



## L'ERA DELL'INGANNO: LIBERTÀ D'INFORMAZIONE ED ESIGENZE DI REGOLAMENTAZIONE

CARLA COSENTINO

SOMMARIO: 1. *Fake news*: un problema nuovo? – 2. La tutela “rafforzata” della *freedom of speech* nel modello nordamericano. – 3. Il contesto europeo. – 4. Art. 21 della Costituzione, “limiti impliciti” e abuso del diritto. – 5. Dall’*an* al *quomodo*. Quali rimedi?

1. Lungi dal rappresentare un fenomeno di scarsa rilevanza, confinato in una dimensione metagiuridica, il tema delle *fake news* ha catalizzato, ormai già da diverso tempo, l’attenzione degli studiosi – in particolare del diritto dei media<sup>1</sup> – generando un vivace dibattito in ordine alla necessità ed eventualmente alle modalità di una loro regolamentazione.

In realtà, la circolazione di false notizie tramite i canali dell’informazione non costituisce una novità assoluta: è piuttosto lo strumento di diffusione delle stesse a creare un certo allarme, vuoi per la velocità di propagazione, vuoi per l’assenza di controlli nella loro divulgazione.

È indubbio che la rete abbia cambiato la prospettiva di fondo della pubblica informazione, non più consegnata in via esclusiva al giornalismo professionale con il corredo delle sue regole di responsabilità, dei controlli gerarchici interni, dei vincoli che circondano il diritto di cronaca e critica<sup>2</sup>, capaci di garantirne l’aspettativa di credibilità da parte dei de-

---

<sup>1</sup> Sul punto M. BASSINI - G. E. VIGEVANI, *Primi appunti su fake news e dintorni*, su [www.medialaws.eu](http://www.medialaws.eu), 1/2017, p. 13.

<sup>2</sup> Trattasi di due distinte posizioni soggettive attive: attraverso la tutela del diritto di cronaca, gli ordinamenti democratici garantiscono la libertà di informazione nella duplice accezione di diritto ad informare e ad essere informati. Con il diritto di critica s’ intende, invece, promuovere quell’aspetto della libertà di pensiero funzionale alla dialettica democratica. Entrambe costituiscono espressione dell’art. 21 Cost. sulla libera manifestazione di pensiero ma mentre la cronaca mira a trasmettere, a veicolare una realtà fenomenica, fatto o comportamento che sia, dovendo tradursi, quanto più possibile, in un’ informazione obiettiva, la critica sottende una valutazione soggettiva, un dissenso verso quella realtà fenomenica che descrive. Com’è noto cronaca e critica rientrano nel novero delle cause di giustificazione, cioè di particolari situazioni per le quali un fatto, che normalmente sarebbe ascrivibile ad una fattispecie delittuosa, non viene considerato tale dall’ordinamento giuridico. Il fondamento politico sostanziale delle “scriminanti” è individuato nella dottrina dell’interesse prevalente o equivalente, secondo la quale quando l’interesse tutelato dalla norma incriminatrice entra in conflitto con quello sotteso alla previsione della causa di giustificazione (nel caso di specie l’esercizio del diritto), si dà prevalenza a quest’ultimo per la mancanza di un danno che sia conseguente al comportamento lesivo o, ancora, a causa della materiale inesigibilità di una determinata condotta in particolari situazioni. Sul punto cfr., *ex multis*, T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 1990, p. 182; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale (parte generale)*, Bologna, 2001, p. 225 ss. L’attività di cronaca o di critica è, infatti, suscettibile di ledere beni costituzionali paritariamente tutelati, quali l’onore e la reputazione di singoli soggetti, protetti dalle norme penali che incriminano i reati di ingiuria e diffamazione (artt. 594 e 595 c.p.). La Suprema Corte ha, in diverse occasioni, chiarito quali siano le condizioni affinché l’esercizio del diritto di cronaca o di critica possano avere efficacia scriminante. Trattasi di requisiti analoghi, ma modulati sulla diversità ontologica dei diritti medesimi. Ed infatti, se per il primo, al fine di non incorrere nel reato di diffamazione, occorre che si rispettino i limiti della verità,



stinatari<sup>3</sup>. Con la rivoluzione digitale e l'avvento di Internet, le notizie, infatti, sono create dagli utenti medesimi e si propagano in un *continuum* di contenuti, costantemente alimentato dai loro fruitori.

