

Fake news* e responsabilità: paradigmi classici e tendenze incriminatrici

Fake News and Liability: Old-Fashioned Paradigms and Trends of Criminalization

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a referaggio anonimo, in quanto riproduce la relazione presentata dall'A. al convegno "Libertà di espressione e post-verità nella società dell' algoritmo" (Università di Milano-Bicocca, 7 aprile 2017).

Carlo Melzi d'Eril
Avvocato in Milano

Abstract

L'articolo affronta la questione della responsabilità per la diffusione di *fake news* alla luce della recente proposta di punire il falso in quanto tale se pubblicato *online*. Premesso che il fenomeno delle *fake news* non è nuovo, né è limitato a *internet*, l'Autore indica che il falso diffuso *online* dovrebbe continuare a essere ritenuto punibile secondo i principi consolidati in materia, ovvero solo qualora danneggi un interesse costituzionalmente tutelato. Rispetto alle nuove proposte di incriminazione e ad alcune recenti tendenze della giurisprudenza, si suggeriscono alcune ipotesi alternative per assicurare la tutela degli interessi che possono essere lesi dalla diffusione su internet di notizie false, evitando di configurare responsabilità di tipo penale in capo a soggetti diversi dall'autore del falso.

The paper explores the problem of criminal responsibility for spreading fake news in the light of the recent legislative proposal to punish untrue statements published online. Given that fake news isn't just a new issue concerning the Internet, the Author suggests that the well-established general principles should be applied to untrue statements even if they are spread online, only punishing their authors when they harm an interest protected by the Constitution. Compared to the new legislative proposal of incrimination and to recent case law from the Italian Court of Cassation, the Author suggests different solutions aiming to protect interests that could be offended by fake news spreading online, excluding criminal sanctions for anyone other than the author of the untrue statement.

Sommario

1. Premessa. - 2. Tipi diversi di *fake news*. - 3. Diversi paradigmi di attribuzione della responsabilità. - 3.1. (segue) il divieto di anonimato. - 3.2. (segue) la responsabilizzazione di chi gestisce il sito o la piattaforma. - 4. Una soluzione alternativa.

fake news
Internet
diritto penale
responsabilità degli ISP
social network

1 Premessa.

All'improvviso, e non tra un esiguo numero di studiosi ma nell'intera opinione pubblica, le espressioni *fake news* e *post truth* hanno cominciato a farsi strada ingenerando preoccupazione e allarme. Probabilmente proprio perché il fenomeno ha contaminato il dibattito giornalistico a molti livelli¹ e quindi una larga parte di cittadini si sono interessati al tema, il mondo politico, e con esso il legislatore, ha rivolto il proprio, di solito pigro, sguardo in questa direzione. Precisiamo subito che la discussione, in generale, e non solo quella alimentata da sprovveduti alla ricerca del clamore, è stata caratterizzata da timori eccessivi.

In particolare, si perdoni l'inevitabile semplificazione, molti hanno sottolineato la novità e la gravità dei rischi: dati inattendibili, racconti inventati, episodi mai accaduti, “messi in rete”, con la straordinaria capacità di diffusione tipica del mezzo, sarebbero in grado di causare danni enormi. Si sostiene che nell'era della partecipazione massiccia alla produzione dell'informazione tali falsi assumono un peso decisivo, per numero, velocità di diffusione e, inoltre, incapacità del pubblico di distinguere tra giornalismo professionale e informazione prodotta da un *quisque de populo*. Sicché questo inquinamento, generato dalla moltitudine dei diversi produttori di notizie, rischia di nuocere seriamente al dibattito pubblico, che si deve nutrire, viceversa, soltanto di dati trasparenti, e merita quindi una risposta sanzionatoria da parte dello Stato.

