritto penale e Costituzione, Milano, 1966, M. ROMANO, *«Meritevolezza di pena», «bisogno di pena» e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*, 1/1992, 39.

[184] F. PALAZZO-F. VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, cit., 222.

[185] Come è stato autorevolmente osservato, il cd. diritto penale simbolico "*è tale proprio in quanto, in certa misura, prescinde da una valutazione della necessità di tutela, sia in termini di bisogno, sia in termini di proporzionalità e di adeguatezza*". C.E. PALIERO, *L'agorà e il palazzo*, in *Criminalia*, 2012, 111. Sul ruolo simbolico del diritto penale, si veda anche il recente studio di S. BONINI, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Napoli, 2018.

[186] Si veda da ultimo la raccolta di scritti di G. INSOLERA, *Declino e caduta del diritto penale liberale*, Pisa, 2019. Sul punto, v. anche: E. DOLCINI, *La pena ai tempi del diritto penale illiberale*, cit.; M. DONINI, *Perché il garantismo non rende liberali la pena e il "diritto" penale, ma solo legittimi. Riflessioni a margine del Manifesto del diritto penale liberale dell'Unione delle Camere Penali Italiane*, in *Cass. pen.*, 9-2019, 3132 ss.

[187] Gaetano Insolera ha recentemente osservato come "*il fermento liberale, come pensiero lontano da salvifiche promesse emancipatorie e da finalismi palingenetici, nel nostro campo fornisce gli argini da opporre al facile asservimento dell'afflizione penale al perseguimento di ideologie o di scorciatoie demagogiche, che a volte rievocano lo splendore dei supplizi*". G. INSOLERA, *Perché non possiamo non dirci liberali*, in *Ind. pen.*, 1-2017, 5.

[188] Così F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, cit., 28. Opposta, sia pure afferendo ad un nucleo di considerazioni comuni, la tesi sostenuta da M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, Modena, 2014.

ci, tra i quali può senz'altro essere ricompresa la presunzione di tutelare la *verità*[189].

Concetto assoluto, senz'altro noto alla religione[190] e alla filosofia[191], ma ormai da secoli *filtrato*, nel diritto penale positivo, che non si preoccupa di punire il *mendacio* in sé, ma di tutelare determinati beni o interessi da singole forme di aggressione che vengano poste in essere mediante condotte ingannatorie o con la formazione di documenti o atti contraffatti, alterati o nei quali viene attestato il falso[192].

È una concezione che viene messa in discussione dal dibattito filosofico più recente, nel quale si inizia a discutere dell'esistenza di *diritti aletici*[193], ma che, a nostro avviso, deve invece essere riaffermata, soprattutto di fronte al duplice rischio di costruire una forma di *censura digitale* delle opinioni sgradite e di punire anche la diffusione – in buona fede – di notizie non vere.

Ci pare infatti che il ricorso a concetti *assoluti*, implichi quale componente ineliminabile il richiamo a dogmatismi che sconfinano nel fideismo, come tali non verificabili e non falsificabili, dunque sottratti al metodo epistemologico su cui si fonda l'idea stessa di società *aperta*[194].

6.3. *Stampa libera e postdemocrazia*

Il recente scontro tra Donald Trump e la piattaforma *Twitter*, minacciata di veder ridotta la propria area di tutela legale da azioni risarcitorie dirette per contenuti offensivi pubblicati dai loro utenti tramite un *executive order*[195] la cui gestazione viene posta dai *media* statunitensi in diretta correlazione con la scelta di operare

[189] Si veda sul punto l'intervento di O. DI GIOVINE, *A proposito di un recente dibattito su "verità" e "diritto penale"*, in *Criminalia*, 2014, 539 ss.

[190] Si v. per tutti il volume di T. PADOVANI-V. VITIELLO, *Non dire falsa testimonianza*, Bologna, 2011, nel quale Tullio Padovani osserva come la dimensione giudiziaria dell'ottavo comandamento non sia la sola, né, forse, la più importante. La portata del comandamento, secondo un'ermeneutica ormai consolidata, introduce infatti il divieto di ogni falsa asserzione: il divieto di mentire. *Ivi*, 119-120.