L'industria editoriale ha dovuto cedere il passo ad un sistema radicalmente decentrato, nel quale il singolo individuo non è più solo il destinatario passivo di comunicazioni, ma ne diventa, a sua volta, produttore attraverso l'utilizzo dei *social media* o la semplice condivisione di contenuti.

Si parla di "*marketplace of ideas*", un mercato delle idee, massima espressione della manifestazione di pensiero come diritto costituzionalmente tutelato, nuova forma di democrazia partecipativa, soprattutto politica, che viene salutata, per lo più, come un importante traguardo della libertà individuale<sup>4</sup>.

La possibilità di trasmettere e ricevere informazioni, di scambiare opinioni, di comunicare in rete, tuttavia, reca con sé un pesante contrappeso: un flusso senza precedenti di notizie false o comunque di dubbio fondamento, idonee a creare artatamente disinformazione<sup>5</sup>.

Sul punto s'impone subito una precisazione, anche al fine di comprendere l'esatta portata del fenomeno e l'attenzione che analisti, studiosi e *policy makers* gli dedicano.

Diversi sono i tentativi di concettualizzazione esistenti<sup>6</sup>.

Coglie nel segno la nozione individuata dallo *High Level Group* della Commissione Europea sulle *fake news*<sup>7</sup>, la quale sottolinea la complessità e la pluralità di aspetti che la diffu-

---

della pertinenza e della continenza, per il secondo, è necessario operare una diversa valutazione degli stessi : «...la scriminante del diritto di critica non è configurabile qualora manchi il requisito della verità del fatto riferito e costituente oggetto della valutazione critica, il quale sia, pertanto, privo di riscontro nella realtà (Sez. 5, n. 3389 del 12/11/2004 - dep. 2005, P., Rv. 231395, in una fattispecie in cui veniva in rilievo il diritto di critica giudiziaria). Invero, la critica si articola in due momenti logici, che vanno tenuti ben distinti, rappresentati dall' "esposizione del fatto", il primo, e dalle "critiche che alle parole pronunciate o ai comportamenti assunti dalla persona oggetto di attenzione vengono rivolte": così distinti i due profili della critica, è certo che "il fatto che costituisce il presupposto delle espressioni critiche debba essere vero, perché non può essere assolutamente consentito attribuire ad una persona comportamenti mai tenuti o frasi mai pronunciate e poi esporlo a critica come se quelle parole e quei fatti fossero davvero a lui attribuibili"; di conseguenza, "in ordine alla verità del fatto che costituisce il presupposto della critica non è ravvisabile nessuna differenza apprezzabile tra l'esercizio del diritto di cronaca e di critica, dal momento che entrambe le esimenti richiedono la verità del fatto narrato». Così Cass. pen., sez. V, 22 febbraio 2018, n. 8721, reperibile su [www.itgiure.giustizia.it](http://www.itgiure.giustizia.it).

<sup>3</sup> La "digitalizzazione" dell'informazione ha determinato, infatti, la fine dell'oligopolio dei professionisti della comunicazione, offuscando il loro originale ruolo di "intermediari". Per oltre un secolo l'industria dell'informazione ha orientato la pubblica opinione: oggi, la situazione è radicalmente mutata. I bassi costi per la creazione e l'attivazione di siti Internet hanno incrementato la possibilità che semplici utenti divengano, a loro volta, produttori di informazioni.

<sup>4</sup> In tal senso T. E. FROSINI, *Internet e Democrazia*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2017, 4-5, p. 657 ss., che guarda ad Internet come strumento per rafforzare la democrazia attraverso la possibilità che offre la rete di promuovere ed espandere forme di partecipazione diretta come *town-hall meeting*, *consensus conference*, *referendum* e indiretta, tramite funzioni informative e di *feedback* popolari.

<sup>5</sup> È ben evidenziato da W. QUATTROCIOCCI - A. VICINI, *Misinformation. Guida alla società dell'informazione e della credulità*, Milano, 2016, *passim*.