In altri termini, l'inquinamento del dibattito pubblico porrebbe nel nulla una delle ragioni che rendono la libertà di manifestazione del pensiero così connessa allo Stato democratico: si tratta del presupposto perché i cittadini possano *conoscere per deliberare*. Se conosci il falso, deliberi male. Da più parti, quindi, da tempo si invoca l'intervento del legislatore, pronto a rispondere alla chiamata come accade davanti a vere o presunte emergenze, questa volta con il disegno di legge “Gambaro”² nell'ambito del quale, come vedremo meglio tra un attimo, per la prima volta il falso di per sé diventa penalmente rilevante, evidentemente sull'assunto di una sua estraneità all'ambito di tutela garantito alla libertà di espressione.

Se questo è lo stato delle cose, prendiamo le mosse da una considerazione, forse banale, ma che aiuta a portare il discorso su quelli che paiono i binari corretti. *Fake news* sono, né più né meno, notizie false. Per restare in ambiente anglofono, si può citare la definizione che di «*fake*» dà l'Oxford dictionary, secondo cui, con la encomiabile stringatezza della lingua inglese, l'espressione designa ciò che «*appearing to be something it is not*».

Come accennato, la preoccupazione nei confronti di chi inventa, propone e pubblica notizie false è giunta fino a far invocare sanzioni per costoro, finanche di natura penale. Nella relazione al disegno di legge “Gambaro” il bilanciamento fra gli interessi in gioco sembra questo: «chiunque [...] può dire quello che vuole, per la più che legittima libertà di espressione, ma se il pubblico di Internet prende per buono e fondato qualsiasi cosa circoli *online*, senza più distinguere tra vero e falso il pericolo è enorme». Viene, quindi, tra l'altro, previsto il reato di cui all'art. 656-bis. (“Pubblicazione o diffusione di notizie false, esagerate o tendenziose, atte a turbare l'ordine pubblico, attraverso piattaforme informatiche”), in base al quale «chiunque pubblica o diffonde, attraverso piattaforme informatiche destinate alla pubblicazione o diffusione di informazione presso il pubblico, con mezzi prevalentemente elettronici o comunque telematici, notizie false, esagerate o tendenziose che riguardino dati o fatti manifestamente infondati o falsi, è punito, se il fatto non costituisce un più grave reato, con l'ammenda fino a euro 5.000». Con un atto di stima e di fiducia nei confronti del giornalismo professionale, la contravvenzione non si applica ai «soggetti e ai prodotti di cui alla legge 8 febbraio 1948, n. 47, e di cui all'articolo 1, comma 3-bis, della legge 7 marzo 2001, n. 62».

Su quest'ultimo punto non può sfuggire un paradosso. Se l'obiettivo è punire l'inquinamento dell'opinione pubblica, il fatto che la disposizione non si applichi nell'ambito del giornalismo professionale sembra incoerente con la premessa. Se infatti c'è una fonte rispetto alla quale il pubblico coltiva l'aspettativa di un'informazione di qualità, veritiera e puntuale, questa è proprio la cronaca giornalistica professionale. Muovendo da queste premesse, la diffusione di notizie tendenziose, esagerate o false avrebbe forse ragione di essere punita e di esserlo vieppiù severamente proprio quando promani dall'esercizio della professione giornalistica, perché qui si potrebbe assumere più forte il disvalore dell'inquinamento dell'opinione pubblica. Ma nei confronti della professione giornalistica, come accennato, il legislatore nutre una tale fiducia che lo spinge a escluderne gli appartenenti dai soggetti attivi del reato.

Diciamo subito che questa iniziativa, fortunatamente ancora allo stato di disegno di legge, non ci

¹ All'estero, di recente, v. T. Garton Ash, *Free Speech: Ten Principles for a Connected World*, New Haven, 2016 e M. Thompson, *Enough Said: What's Gone Wrong With the Language of Politics?*, New York, 2016.