[191] Anche se, come noto, si tratta di concetto sul quale la disputa filosofica è accesa sin dai tempi di Socrate. Non è certo questa la sede per riportare i termini di un dibattito così ampio, pertanto si rinvia alla lettura di alcuni testi essenziali, ai quali anche noi ci siamo rivolti per un inquadramento generale del problema e della sua tradizione nella storia del pensiero: F. AGOSTINI, *Introduzione alla verità*, Torino, 2011; S. CAPUTO, *Verità*, Roma-Bari, 2015; H-G. GADAMER, *Verità e metodo*, Firenze, 2019; D. MARCONI, *Per la verità*, Torino, 2007; G. VATTIMO, *Addio alla verità*, Milano, 2009;

[192] Per tutti: T. PADOVANI, *Menzogna e diritto penale*, Pisa, 2014.

[193] F. D'AGOSTINI-M. FERRARA, *La verità al potere*, Torino, 2019.

[194] K. POPPER, *La società aperta e i suoi nemici*, Roma, 1996.

[195] M. HABERMAN-K. CONGER, *Trump Prepares Order to Limit Social Media Companies' Protections*, in *www.nytimes.com*, 28 maggio 2020.

interventi di *fact-checking* su alcuni suoi *tweet*[196], dimostra come uno dei cardini del discorso populista consista nella criminalizzazione del ruolo della stampa libera – e, adesso, anche del tentativo dei *social network* di arginare l'ondata di *fake news* prevista con l'approssimarsi delle elezioni presidenziali del 2020 – vista come strumento di propaganda, piuttosto che come fondamentale *watchdog* del potere.

Inoltre, accade sempre con maggiore frequenza che attività censorie vengano poste in essere sventolando come vessillo una concezione distorta di libertà di stampa[197], volta a rendere impercettibili le voci dissenzienti nell'assordante ronzio dovuto a uno sciame digitale in continua crescita.

Come è stato di recente osservato, i *social network* "*offrono, da un lato, straordinarie opportunità per mobilitare energie per nuove cause, sollevare problemi e pretendere trasparenza su fatti che i potenti della politica e dell'economia sarebbero ben lieti di tenere nascosti. Dall'altro lato, però, abbiamo ormai compreso che chi possiede enormi patrimoni privati, o (come nel caso della Russia) controlla il potere statale, ha davanti a sé enormi possibilità per impossessarsi dei social media, manipolarli e distorcere il loro ruolo di strumento di comunicazione autentica tra i cittadini*"[198].

---

[196] K. CONGER-D. ALBA, *Twitter Refutes Inaccuracies in Trump's Tweets About Mail-In Voting*, in *www.nytimes.com*, 26 maggio 2020. Nello specifico, la *social media company* ha aggiunto alcuni *link* in calce a dei *tweet* del Presidente Trump nei quali si parlava del voto per corrispondenza alle elezioni presidenziali del novembre 2020, affermando che ciò avrebbe potuto causare delle irregolarità. Gli utenti venivano quindi invitati, tramite i suddetti link, a informarsi in maniera corretta ("*get the facts*") sul voto per corrispondenza, rinviando ad una *story* della CNN nella quale si affermava che le affermazioni del Presidente erano prive di fondamento e ad un elenco che la stessa piattaforma *Twitter* ha compilato per confutare tali inesattezze. Nei giorni successivi l'attività di *fact-checking* sulle affermazioni del Presidente Trump è proseguita, come si evince dall'articolo di P. BAKER-R. ZHONG-R. GOLDMAN, *Twitter Places Warning on a Trump Tweet, Saying It Glorified Violence*, in *www.nytimes.com*, 29 maggio 2020.

[197] Riprendendo l'ultimo esempio di cui ci siamo occupati, in alcuni suoi recenti *tweet*, il Presidente Trump ha affermato che *Twitter* sta interferendo con le elezioni presidenziali del 2020 "*soffocando completamente la libertà di manifestazione del pensiero*". (Donald J. Trump, @realDonaldTrump, 27 maggio 2020: "*Twitter is completely stifling FREE SPEECH, and I, as President, will not allow it to happen!*).