<sup>6</sup> Cfr. M. BASSINI - G. E. VIGEVANI, *op. cit.*, p. 15.

<sup>7</sup> Come riportata da A. MAZZIOTTI DI CELSO in *Dal Primo Emendamento al bavaglio malese. Fake news, libertà di espressione e il rovesciamento delle categorie politiche tradizionali*, su [www.medialaws.eu](http://www.medialaws.eu), 3/2018, p. 11.



sione delle suddette *news* è suscettibile di provocare e che coinvolge l'uso di *account* automatizzati, la creazione *ad hoc* di reti di *fake followers* e la pubblicità mirata.

Va per certo rilevato che comune determinatore delle suddette prassi è il riferimento alla preordinata e dolosa produzione di notizie false, “spacciate” per vere.

Tratto caratterizzante delle medesime è, quindi, l'informazione fraudolenta che presuppone intenzionalità nella creazione e nella successiva e volontaria divulgazione<sup>8</sup>.

Se questo è l'aspetto che le qualifica, è poi sul piano delle finalità ad esse sottese che può trovare spazio un tentativo classificatorio.

Si va dalle notizie false capaci di colpire specifici beni giuridici, per le quali, in realtà, dovrebbero trovare applicazione le regole di diritto comune, dettate a loro salvaguardia<sup>9</sup>, a quelle che acquisiscono “veridicità” attraverso la circolazione in rete, incrementata dal sistema di condivisione *on-line*<sup>10</sup>, che finiscono per orientare, convincere, persuadere a condotte poco prudentiali, proprio per l'alto grado di “diffusività” o, meglio ancora di “pervasività” che le ammantano<sup>11</sup>, alla categoria che, con tutta probabilità, desta la maggiore apprensione sociale, ovvero quella delle *fake news* costituite ad arte a fini di propaganda politica o elettorale, per indirizzare le scelte dell'opinione pubblica in vista di guadagnare o accrescere il consenso popolare.

Orbene, sicuramente rispetto alle due ultime tipologie non può nascondersi una crescente e legittima preoccupazione, che riguarda essenzialmente l'inquinamento del *public discourse*, paventando una vera e propria distorsione dei meccanismi di partecipazione democratica<sup>12</sup>.

È ormai un dato acquisito, infatti, che mentre ciascun utente delle rete nutre la convinzione di confrontarsi con dati oggettivi e disponibili a chiunque, visualizza, in realtà, notizie relative ad opinioni ed orientamenti già espressi in precedenza, veicolate da un algoritmo a ciò preposto. In altri termini, il fruitore di Internet, non accede ad informazioni

---

<sup>8</sup> In tal senso H. ALLCOTT - M. GENTZKOW, *Social Media and Fake News in the 2016 Election*, in *Journal of Economic Perspectives*, 2017, p. 211 ss.

<sup>9</sup> Si allude in particolare alle fattispecie penali espressamente regolamentate, come il reato di diffamazione. Si veda più diffusamente il § 5.

<sup>10</sup> È il così detto effetto “gregge”, per il quale se una notizia è citata da più fonti, acquisisce *tout court* maggiore credibilità. I *social network* tendono ad amplificare notevolmente il fenomeno attraverso il meccanismo della condivisione. Gli utenti finiscono ad “accodarsi”, soprattutto se il messaggio è semplice e di forte impatto, proprio come spesso accade per le *fake news*. In tal senso A. MAZZIOTTI DI CELSO, *op. ult. cit.*, p. 5.

<sup>11</sup> Si pensi al movimento “no vax” che sulla base della supposta inutilità dei vaccini ha determinato, negli ultimi anni, un aumento, senza precedenti, di una serie di malattie esantematiche.