² Disegno di legge n. 2688, presentato alla presidenza del Senato il 7 febbraio 2017.

pare convincente. Per spiegarne il motivo e fornire qualche indicazione su come affrontare quello che è comunque un fenomeno che merita attenzione, è anzitutto necessario puntualizzare che sotto l'ombrello di *fake news* abbiamo provato a ricondurre tre insiemi di fatti diversi³, a cui è opportuno fornire risposte diverse e reagire con strumenti diversi, non tutti necessariamente per mano del legislatore e non tutti necessariamente dotati di una sanzione.

2 Tipi diversi di *fake news*.

Queste "categorie" sono state già approfondite in altro lavoro presente in questa stessa sezione della rivista⁴ (e quindi non ci si dilungherà sull'argomento). La prima tipologia di notizie false ricondotta alla nozione in questione riguarda i tentativi, da parte di gruppi di potere, da singoli personaggi fino a Stati sovrani, di modellare la pubblica opinione a proprio piacimento (e vantaggio) manipolando l'informazione. Un buon esempio di questo caso è quanto si dice sia accaduto durante le elezioni americane, il cui esito – qualcuno sostiene – sarebbe stato influenzato pesantemente non tanto da contenuti veicolati in rete, quanto da soggetti molto influenti che, proprio grazie alla massiccia diffusione di notizie false, hanno modificato il voto di una parte consistente degli elettori. Insomma, uno tra i momenti cruciali di una delle democrazie più importanti del pianeta, le votazioni presidenziali statunitensi, avrebbe visto il proprio risultato condizionato da fatti falsi, sapientemente inoculati in rete⁵.

Con questo tipo di distorsione si comincia a parlare insistentemente del fenomeno, trattandolo per quello che certo non è: una novità. È vero che il mezzo è relativamente nuovo, benché siano più di dieci anni che si parla di web 2.0, ovvero della rete come ambiente dove gli utenti non sono solo fruitori che raccolgono informazioni, ma le creano, contribuendo attivamente al flusso della comunicazione. È in ogni caso molto più antica (secondo alcuni endemica) la tendenza del potere – pubblico e privato; politico, economico, religioso – a creare masse plaudenti, anche attraverso una torsione della realtà, usando i media che il periodo storico mette a disposizione. Da quando esiste il potere esso cerca legittimazione non sempre usando una limpida comunicazione come regola di comportamento. Questa attività si chiama «propaganda» ed ha caratterizzato ogni regime, democratico e no.

Sanzioni penali, in casi del genere, non sembrano una buona idea. Al di là della aspirazione ad un ordinamento in cui esiste un diritto criminale minimo, davvero *extrema ratio* nei confronti di insulti a beni giuridici non altrimenti tutelabili, sono due i motivi che convincono in questo senso. Il primo: la ostilità ad affidare a un organo statale, dotato di poteri coercitivi, la possibilità di attribuire patenti di verità. Il secondo: la estrema difficoltà, a volte forse la impossibilità, di distinguere il grano del vero dal loglio del falso.

L'antidoto a questa particolare tipologia di *fake news*, dunque, pare un altro: un maggior pluralismo, che aiuti a smascherare le falsità, e una rigorosa disciplina sulla trasparenza della proprietà dei media che vieti le concentrazioni, indispensabile terreno di cultura per il pluralismo stesso. Insomma, è una specie di guerra batteriologica: il batterio della propaganda si combatte con iniezioni di maggiore libertà.

La nozione di *fake news*, poi, è stata usata per descrivere quella sterminata messe di dati, opinioni, racconti di scarsa autenticità di cui la rete letteralmente gronda. Soprattutto sui social media, infatti, ove ognuno può pubblicare ciò che vuole senza alcun controllo, è facile trovare episodi, commenti e affermazioni la cui affidabilità è pressoché nulla e che spesso si rivelano falsi. Sono informazioni circolanti in rete, che passano per lo più inosservate, ma che, per ragioni spesso casuali, a volte riescono ad avere una maggiore "audience", magari perché riprese da soggetti con un seguito consistente. È un chiacchiericcio originato dal continuo comunicare non coordinato di milioni di persone. E in questo profluvio di parole si trovano appunto anche affermazioni del tutto inventate, leggende metropolitane del tutto futili, ma talvolta anche suggestioni infondate su temi di grande rilievo quali la salute, che magari contrastano con le acquisizioni della scienza.