[198] C. CROUCH, *Combattere la postdemocrazia*, Roma-Bari, 2020, 159. Nella premessa a questo saggio, che segue il precedente ID., *Postdemocrazia*, Roma-Bari, 2005, l'Autore osserva come nel lasso di tempo trascorso dalla pubblicazione di quest'ultimo volume (la cui edizione in lingua originale risale al 2003) abbia dovuto prendere atto di come la sua visione di Internet, inizialmente salutato come strumento che avrebbe potuto consentire a gruppi della società civile di organizzare e allargare il dibattito, creando un contrappeso al potere di grandi imprese e *media*, sia ormai definitivamente tramontata. Così "*quella che sembrava essere una tecnologia di liberazione e democrazia finisce (…) per favorire un manipolo di individui e gruppi estremamente ricchi che, per giunta, osano atteggiarsi a oppositori delle cosiddette* élites". *Ivi*, XIII.

Ci troviamo quindi di fronte a un apparente paradosso: le forme tradizionali di diffusione delle informazioni, un tempo viste come elitarie e scarsamente democratiche finiscono per essere rivalutate in ragione degli abusi a cui si prestano gli strumenti digitali, originariamente salutati come strumenti di democrazia *diretta*.

Del resto, la *forte preoccupazione*, "*per l'indebolimento dei mezzi di informazione professionali e per la crescita esponenziale dei* media *su* internet *che non si conformano alle norme del giornalismo professionale*" è al centro di una importante Risoluzione, la n. 2143 (2017)[199], del Consiglio d'Europa, che si pone l'ambizioso obiettivo di individuare un bilanciamento tra la fondamentale funzione di trasparenza che svolge Internet e la necessità che le mobilitazioni di un enorme numero di utenti, che di frequente seguono alla diffusione di tali notizie, siano fondate su fatti reali e informazioni obiettive[200].

Le strade possibili per raggiungere questo obiettivo si riducono essenzialmente a due.

Da un lato, si può ragionare su una estensione ai *new media* dello statuto giuridico cui sono sottoposti i media tradizionali.

Tuttavia, proporsi di applicare al mondo dei *bit* le – farraginose e antiquate – regole pensate per la stampa periodica, la radio e la televisione appare quantomeno utopistico.

Dall'altro lato, si potrebbe introdurre un sistema di interventi multilivello, agendo con strumenti *positivi* sui diversi formanti che abbiamo tentato di isolare nei paragrafi che precedono.

Rispetto a questo cambio di paradigma, anche il diritto penale potrebbe svolgere un ruolo non secondario.

7. *Il* ruolo del diritto penale nella prospettiva di un piano d'azione multilivello volto ad arginare la diffusione di *fake news* garantendo il pluralismo informativo

Innanzitutto, nel quadro di un ampio progetto di ripensamento della legislazione in materia di informazione, potrebbe infatti trovare spazio il progetto – da

[199] Il testo integrale può essere consultato sul sito della Camera dei Deputati, all'indirizzo: *www.camera.it*.

[200] Nel prosieguo, infatti, l'Assemblea osserva "*con preoccupazione la quantità di campagne dei* media online *miranti a fuorviare settori dell'opinione pubblica attraverso informazioni intenzionalmente false o tendenziose, di campagne d'odio contro individui e anche di attacchi personali, spesso in ambito politico, miranti a colpire i processi democratici*". Consiglio d'Europa, *Risoluzione 2143 (2017)*, § 6.

tempo oggetto di discussione in letteratura[201] e più volte valutato dal legislatore[202], tanto da essersi meritato l'appellativo di *tela di Penelope*[203] – di depenalizzazione dei reati di diffamazione a mezzo stampa.

Si tratta di una proposta solo apparentemente provocatoria.

La vetustà del sistema di incriminazioni che gravitano attorno alla diffamazione a mezzo stampa fa sì che non solo la risposta sanzionatoria sia inefficace, in quanto, salvo inaccettabili estensioni analogiche *in malam partem*[204], non applicabile ai fenomeni che si verificano al di fuori del piccolo mondo antico degli *stampati*, ma che finisca anche per mostrarsi irragionevole, in quanto mantiene inalterato un rigore sanzionatorio non più coerente con la realtà normativa dei delitti contro l'onore, profondamente mutata[205] in primo luogo a seguito della attribuzione dei reati di diffamazione non aggravati *ex* art. 13, l. 47/48, alla competenza al giudice di pace (d.lgs. 274/2000),

[201] Tra i primi fautori della depenalizzazione dei reati di diffamazione e ingiuria va senz'altro annoverato A. MANNA, *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, Padova, 1989., 709 ss. A favore, invece, di una depenalizzazione soltanto *parziale*, circoscritta alle ipotesi di diffamazione con attribuzione di un fatto determinato per cui la vittima non si avvalga della *exceptio veritatis* e della diffamazione consistente nell'attribuzione di una mera qualifica, ovvero di un fatto non determinato, F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, Milano, 1993, 182.