<sup>12</sup> Il caso più eclatante è quello di *Cambridge Analytica*, una società dedita all'attività di “profilazione” dei potenziali destinatari di campagne politiche personalizzate, mediante i dati raccolti via Internet, che ha partecipato all'ascesa elettorale di Donald Trump. Orbene, si è scoperto che la società in questione, nel 2014, aveva ottenuto in maniera illegale i dati personali di quasi cinquanta milioni di fruitori di *Facebook*, mediante l'utilizzo di un test della personalità, proposto a migliaia di utenti. Questi, entrati nella *application* attraverso *Facebook*, avevano, probabilmente senza neanche rendersene conto, reso disponibili i propri dati, elaborati ed utilizzati poi per orientare la campagna elettorale. La vicenda ha avuto una risonanza enorme: *Facebook*, in particolare, è stata messa sotto accusa per l'insufficiente livello di protezione dei dati dei suoi utenti, *Cambridge Analytica* è fallita, ma resta il fatto che, di certo, il consenso popolare delle ultime elezioni presidenziali è stato ottenuto con la violazione delle *fairness rules* che dovrebbero appartenere al confronto democratico. Sul caso si veda H. PARKINSON, *Click and Elect: How Fake news Helped Donald Trump Win a Real Election*, in *The Guardian*, 14 November 2016.



“neutre” e di vario genere, ma finisce per acquisire ciò che costituisce l’eco dei suoi convincimenti, esposti in occasioni antecedenti. Si tratta della così detta *filter bubble* che circonda le informazioni “somministrate” a ciascuno, costruendo una realtà virtuale su misura per ogni individuo. In tale contesto, ben si radica la propagazione di *fake news*, potenziata dal sistema in parola<sup>13</sup>.

A queste condizioni, risulta davvero poco realistico continuare a considerare acriticamente la rete come *marketplace of ideas*, ovvero come luogo di “libero” scambio di opinioni: il fenomeno appena descritto finisce, infatti, per minare dall’inizio la possibilità di creazione di una corretta informazione e, in particolare, di una consapevole volontà politica, in quanto capace *ex se* di condizionarne la realizzazione.

Si fa strada allora il convincimento che risulti quanto mai necessario predisporre, tramite strumenti normativi, dei meccanismi idonei ad intercettare le *fake news*, allo scopo di contrastarne il propagarsi e limitarne gli effetti nocivi.

Operazione all’apparenza di agevole ed anzi auspicabile attuazione, se non fosse che, *re melius perpensa*, qualsiasi attività di filtro, censura o eventuale rimozione delle stesse finisce fatalmente per tradursi in una limitazione della libertà di manifestazione di pensiero che, tra i diritti costituzionali, costituisce il caposaldo di ogni società democratica che si rispetti.

La centralità che tale diritto riveste, caratterizzata anche dal legame con altre posizioni giuridiche attive<sup>14</sup>, implica un approccio massimamente prudentiale nell’individuazione di potenziali restrizioni al suo esercizio, anche nei casi in cui si tratti di salvaguardare altri diritti fondamentali, cioè provvisti della medesima tutela.

Come si chiarirà nel corso della trattazione, le soluzioni al problema dipendono dalla diversa “sensibilità costituzionale” con la quale viene percepita la libertà di espressione e dalle modalità utilizzate da ciascun ordinamento giuridico, nel panorama contemporaneo, per regolare il conflitto reale o potenziale tra diritti primari.

**2.** Non stupisce affatto, quindi, la particolare accortezza nell’introduzione di limiti alla libertà di espressione, che emerge in ambito nordamericano<sup>15</sup>, considerata la tutela raf-

---

<sup>13</sup> Di grande interesse sono gli studi sui meccanismi di diffusione delle notizie mediante i social network che hanno dimostrato come la tendenza degli utenti iscritti a costituirsi in gruppi accomunati da una medesima ideologia non è un fenomeno casuale, ma dovuto al rapporto di fiducia che li lega a coloro che appartengono alla medesima cerchia. Per la stessa ragione, cioè un rapporto di condivisione, si reputano veritiere notizie che, magari, non si rivelano poi tali, favorendo la formazione di opinioni illogiche, finanche irragionevoli, ma sostenute dalla maggioranza del gruppo di appartenenza. Quest’effetto è definito “il paradosso dell’amicizia” ed è un meccanismo utilizzato con discreto successo da alcune tecniche di marketing, fra cui il social shopping, mediante il quale le aziende pubblicitarie stimolano una discussione fra un gruppo di amici su certi prodotti o servizi, di cui costoro scambiano le loro esperienze di consumo. Ebbene, tale attività è capace di produrre un consistente aumento degli ordini sugli acquisti on-line. Diverso è il caso in cui l’effetto del “paradosso” riguarda decisioni politiche, in quanto capace, a sua volta, di creare il fenomeno dell’ “illusione della maggioranza”, un problema per la democrazia che nei prossimi anni – si pensi ai meccanismi di scelta dei candidati sul web del M5S in Italia – potrebbe diventare molto serio. Sul tema V. VISCO COMANDINI, *Le fake news sui social network: un’analisi economica*, su [www.medialaws.eu](http://www.medialaws.eu), 2/2018, p. 7 ss.