Anche in questo secondo ambito si sono levate voci che pretenderebbero di eliminare ogni contenuto falso dalla rete e, anzi, di "elevare" a reato la diffusione di messaggi non veri. Ma pure qui la soluzione non sembra né praticabile né opportuna. Oltre agli argomenti già spesi in precedenza, che convincerebbero a desistere dal proposito, ve n'è un altro non irrilevante.

³ C. Melzi d'Eril – G.E. Vigevani, *Difesa giuridica dal social-chiacchiericcio*, in www.ilsole24ore.com, 2 aprile 2017.

⁴ M. Bassini – G.E. Vigevani, *Primi appunti su fake news e dintorni*, in questa Rivista

⁵ Per uno studio sul tema si veda H. Allcott – M. Gentzkow, *Social Media and Fake News in the 2016*, in *Journal of Economic Perspectives*, 2017, 211 ss.

Secondo alcuni la garanzia dell'art. 21 Cost. non si estenderebbe fino a tutelare affermazioni soggettivamente false⁶. Secondo altri, il “falso” non avrebbe in effetti ragioni di tutela in presenza di altri beni giuridici in conflitto, ma *di per sé* non potrebbe essere punito⁷. Questa seconda posizione pare quella più convincente. Può essere condivisibile che l'ordinamento non difenda chi diffonde affermazioni false, poiché in effetti non sembra esistere un interesse meritevole di tutela da salvaguardare in questo caso. Tuttavia, ciò non significa che il “falso” debba essere, lo si ripete, *di per sé* bandito, con tanto di sanzione, dall'orizzonte della comunicazione pubblica.

In altri termini: la asserzione di un dato falso potrebbe essere espressamente vietata, e chi l'ha diffusa dovrebbe andare incontro a una pena, solo se ciò danneggia o mette in pericolo un altro interesse, individuale o collettivo, di valore costituzionale (si tratta di un approccio in cui risuonano orientamenti della giurisprudenza della Corte suprema statunitense, che ha sempre ritenuto incostituzionali per contrasto con il Primo Emendamento le incriminazioni del falso *tout court* che non colpissero un interesse costituzionalmente rilevante, indirizzo confermato di recente dalla sentenza *United States v. Alvarez* del 2012⁸ che fa un riepilogo della casistica affrontata). In questo caso, infatti, la bilancia tra il bene giuridico “in contrasto” e la libertà di manifestazione del pensiero difficilmente pende a favore della seconda. Ciò perché di solito non vi sono ragioni perché l'ordinamento privilegi la libertà di espressione quando veicola un fatto non vero.

Perché l'ordinamento compia un bilanciamento tra interessi meritevoli di tutela a livello costituzionale, dunque, è necessario che ve ne siano almeno due in contrasto. E mentre certamente la libertà di espressione lo è, la verità – qualunque cosa sia, da Pilato a Tarski se lo sono chiesti in molti – dei dati veicolati in pubblico, salvo casi eccezionali, non sembra esserlo altrettanto.

Veniamo, infine, a una terza accezione di *fake news*: affermazioni non vere che ledono o mettono in pericolo interessi individuali o collettivi riconosciuti in Costituzione. Una dichiarazione offensiva e falsa; la diffusione di dati personali scorretti o di notizie fuorvianti in grado di condizionare l'andamento dei mercati.

Questo è il solo terreno in cui si possono utilizzare le categorie di *legale* e di *illegale*. E siccome quel che è illegale off line è illegale on line, sembra anche l'unico campo in cui il legislatore sembra poter legittimamente e fruttuosamente fare applicazione di divieti e sanzioni penali.