[202] Per un quadro di sintesi dei progetti di riforma che si sono succeduti negli ultimi anni, v. A. GULLO, *Diffamazione e legittimazione dell'intervento penale. Contributo a una riforma dei delitti contro l'onore*, Roma, 2013, 191 ss.; A. MANNA, *La nuova disciplina della diffamazione a mezzo stampa. Profili penalistici. La 'crisi' della tutela penale dell'onore*, in A. Melchionda-G. Pascuzzi (a cura di), *Diritto di cronaca e tutela dell'onore. La riforma della disciplina della diffamazione a mezzo stampa*, Trento, 2015, 43 ss.; S. TURCHETTI, *Cronaca giudiziaria e responsabilità penale del giornalista*, Roma, 2014, 263 ss.

[203] A. GULLO, *La tela di Penelope*, in *Dir. pen. cont. riv. trim.*, 1-2016, 31 ss.

[204] Si pensi all'esclusione della diffamazione *a mezzo Internet* dall'ipotesi aggravata di cui all'art. 13, l. 47/1948 (v. *supra*, Cap. III, § 6), nonché all'incongruenza – mai sanata – della previsione di cui all'art. 30 della cd. *Legge Mammì* (l. 223/1990), che nel regolare l'ipotesi di diffamazione commessa con il mezzo radiotelevisivo, con attribuzione di un fatto determinato estende le pene previste dalla legge sulla stampa, ma solo ai soggetti di cui al comma 1 dello stesso articolo, ovvero il concessionario pubblico o privato e la persona delegata al controllo, ma non all'autore della condotta diffamatoria. v. sul punto: T. PADOVANI, *Art. 30 l. 223/1990*, in E. Roppo-R. Zaccaria (a cura di), *Il sistema radiotelevisivo pubblico e privato*, Milano, 1991, 510; L. FIORAVANTI-S. MAGNANENSI, *Televisione, stampa e editoria*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. XIV, Torino, 1999, 149 ss.

[205] Un mutamento che era già stato preconizzato da attenta dottrina negli anni Ottanta del Novecento. v. A. MANNA, *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, cit., 231, il quale osservava come "*i delitti contro l'onore (…) sono in realtà illeciti strutturalmente civili, nel senso, cioè, che non posseggono quella «afferrabilità» in termini di «riconoscibilità oggettiva» tipica e necessaria, anche* ex *art. 25, comma 2, Cost., del relativo bene giuridico, per potersi annoverare «senza problemi» fra gl'illeciti penali*".

che ebbe profonde ricadute anche sul piano sanzionatorio[206], poi con l'entrata in vigore del d.lgs. 7/2016, che ha depenalizzato il delitto di ingiuria, introducendo nel nostro ordinamento la figura, di derivazione anglosassone, degli illeciti punitivi civili[207].

Non si può poi non considerare come l'esigenza di una riforma dei delitti di diffamazione a mezzo stampa – quantomeno sotto il profilo della abolizione della pena privativa della libertà per i casi di diffamazione giornalistica – sia da tempo avvertita dalla letteratura più attenta al rapporto tra diritto penale interno e fonti sovranazionali.

La questione, che già si era posta ai tempi del caso *Perna c. Italia*[208] si è manifestata con ulteriore evidenza con le vicende *Sallusti* e *Belpietro*[209], nelle quali la Corte EDU non ha mai mancato di far presente all'Italia come anche solo attraverso la minaccia della pena detentiva – cd. *chilling effect*[210] - si determina una ingerenza dello

[206] Come rilevato da attenta dottrina, l'attribuzione al Giudice di Pace della competenza sui reati di diffamazione non aggravate dal mezzo della stampa e dall'attribuzione di un fatto determinato ha sancito per esse "*il congedo dalla pena detentiva*". Infatti, nonostante non ci si trovi dinnanzi ad un caso di depenalizzazione in senso tecnico, l'attuale regime sostanziale-processuale prevede quale esito l'applicazione di una sanzione pecuniaria o, nei casi più gravi, paradetentiva (permanenza domiciliare o lavoro di pubblica utilità), sempre che non sia andato a buon fine il tentativo obbligatorio di conciliazione e non abbiano funzionato le peculiari forme di definizione alternative del procedimento di cui agli artt. 34 e 35 del d.lgs. 274/2000. Così R. GUERRINI, *L'oggettività giuridica di categoria*, in F. BELLAGAMBA- R. GUERRINI, *Delitti contro l'onore*, cit, 20.