<sup>14</sup> Si pensi, ad esempio, alla libertà di associazione o alla libertà di manifestare il proprio credo religioso.

<sup>15</sup> Lo sottolinea O. POLLICINO, in G. PITRUZZELLA - O. POLLICINO - S. QUINTARELLI, *Parole e potere. Libertà di espressione, hate speech e fake news*, Milano, 2017, p. 23 ss., che parla di «tutela sacrale del diritto di parola».



forzata di cui questa gode, come si evince manifestamente dalla lettura del Primo Emendamento, in cui la *freedom of speech* viene elevata al rango di diritto “fondamentale tra i fondamentali”<sup>16</sup>.

L’analisi dei precedenti della Corte Suprema<sup>17</sup> mostra inequivocabilmente una tendenza di *self-restraint* nel sanzionare la libertà di espressione nelle sue più svariate forme. Ed infatti, le uniche censure ammesse devono inizialmente superare il c.d. *bad tendency test*, nato nella *common law* inglese, ed applicato per la prima volta nel 1907, in *Patterson v. Colorado*<sup>18</sup>, nel quale la *Supreme Court* condanna quelle manifestazioni di pensiero idonee a nuocere al pubblico benessere.

Centrale è poi lo sviluppo della *doctrine* del *clear and present danger*<sup>19</sup> nel *leading case* *Schenck v. United States*, la quale tara le restrizioni alla libertà in parola sull’esistenza di un effettivo ed evidente pericolo che il Congresso degli Stati Uniti ha il dovere di prevenire.

L’elaborazione della dottrina, nelle parole del giudice *Holmes*, fa riferimento a questioni di *proximity and degree* per sottolineare come la libertà di espressione vada considerata un diritto assoluto fin quando dal suo concreto esercizio non possa derivare una minaccia per l’ordine pubblico<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> «Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances».

<sup>17</sup> Per una ricostruzione puntuale e maggiormente dettagliata si veda C. CARUSO, *Teoria e “ideologia” della libertà di espressione. La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sulla freedom of speech*, su [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2013, pp. 1-37.

<sup>18</sup> *Patterson v. Colorado*, 205 U.S. 454 (1907).

<sup>19</sup> Sulla portata della *doctrine*, si vedano, *ex multis*, W. MENDELSON, *Clear and Present Danger – From Schenck to Dennis*, 52 *Colt. M. L. Rev.*, pp. 313-320 (1952); W. VAN ALSTYNE, *A Graphic Review of the Free Speech Clause*, 70 *Cal. L. Rev.* 107, p. 110 (1982); R. POSNER, *Free Speech in an Economic Perspective*, 20 *Suffolk U. L. Rev.* 1, pp. 3-5 (1986).