3 Diversi paradigmi di attribuzione della responsabilità.

Si è visto qual è l'unica tipologia, se così si può chiamare, di *fake news* a cui pare ipotizzabile applicare una pena. Ora cerchiamo di precisare chi può essere punito.

Il meccanismo per così dire “classico” di attribuzione della responsabilità passa attraverso il principio personalistico, per cui risponde chi fa le cose, o meglio, in base ai principi sul concorso di persone nel reato tutti coloro che hanno contribuito causalmente alla realizzazione del fatto. Certo, esiste anche la possibilità di ascrivere la responsabilità penale a titolo omissivo, tuttavia è necessario che il “reo” avesse l'obbligo giuridico di impedire il fatto illecito verificatosi. È cioè necessaria una posizione di garanzia, che può derivare dalla legge, da un contratto o dall'esercizio di una precedente attività.

Nell'ambito del diritto dell'informazione l'art. 57 c.p. – che stabilisce una posizione di garanzia per il direttore responsabile di una testata per i fatti illeciti commessi mediante la testata stessa – è certamente la disposizione più applicata. Essa, fino a qualche tempo fa con certezza, era applicabile soltanto alla carta stampata. Prima del 2015, infatti, una giurisprudenza solida, partendo dal presupposto per cui Internet non è riconducibile alla nozione di stampa prevista dall'art. 1 della legge n. 47 del 1948, escludeva l'applicabilità alla rete di disposizioni incriminatrici, come quella menzionata, o di aggravanti, in base al noto divieto di analogia *in malam partem* in materia penale⁹. La ricerca di un meccanismo di attribuzione di responsabilità per i fatti illeciti in rete è probabilmente uno dei problemi di maggior rilievo degli ultimi anni nella materia del diritto dei media. E ciò non soltanto per ragioni di ordine sistematico, bensì per esigenze molto concrete, in primo luogo la frequenza con cui si presentano casi di illeciti commessi in rete, in seguito ai quali si vaga alla ricerca della disposizione adatta.

⁶ C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, 36-37; A. Pace, M. Manetti, *Commentario della Costituzione. Art. 21*, Bologna, 2006, 89-90.

⁷ P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 229; G.E. Vigevani, *Radici della Costituzione e repressione della negazione della Shoab*, in *Rivista AIC*, 2014, n. 4; A. Pugiotto, *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo. Rivista trimestrale*, 2013, 77.

⁸ *United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709 (2012).

⁹ Si pensi alle sentenze della V sezione penale della Cassazione n. 35511/2010, n. 44126/2011 e n. 23230/2012.

Le ragioni di tale imponente casistica sono molteplici, eccone alcune: rispetto al passato, sono numerosissime le persone che si sono trovate a diffondere il proprio pensiero, magari la maggior parte di esse senza un grande pubblico, ma soltanto alle decine o centinaia di "amici" su Facebook, così come, specularmente, sono numerosissime quelle che si sono trovate protagoniste di un episodio narrato o di un giudizio espresso da altri. Accade inoltre che l'assenza di contatto fisico tra chi scrive e chi legge diminuisca i freni inibitori. Il messaggio, poi, una volta diffuso in rete, rimane ed è reperibile con facilità, se si trova la parola chiave che lo rintracci. Ma uno dei problemi che rende insidiosa la rete e complesso ipotizzare soluzioni per gli illeciti ivi commessi, è la facilità con cui l'autore del messaggio può celarsi dietro l'anonimato, magari in astratto non impenetrabile, ma che diventa tale in concreto perché la maggioranza dei privati non ha mezzi per superarlo e l'autorità giudiziaria ha risorse scarse rispetto all'imponenza della casistica.

Di fronte a questa situazione, una soluzione che non frustri la legittima domanda di giustizia delle persone offese implica un'alternativa. O si vieta (al più si sfavorisce) la possibilità di usufruire dell'anonimato, o si individua un terzo soggetto noto, o che ha l'obbligo di mostrarsi, a cui porre in capo la responsabilità del messaggio (dall'ISP al gestore del sito).