[207] Per un approfondimento sul tema degli illeciti punitivi civili si vedano, senza pretesa di completezza: M. BOVE, *Sull'introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie dal punto di vista del processualcivilista (note a margine del d.lgs. n. 7 del 15/1/2016*, in *Nuova proc. civ.*, 2016; A. GARGANI, *La depenalizzazione bipolare: la trasformazione di reati in illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie amministrative e civili*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 5, 577 ss.; G.L. GATTA, *Depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili: una riforma storica*, in *Dir. pen. cont.*, 25 gennaio 2016; A. GULLO, *La depenalizzazione in astratto tra vecchi e nuovi paradigmi. Un'analisi dei decreti legislativi 7 e 8 del 15.1.2016*, in *Leg. pen.*, 2016; B. LAVARINI, *I profili processuali dei recenti provvedimenti di depenalizzazione*, in *Arch. pen.*, 2016, 3, 845 ss.; A. PALMIERI, *L'altra faccia della decriminalizzazione: prime impressioni sugli illeciti aquiliani sottoposti a sanzioni pecuniarie civili*, in *Foro it.*, 2016, 4, 125 ss.; F. QUARTA, *Illecito civile, danni punitivi e ordine pubblico*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 4, 1159 ss.; M. RIVERDITI, *L'illecito civile punitivo* ex *d. legisl. n. 7 del 2016: una prima ricostruzione*, in *Stud. Iuris*, 2016, 6, 667 ss.; S. TREGLIA, *Depenalizzazione: verso la meta oltrepassando la metà*, in *Giust. pen.*, 2017, 7, 409 ss.

[208] Corte EDU, Sentenza *Perna c. Italia*, 6 maggio 2003, in *Cass. pen.*, 2003, 1049; 3562.

[209] Corte EDU, Sentenza *Belpietro c. Italia*, 24 settembre 2013. In tema: F. VIGANÒ, *Belpietro c. Italia: una pronuncia della Corte di Strasburgo in tema di (s)proporzione della sanzione detentiva inflitta ad un giornalista*, in *Quad. costit.*, 1-2014, 177 ss.; U. ZINGALES, *Il "caso Belpietro" e la ricerca del giusto bilanciamento tra la libertà di espressione e il diritto alla reputazione*, in *Crit. dir.*, 2-2013, , 231 ss.; A. BALSAMO, *Corti europee*, in *Proc. pen. e giust.*, 4-2013, 6 ss.

[210] S. TURCHETTI, *Diffamazione, pena detentiva, caso Sallusti: ancora una condanna all'Italia da parte della Corte EDU*, in *Dir. pen. cont.*, 18 marzo 2019.

Stato nella sfera della libertà di espressione e che tale ingerenza può essere ammessa esclusivamente nel caso in cui vi sia un *pressante bisogno sociale* e se le sanzioni inflitte siano *proporzionate*.

In questo senso, il puntuale richiamo che la Corte di Strasburgo ha sentito il bisogno di fare, nel corpo della sentenza *Belpietro c. Italia*, ai principi già enunciati nel *leading case Cumpănă e Mazăre c. Romania*[211], ove si sanciva come il ricorso alla pena detentiva nei casi di *press offenses* fosse ammissibile esclusivamente nel caso di *ipotesi eccezionali*, identificate nei discorsi d'odio e di incitamento alla violenza, ha l'effetto di un monito al giudice interno – che, come nel caso Sallusti, continua a ritenere legittima l'applicazione della pena privativa della libertà per casi di diffamazione *comune*[212] – sia in contrasto con il diritto comunitario.

Un richiamo di recente raccolto dalla Corte costituzionale, che il 9 giugno 2020 ha deciso di rinviare l'udienza nella quale avrebbe dovuto affrontare la questione della legittimità costituzionale, in rapporto agli artt. 21, 117, co. 1 e 10 CEDU, della comminatoria della pena detentiva per il delitto di diffamazione a mezzo stampa, sollevata con due diverse ordinanze da parte del Tribunale di Salerno e del Tribunale di Bari, entrambe riguardanti compatibilità con il principio della libertà di espressione di una normativa che minacci il carcere per i giornalisti, in ipotesi di offesa alla reputazione altrui ritenuta non giustificata dal diritto di cronaca/critica[213].