<sup>20</sup> *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919). Così l’*opinion* del giudice *Holmes*: «But it is said, suppose that that was the tendency of this circular, it is protected by the First Amendment to the Constitution. Two of the strongest expressions are said to be quoted respectively from well known public men. It well may be that the prohibition of laws abridging the freedom of speech is not confined to previous restraints, although to prevent them may have been the main purpose, as intimated in *Patterson v. Colorado*, 205 U.S. 454, 462. We admit that, in many places and in ordinary times, the defendants, in saying all that was said in the circular, would have been within their constitutional rights. But the character of every act depends upon the circumstances in which it is done. *Aikens v. Wisconsin*, 195 U.S. 194, 205, 206. The most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theatre and causing a panic. It does not even protect a man from an injunction against uttering words that may have all the effect of force. *Gompers v. Bucks Stove & Range Co.*, 221 U.S. 418, 439. The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent. It is a question of proximity and degree. When a nation is at war, many things that might be said in time of peace are such a hindrance to its effort that their utterance will not be endured so long as men fight, and that no Court could regard them as protected by any constitutional right. It seems to be admitted that, if an actual obstruction of the recruiting service were proved, liability for words that produced that effect might be enforced. The statute of 1917, in § 4, punishes conspiracies to obstruct, as well as actual obstruction. If the act (speaking, or circulating a paper), its tendency, and the intent with which it is done are the same, we perceive no ground for saying that success alone warrants making the act a crime. *Goldman v. United States*, 245 U.S. 474, 477. Indeed, that case might be said to dispose of the present contention if the precedent covers all media *concludendi*. But, as the right to free speech was not referred to specially, we have thought fit to add a few words».



In alcune successive *dissenting opinions*<sup>21</sup>, lo stesso redattore della *doctrine* arricchisce il paradigma di riferimento: la valutazione della pericolosità dev'essere stimata in relazione alla possibilità reale di compiere l'evento dannoso. Occorre cioè provare l'esistenza di un nesso eziologico, empiricamente verificabile, tra la condotta – idoneità causale delle espressioni – e l'evento.

Di particolare rilievo sono le decisioni posteriori, in particolare l'*opinion* del giudice Brandeis in *Whitney v. California* 50<sup>22</sup>, in cui vengono definiti gli interessi tutelati dalla fattispecie costituzionale: la realizzazione personale che trae origine dall'esercizio del diritto, l'apporto della diffusione delle idee allo sviluppo di una coscienza politica, nonché il contributo al processo di controllo delle attività istituzionali mediante la possibilità di esprimere il proprio dissenso. Stante l'importanza dei valori garantiti dal Primo Emendamento, va altresì precisato che, in ogni caso, l'intervento sanzionatorio, a seguito della verifica della «*probability of serious injury to the State*», non deve tradursi in un provvedimento eccessivamente repressivo.

È importante poi notare come, seppure in via implicita, comincia a farsi strada l'idea che l'esistenza di un diritto antitetico non sia sufficiente da sola a legittimare il sacrificio della libertà di espressione, ma occorra uno scrutinio di proporzionalità, in un giudizio di bilanciamento, da compiersi di volta in volta.

Tale necessità ha ricevuto il suo *imprimatur* nel precedente *American Communication Assn. v. Douds*<sup>23</sup> in cui viene deciso che la libertà di espressione possa essere pregiudicata qualora emerga l'esigenza di proteggere un contro interesse di portata “sostanziale”. La tensione tra beni giuridici concorrenti e paritariamente degni di tutela – il *free speech* e la sicurezza nazionale – va valutata e risolta nell'ambito di un processo giudiziale che sia attento alle circostanze del caso concreto.

I successivi tentativi della giurisprudenza d'individuare delle tecniche idonee a non oscurare la portata della disposizione, si evolvono, invero, in maniera maggiormente garantista. Il criterio del *balancing* tra opposti diritti, rischia, infatti, di non riconoscere la posizione di primazia che, nelle intenzioni del Costituente, è necessario assegnare alla libertà di espressione. Soccorre, quindi, la ricerca di ulteriori canoni valutativi che si traduce nella definizione di quelle “tipologie espressive” capaci di prevalere su interessi eventualmente confliggenti e, prime tra tutte, le espressioni a contenuto politico. Queste ultime, invero, meritano la massima copertura assicurata dal Primo Emendamento, in quanto in grado di sviluppare democraticamente il *government by discussion* su questioni rimesse all'attenzione pubblica.

Il giudizio di bilanciamento si arricchisce quindi di nuovi parametri, atti a determinare una particolare efficacia “scriminante”.

Il *trend* si consolida anche qualora l'analisi si circoscriva al tema d'indagine, ovvero al problema delle false dichiarazioni.

---

<sup>21</sup> Cfr. *Holmes, dissenting in Abrahms v. United States* 250 U.S. 616 (1919); *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925).

<sup>22</sup> *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927).

<sup>23</sup> *American Communications Assn. v. Douds*, 339 U.S. 382 (1950).