Forse la scarsa simpatia per le ortodossie in genere fa sì che né l'una né l'altra paiano del tutto convincenti. Cerco di spiegarne le ragioni assumendo per entrambe due punti di vista: uno *de iure condito* e l'altro *de iure condendo*.

3.1 (segue) Il divieto di anonimato.

Oggi un divieto di anonimato può essere applicato ai contenuti diffusi in rete applicando, in modo evolutivo va da sé, le disposizioni previste per la stampa. Più precisamente, bisognerebbe riferire ai siti Internet le disposizioni della legge stampa sulla individuazione dei responsabili e sulla registrazione. Col risultato di imporre ad ogni sito, come per gli stampati, l'obbligo di indicare almeno il nome di un responsabile e la data di immissione in rete e per i periodici la registrazione presso la cancelleria del tribunale.

Seguendo questa impostazione, però, per le sanzioni previste per la stampa clandestina si porrebbe un serio problema di analogia *in malam partem*, costituzionalmente vietata in materia penale. La questione potrebbe, in teoria, essere risolta attribuendo al termine «stampa» il significato «figurato» che di recente, in materia di sequestro, la Cassazione ha ritenuto di assegnarle. Più precisamente, la Suprema Corte a Sezioni Unite, sia in sede penale¹⁰, sia poco dopo in sede civile¹¹, ha stabilito che le disposizioni di cui all'art. 21 Cost. a tutela del sequestro di stampati siano applicabili anche ad alcuni contenuti diffusi in rete. E ciò in quanto, secondo la Corte, almeno in materia di sequestri, la nozione di stampa o stampati non deve essere tratta dall'art. 1 della legge n. 47 del 1948, che ne fornisce appunto la definizione. Sarebbe viceversa necessario interpretare tale termine in modo, appunto, "figurato": la stampa equivarrebbe ai giornali, che diffondono informazione in modo professionale.

Le difficoltà di applicare una simile regola, tuttavia, sono molte. A cominciare da quella di stabilire, in un mondo liquido come la rete, quale sia l'informazione professionale e quella non professionale, per continuare con gli interrogativi sulla ragionevolezza di un obbligo di identificazione soltanto per i giornali *online* e non per tutti gli altri siti e blog, laddove evidentemente i primi sono più controllati dei secondi. Inoltre, sarebbe quasi paradossale che l'ordinamento pretendesse una maggior trasparenza sugli autori di stampati cartacei anche non periodici, che su chi diffonde messaggi in rete.

Ma nemmeno *de iure condendo* la soluzione di introdurre un divieto di anonimato in rete, assistito da una sanzione penale, sembra quella corretta. Anzitutto, in generale, poiché essendo la libertà di manifestazione del pensiero, almeno tradizionalmente, una libertà "negativa", meno è circondata da divieti e più si estendono i suoi benefici. In secondo luogo, non pare che la diffusione in forma anonima di un pensiero di per sé offenda a tal punto un bene giuridico costituzionalmente tutelato da consentire di introdurre una punizione per tale comportamento.

Infine, una considerazione di ordine pratico: risulta assai complicato imporre in modo rigoroso il divieto di anonimato. E anche se ciò fosse possibile, lo sarebbe a scapito di una notevole burocratizzazione della comunicazione *online*, circostanza che se non altro ingesserebbe il fenomeno, tanto da snaturarlo. Questo punto non è di poco rilievo poiché, in presenza di un fatto di per sé non

¹⁰ Cass. pen., sez. un., sent. 31022/2015.

¹¹ Cass. civ., sez. un., sent. 23469/2016.

illecito, anzi che costituisce la manifestazione di una libertà costituzionale, il legislatore dovrebbe soltanto prendere atto di quel che accade e intervenire per regolarlo ove strettamente necessario. Non dovrebbe, invece, con la propria azione, determinare modificazioni e cambiamenti radicali nel fenomeno stesso.