Come avvenuto per la prima volta nella storia della Corte nel celebre "Caso Cappato"[214]: "*poiché sono attualmente pendenti in Parlamento vari progetti di legge in materia, la Corte, nel rispetto della leale collaborazione istituzionale, ha deciso di rinviare la trattazione delle questioni all'udienza pubblica del 22 giugno 2021, per*

[211] Corte EDU, Sentenza Cumpănă e Mazăre c. Romania, 17 dicembre 2004.

[212] Peraltro, richiamando in maniera impropria alcune pronunce della Corte di Strasburgo, tra le quali proprio il caso *Cumpănă e Mazăre c. Romania* (nel quale peraltro la Corte aveva riconosciuto la violazione della violazione dell'art. 10 CEDU, affermando che la pena di sette mesi di reclusione inflitta ad un giornalista per un articolo diffamatorio doveva considerarsi sproporzionata, nonostante il giornalista avesse in concreto ecceduto rispetto ai limiti del legittimo esercizio della propria libertà di espressione), che finivano per rimarcare come il caso sottoposto al vaglio della Corte domestica non rientrasse nelle ipotesi eccezionali puntualmente individuate dalla CEDU. Sul punto, v. F. VIGANÒ, *Sulle motivazioni della cassazione nel caso Sallusti*, in *Dir. pen. cont.*, 24 ottobre 2012.

[213] Sul punto: G.L. GATTA, *Carcere per i giornalisti: la Corte costituzionale adotta lo 'schema-Cappato' e passa la palla al Parlamento, rinviando l'udienza di un anno*, in *Sist. pen.*, 9 giugno 2020.

[214] Corte Cost., 24 settembre 2019, n. 242, in *Sist. pen.*, 4 dicembre 2019, con nota di C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa. La sentenza n. 242 del 2019 e il caso Cappato.*

consentire alle Camere di intervenire con una nuova disciplina della materia"[215].

Tuttavia, come è stato autorevolmente osservato[216], vi sono almeno due differenze fondamentali con il Caso Cappato, nel quale, come noto, l'inattività del Parlamento è sfociato in una declaratoria di illegittimità parziale dell'art. 580 c.p.

Da quanto è dato ricavare dal testo del comunicato stampa, la Corte non sembra necessariamente preannunciare una decisione di incostituzionalità in caso di inerzia del Parlamento.

Tuttavia, a differenza dell'ipotesi – davvero residuale sul piano empirico-giudiziario – dell'aiuto al suicidio, la diffamazione a mezzo stampa è un reato che ogni anno da vita a migliaia di procedimenti penali, di talché, nelle more del termine annuale "concesso" al legislatore per intervenire sull'apparato sanzionatorio degli artt. 595, co. 3 c.p. e 13 l. 8 febbraio 1948, n. 47, potrebbero essere sollevate numerose altre questioni di costituzionalità, il cui numero potrebbe rappresentare un ulteriore stimolo per il legislatore a mettere mano a una disciplina che appare ogni giorno meno coerente con il mutato quadro sostanziale e normativo del sistema dell'informazione.

In secondo luogo, occorre agire sulle compagnie *OTT*.

Anche in questo caso, tuttavia, il ruolo del *penale* non può che essere marginale o, più correttamente, sussidiario.

Lo si dice spesso, in termini negativi: il sistema penale è in costante espansione e abbraccia ormai l'ambito dell'illecito amministrativo punitivo[217], quello delle misure – formalmente – amministrative di prevenzione, anche se rivolte nei confronti delle persone giuridiche[218], provocando una irresistibile espansione della *matiere pénale* (o *criminal matter*)[219].

Ferma restando la piena condivisione del monito ad applicare a questi settori *di*

[215] Testo del comunicato stampa "*Carcere ai giornalisti: un anno di tempo per consentire al parlamento di intervenire*" diffuso dalla Corte Costituzionale il 9 giugno 2020, in *www.cortecostituzionale.it*.

[216] G.L. GATTA, *Carcere per i giornalisti: la Corte costituzionale adotta lo 'schema-Cappato' e passa la palla al Parlamento, rinviando l'udienza di un anno*, cit.