Benché datato, emblematico si presenta il caso *New York Times v. Sullivan* avente ad oggetto la pubblicazione di false informazioni sul comportamento di un ufficiale nel corso di alcune contestazioni legate al movimento per i diritti civili.

Dunque, la Suprema Corte, nel processo, esclude la possibilità di risarcimento a vantaggio di quest'ultimo per le affermazioni diffamatorie nei suoi confronti, richiamando la necessità di garantire il più ampio dibattito sulle situazioni di pubblico interesse<sup>24</sup>.

Indicazioni maggiormente puntuali sono rintracciabili in *United States v. Alvarez*<sup>25</sup>, relativo ad una vicenda che vede protagonista un soggetto accusato (in violazione dello *Stolen Valor Act*<sup>26</sup>) di aver mendacemente dichiarato di essere stato insignito di una medaglia al valore. La Corte viene investita della valutazione di conformità dell'imputazione al Primo Emendamento.

Il caso è di un certo rilievo in quanto ripercorre le tappe dell'evoluzione della garanzia del *free speech*, sottolineando la portata tendenzialmente assoluta del principio, che tollera poche eccezioni, tra le quali non viene mai inclusa la rilevanza *ex se* del falso.

La non punibilità di asserzioni non veritiere si ricava, *a contrariis*, dall'incriminazione della diffamazione, che persegue l'uso delle stesse solo qualora possa essere accertato l'elemento soggettivo dell'agente, inteso come consapevolezza della falsità (dolo) o negligente trascuratezza nella loro trasmissione (colpa).

Nelle conclusioni del giudizio, quindi, si valuta lo *Stolen Valor Act* non conforme al Primo Emendamento in quanto non solo finalizzato a perseguire condotte giudicate *contra ius* semplicemente perché non veritiere, ma anche incapace di collegare la punibilità del falso ad un particolare scopo o alla ricerca di un indebito vantaggio<sup>27</sup>.

Emerge con tutta evidenza la posizione della *Supreme Court*: per invocare restrizioni al principio della libertà di espressione, la sola dichiarazione mendace si rileva insufficiente, essendo indispensabile la lesione di un bene giuridico paritariamente tutelato.

La disamina dei precedenti richiamati, sebbene manifesti la difficoltà di rintracciare e delineare una «strutturata teoria»<sup>28</sup> della libera manifestazione del pensiero, testimonia inequivocabilmente una presunzione di prevalenza della stessa, percepita come *condicio iuris* di un reale sistema democratico.

---

<sup>24</sup> *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964). Così la *primary holding* del caso: «To sustain a claim of defamation or libel, the First Amendment requires that the plaintiff show that the defendant knew that a statement was false or was reckless in deciding to publish the information without investigating whether it was accurate».

<sup>25</sup> *United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709 (2012).

<sup>26</sup> Una legge che proibisce di attribuirsi falsamente decorazioni militari.

<sup>27</sup> «The Act should be read as criminalizing only false factual statements made with knowledge of their falsity and with intent that they be taken as true. Although the Court has frequently said or implied that false factual statements enjoy little First Amendment protection, see, e.g., *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, those statements cannot be read to mean “no protection at all.” False factual statements serve useful human objectives in many contexts. Moreover, the threat of criminal prosecution for making a false statement can inhibit the speaker from making true statements, thereby “chilling” a kind of speech that lies at the First Amendment’s heart. See *id.*, at 340-341. And the pervasiveness of false factual statements provides a weapon to a government broadly empowered to prosecute falsity without more. Those who are unpopular may fear that the government will use that weapon selectively against them».

<sup>28</sup> In tal senso C. CARUSO, *op. cit.*, p. 28.



3. A conclusioni parzialmente diverse conduce l'esame del riconoscimento della libertà d'espressione in ambito europeo nel quale, per vero, quest'ultima "nasce" già con un differente codice genetico. Secondo l'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU d'ora in poi) «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».

La definizione dell' art. 10 è decisamente omnicomprensiva, in quanto la considera non solo nella sua dimensione dinamico – attiva, cioè quale manifestazione del proprio pensiero, ma anche statico – passiva (ed è questo il profilo che, *ratione materiae*, interessa maggiormente), ovvero come capacità di ricevere comunicazioni e notizie di vario genere senza interferenze da parte dei pubblici poteri.