3.1 (segue) La responsabilizzazione di chi gestisce il sito o la piattaforma.

Anche in questo caso proviamo ad analizzare se una responsabilizzazione di terzi sia possibile con le regole oggi in vigore o se sia auspicabile con un intervento del Parlamento.

Le ragioni della spinta ad attribuire una responsabilità al gestore del sito o della piattaforma sono almeno due: anzitutto si tratta di un soggetto identificato o identificabile facilmente e poi si tratta anche di chi, da un lato, ha la signoria sui contenuti e dunque può porre barriere all'ingresso di contenuti illeciti, dall'altro, guadagna – in termini economici o di notorietà – dal mantenimento in rete dei contenuti in questione.

Va detto, però, che quella “per pubblicazione” sembra una classica responsabilità commissiva; per renderla punibile anche a titolo omissivo è necessaria una posizione di garanzia che non può certo essere individuata dalla giurisprudenza.

E se il legislatore, con il proverbiale tratto di penna, aggiungesse una simile posizione di garanzia? A mio avviso otterrebbe un doppio risultato negativo. In primo luogo aumenterebbero i soggetti penalmente responsabili con la difficoltà però di rinvenire una concreta rimproverabilità in capo ad essi, circostanza che creerebbe non poca tensione con l'elemento soggettivo del reato. In secondo luogo, l'attribuzione di responsabilità porta con sé anche un'inevitabile concessione di signoria sui contenuti, che verrebbero perciò sottoposti a rigorosa censura. È prevedibile che i gestori, anche solo per evitare di incorrere in “guai” giudiziari, eliminerebbero ogni contenuto sensibile, col risultato di creare un appiattimento generale della comunicazione. L'osservazione è talmente nota e condivisa che qui è impossibile fornire una bibliografia, anche solo essenziale. Piace, però citare almeno Balkin¹², che parla di «*collateral censorship*», se non altro perché l'argomento è stato ripreso anche da una *dissenting opinion* (Sajo-Tsotsoria) nella sentenza della Grande Camera nel caso *Delfi*, di cui tra un attimo.

4 Una soluzione alternativa.

Un possibile compromesso rispetto alle due strade sopra descritte potrebbe essere quello di porre una responsabilità, solo di tipo risarcitorio, quindi non penale, in capo a terzi, esclusivamente a determinate condizioni, nel caso in cui, ad esempio, costoro non contrastino l'anonimo autore di contenuti illeciti e non collaborino con le persone offese.

In materia di “rimproverabilità” ai gestori di siti o piattaforme per i contenuti prodotti da terzi, la disposizione oggi di riferimento è l'art. 16, d.lgs. 70/2003 che, appunto, la esclude a meno che il titolare non sia a conoscenza di un contenuto chiaramente illecito e non lo rimuova nonostante una esplicita richiesta dell'autorità. Al legislatore si potrebbe chiedere un intervento, prendendo spunto dai suggerimenti della Corte Europea (stiamo parlando in particolare della sentenza CEDU *Delfi c. Estonia*¹³). Più precisamente, si potrebbe prevedere una responsabilità civile per danni in capo al gestore del sito o della piattaforma qualora: non tenti l'identificazione dei soggetti che pubblicano; non registri e non conservi i file di log almeno per un certo periodo; non comunichi tali dati, anche a richiesta del privato, al fine di far valere un diritto in giudizio; non imponga filtri automatici per evitare gli insulti più comuni; non elimini i contenuti palesemente illeciti anche a richiesta del privato. Ferme restando responsabilità civile e penale dell'autore del messaggio, quindi, il gestore del sito o della piattaforma potrebbe essere chiamato a rispondere dei danni derivanti dalla pubblicazione, a condizione che con la propria inattività abbia favorito la realizzazione del fatto, ne abbia aggravato le conseguenze o non abbia collaborato affinché l'autorità, chiamata ad occuparsene, possa giudicarne la liceità. Una responsabilità limitata alla sede civile, poiché analoga previsione in sede penale pare assai più difficilmente armonizzabile con i principi generali del sistema.