[217] Si v. ancora il fondamentale studio di C. E. PALIERO-A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988. Per ulteriori approfondimenti: A. AMATUCCI, *La disciplina sostanziale dell'illecito amministrativo*, in AA.VV., *Modifiche al sistema penale – I – Depenalizzazione e illecito amministrativo*, Milano, 1982, 149 ss.

[218] Ci siamo occupati del tema in T. GUERINI, *Diritto penale ed enti collettivi*, Torino, 2018, al quale ci permettiamo di rinviare per un ulteriore approfondimento.

[219] Per una approfondita analisi di come oggi la Giurisprudenza CEDU imponga di ricondurre ad una comune *ratio* garantistica il sistema delle sanzioni formalmente amministrative, ma di fatto aventi natura penale in ragione della loro carica afflittiva, si v. F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, Torino, 2018.

confine l'intero compendio delle garanzie che la Costituzione attribuisce al diritto penale in senso proprio[220], ci pare che nel caso che ci impegna si possa operare un ribaltamento di prospettiva, valutando i possibili effetti positivi per il sistema sanzionatorio che si avrebbero liberando il *potenziale inutilizzato* degli strumenti offerti dal diritto civile e dal diritto amministrativo[221].

Esaminando la disciplina del *NetzDG* abbiamo rilevato come uno dei punti meno convincenti consistesse nell'assenza di un soggetto pubblico che svolgesse il ruolo di intermediario tra chi propone il reclamo e il gestore del *social network*, chiamato a valutarne la fondatezza.

Data la natura degli interessi in conflitto eminentemente pubblicistica degli interessi in conflitto e alla luce della preoccupazione, manifestata nella dottrina di lingua tedesca, che le piattaforme in caso di dubbio scegliessero di procedere alla rimozione di elementi *sospetti*, anche in considerazione del fatto che, mentre la scelta di mantenere *on line* un *post* dal contenuto illecito potrebbe essere severamente sanzionata, quella di rimuovere un contenuto lecito sarebbe priva di conseguenze, riteniamo che sarebbe preferibile che a sovraintendere il procedimento di rimozione vi fosse un organo di diritto pubblico.

Ciò posto, considerando il bisogno di garantire piena applicazione del principio di terzietà – anche in questo caso in ragione dalla più volte richiamata natura politica degli interessi in gioco – riteniamo che le possibili opzioni in campo siano due sole: affidare tale compito alla magistratura, oppure a un'autorità amministrativa indipendente.

Vi sono due ordini di ragioni che ci portano a prediligere quest'ultima soluzione.

La prima: non siamo persuasi che attribuendo ad un giudice – che non potrebbe essere altro che il giudice civile, investito della questione con una sorta di procedimento d'urgenza modellato sullo schema dell'art. 700 c.p.c. – la cognizione sui reclami proposti contro la presenza *on line* di contenuti offensivi si otterrebbero risultati efficaci. La quantità di contenuti *fake* diffusi tramite la rete, soprattutto in periodo elettorale, richiedono tempi di reazioni incompatibili con lo stato attuale dell'amministrazione della giustizia e il rischio, attribuendo la cognizione sulla decisione di rimuovere o meno un contenuto diffuso tramite *social network* all'autorità giudiziaria, sarebbe duplice: da un lato rendere inefficace la disciplina di contrasto

[220] v. M. PELISSERO, *Il diritto penale preventivo nell'epoca dell'insicurezza*, in *Ragion pratica*, 1-2018, 80.

[221] Prendiamo in presito le parole di F. STELLA, *Giustizia e modernità*, III Ed., Milano, 2003, 104.

alla *misinformation*, dall'altra intasare ulteriormente un settore strategico per il paese, da tempo in difficoltà.

Viceversa, nel caso di specie ricorrono tutti gli elementi che sono alla base della stessa creazione delle autorità garanti, individuate dalla letteratura più attenta in quattro elementi essenziali: a) conflittualità dei valori in gioco, *sub forma* di propensione dei valori evocati a coinvolgere nella loro dimensione ulteriori interessi, esigenze e istanze che ne impediscono una piena estrinsecazione; b) connotato tecnico di taluni settori della vita sociale, che richiede cognizioni adeguati e doti di equilibrio da parte di chi li deve gestire; c) esigenza di provvedere alle esigenze di tutela tempestivamente e con scarse formalità; d) natura diffusa degli interessi in gioco[222].