Si tratta comunque di una disposizione non semplice da scrivere. Il tema è delicato perché, solo

¹² J.M. Balkin, *Free Speech and Hostile Environments*, in *Columbia Law Review*, 1999, ora consultabile in jackbalkin.yale.edu.

¹³ CEDU, *Delfi c. Estonia*, ric. 64669/09 (2015).

per fare un esempio, si rischia da una parte di prevedere obblighi inesigibili, qualora si imponga una vera e propria identificazione, dall'altro se ci si limiti a chiedere un tentativo in tal senso non è improbabile che la norma resti "lettera morta".

Una seconda soluzione che, insieme alla prima, potrebbe migliorare l'attuale stato di profonda anarchia che regna nella materia è l'introduzione di una disciplina che estenda il diritto di replica e rettifica dalla stampa al web. Sul modello di quanto previsto dall'art. 8 della legge stampa, si potrebbe prevedere il diritto per il soggetto interessato a rispondere o rettificare fatti che lo riguardano, purché falsi e lesivi di diritti, a patto che il testo sia di dimensione contenuta e non penalmente rilevante. Dovrebbe essere introdotta anche la possibilità per l'interessato di rivolgersi velocemente al giudice per ottenere la pubblicazione qualora questa, pur in presenza dei requisiti di legge, non fosse stata effettuata.

Insomma, pare equilibrato un ordinamento in cui, di fronte a una diffamazione *online* commessa divulgando un fatto consapevolmente falso, l'autore dell'affermazione ne risponda in sede penale e civile, mentre il titolare del sito ne risponda, sia pure solo in sede civile, e qualora non collabori (anche con l'interessato e non solo con l'autorità giudiziaria) per rinvenire il responsabile e minimizzare gli effetti della sua condotta, non tenti in generale di contenere l'anonimato e non consenta risposte e rettifiche.

C'è la consapevolezza che l'ordinamento, in verità, sembra andare nella direzione opposta. Basti pensare, per quanto riguarda l'azione del legislatore, al ddl "Gambaro" citato all'inizio, ma anche alla legislazione tedesca di recente approvata che attribuisce ai gestori delle piattaforme un ruolo paragiurisdizionale, nonché li rende destinatari di sanzioni non irrilevanti. Per quanto riguarda invece la giurisprudenza, si pensi alla recente sentenza in cui sembra che la V sezione penale della Cassazione abbia ritenuto responsabile il gestore di un blog per contenuti prodotti da terzi, solo perché sarebbe stato a conoscenza degli stessi¹⁴, o alle menzionate pronunce delle Sezioni Unite civili e penali in materia di sequestro in cui si delinea una nozione di "stampa" che, se sarà generalmente utilizzata, consentirà di estendere la responsabilità per omesso controllo anche al direttore di una testata telematica¹⁵.

Ma, si sa, come affermava quel filosofo di Charles M. Schulz, per bocca di Snoopy, «un'intera montagna di consapevolezze non uguaglierà mai una piccola speranza».

¹⁴ Cass. pen., sez. V, sent. 54946/2016; per un commento si veda R. Carbone, *Responsabilità del blogger: parziale revirement della Cassazione?*, in *Cassazione penale*, 2017, 2782 ss., nonché, volendo C. Melzi d'Eril, *Una pronuncia problematica in materia di responsabilità del gestore del sito web per i commenti diffamatori pubblicati dai lettori*, in *questa Rivista*.

¹⁵ Per qualche primo spunto si veda C. Melzi d'Eril – G.E. Vigevani, *Diffamazione, il gestore del sito non risponde se elimina i commenti*, in *www.ilsole24ore.com*, 10 marzo 2017.