Ci pare che siano tutti elementi che ricorrono anche nel caso che ci impegna e che dimostrano come potrebbe essere indubbiamente vantaggioso preferire un sistema di diritto sanzionatorio di tipo punitivo, sul modello tedesco delle *Ordnungswidrigkeiten*, più flessibile ed efficiente rispetto al diritto penale classico nell'affrontare fenomeni di devianza diffusa[223]

Peraltro, nel nostro ordinamento non sarebbe neppure necessario creare una nuova *Authority*, essendo sufficiente ampliare le competenze e le prerogative dell'AGCOM, che già oggi è uno degli osservatori più attenti e autorevoli del fenomeno della *disinformazione* mediante la rete[224].

Quanto poi al rischio di creare una *Autorità pubblica della verità*, paventato da autorevole dottrina[225], sarebbe sufficiente consentire *ex post* all'utente che si veda rimosso un contenuto *lecito* di adire un procedimento giudiziario, chiedendo in quella sede il ripristino di quanto cancellato.

Resta da considerare un ultimo aspetto, che riguarda lo specifico settore dei

---

[222] Così D. NOTARO, *Autorità indipendenti e norma penale*, Torino, 2010, 7. L'Autore prosegue osservando come "*la capacità d'intervento regolativo deve, allo stesso tempo, affrancarsi dalle logiche politiche condizionate dalla ricerca di un consenso elettorale e soggette alle oscillazioni delle contingenti maggioranze al governo* (…)*. Sottrazione all'influenza dei cicli elettorali del circuito politico e radicamento nei principi che governano il profilo tecnico dei diversi ambiti somno evocati, tra l'altro, quando si afferma che le autorità indipendenti operano in sedi "altamente qualificate". A-politicità, tecnicità ed autorevolezza dell'ente sono pertanto caratteristiche saldate nelle nuove figure istituzionali*". *Ivi*, 8.

[223] v. U. SIEBER, *Linee generali del diritto amministrativo punitivo in Germania*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1-2019, 72.

[224] Si vedano ad esempio le iniziative già poste in essere dall'Autorità garante in materia di disinformazione, elencate nel sito: *www.agcom.it/disinformazione*.

[225] N. ZANON, *Fake news e diffusione dei social media: abbiamo bisogno di un'"Autorità Pubblica della Verità"?*, in *MediaLaws – Rivista dir. media*, 1-2018, 12 ss., 17.

reati elettorali, che rappresenta a nostro parere uno dei settori più arretrati della legislazione penale[226].

In questo caso, riteniamo che, anche applicando in termini estremamente rigorosi il principio di *extrema ratio*, il presidio penale possa essere giustificato.

Si pensi, ad esempio, al problema dei *deepfake* e a come la condivisione massiva di un video che mostri – falsamente – un candidato alle elezioni formulare frasi oscene o compiere atti abietti, nell'imminenza dell'apertura dei seggi o addirittura a urne aperte, possa influenzare una elezione incerta[227].

In questa prospettiva, il modello di riferimento potrebbe essere quello francese della *Loi relative à la lutte contre la manipulation de l'information*, che prevede, nei casi più gravi di violazione degli obblighi di trasparenza imposti ai gestori di piattaforme informatiche, pene fino a un anno di reclusione e 75.000 euro di ammenda.

La delimitazione temporale adottata dal legislatore d'oltralpe, che indica nei tre mesi prima di una elezione generale o presidenziale il lasso temporale di efficacia della norma, è tale infatti da rendere questa soluzione proporzionata al bilanciamento tra la libertà di esprimere liberamente il proprio pensiero e la regolarità della formazione del consenso nel momento in cui il popolo esercita la sovranità che le è attribuita nelle forme e nei limiti della Costituzione.

[226] Per un approfondimento, ci permettiamo di rinviare, per l'ultima volta, al nostro T. GUERINI, *Fake news e diritto penale*, cit., 151 ss.

[227] Il problema dei *deepfake* nella prospettiva della legislazione elettorale è particolarmente discusso in questo momento anche negli Stati Uniti. v. R.L. HASEN, *Deep fakes, bots, and siloed justices: american election law in a post-truth world*, in *University of California, School of Law, Legal Studies Research Paper Series No. 2019-36.*