L'affermazione dell'assolutezza del diritto *de quo* è tuttavia stemperata, subito, dalla previsione del secondo comma dell'articolo in parola che individua, *expressis verbis*, una serie d'interessi, parimenti rilevanti, che possono comportare sanzioni o restrizioni al suo esercizio<sup>29</sup>.

La *freedom of expression* è, quindi, concepita come diritto fondamentale e dal contenuto più ampio rispetto al modello statunitense ma, *ab imis*, limitata dalla necessità di un esercizio responsabile.

Se questo è il dettato della CEDU, occorre, tuttavia, rilevare una patente dissociazione del formante giurisprudenziale<sup>30</sup>, almeno nelle sue prime applicazioni.

In *Handyside v. United Kingdom*<sup>31</sup> la Corte europea dei diritti dell'uomo, infatti, nello scriminare la condotta di un editore accusato di aver finanziato delle pubblicazioni oscene, finisce per fornire un'interpretazione estensiva dell'art. 10 della Convenzione.

Così anche in *Jersild v. Denmark*<sup>32</sup> in cui un giornalista accusato di aver diretto e montato un'intervista televisiva con membri di un gruppo di giovani di estrema destra, per i commenti offensivi su immigrati e gruppi etnici in Danimarca, viene assolto grazie alla riconducibilità della sua condotta all'art. 10.

A giudizio del tribunale europeo, la garanzia della *freedom of speech* non copre solo le dichiarazioni percepite dalla comunità come inoffensive, ma si estende altresì a quelle espressioni che risultino scomode ed eventualmente sgradevoli.

---

<sup>29</sup> Così il testo per esteso: «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».

<sup>30</sup> Cfr. O. POLLICINO, in G. PITRUZZELLA - O. POLLICINO - S. QUINTARELLI, *op. cit.*, p. 6 ss.

<sup>31</sup> *Handyside v. United Kingdom* (5493/72) ECHR 5 (7 December 1976):«Freedom of expression applies] not only to "information" or "ideas" that are favorably received ... but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there can be no "democratic society. "This means ... that every "formality," "condition", "restriction" or "penalty" imposed in this sphere must be proportionate to the legitimate aim pursued».

<sup>32</sup> *Jersild v Denmark* (15890/89) ECHR (23 September 1994).



La *ratio* sottesa all'opinione dei giudici è quella di garantire il pluralismo democratico dell'informazione, consentendo la diffusione di contenuti dotati anche di una certa offensività, in quanto il gradimento sociale non costituisce un attendibile parametro valutativo.

La Corte ribadisce altresì la necessità di un giudizio di bilanciamento tra il diritto di esprimere liberamente il proprio pensiero e gli interessi di cui al comma secondo dell'art. 10 della CEDU.

In tale ottica è naturale che, ai fini del prevalere dell'uno o degli altri, sia essenziale il contesto di riferimento: il contributo al pubblico dibattito, l'esistenza di un interesse generale alla divulgazione delle notizie motivano un maggior livello di protezione ed un più cauto esercizio nella predisposizione di eventuali limitazioni.

Questa la vocazione generale.

A voler restringere il campo d'indagine alla diffusione di informazioni tramite Internet, il quadro, sembra, tuttavia, modificarsi.

L'atteggiamento di "benevolenza" della Corte per la libertà di espressione in rete risulta modificato in ragione della maggiore carica offensiva del mezzo di divulgazione, capace di colpire contestualmente diversi beni giuridici.

In diversi casi alla sua attenzione, appare chiara e giustificata la legittimità di correttivi capaci di contenere la *freedom of speech*<sup>33</sup>.

Tale tendenza è del resto confermata dal recente rapporto<sup>34</sup> dello *High Level Expert Group on Fake News and Disinformation* dell'Unione europea, intitolato «*A multidimensional approach to disinformation*<sup>35</sup>».

Il contenuto del rapporto tratta diffusamente della problematica della disinformazione *on line* e riconosce una pluralità di aspetti critici alla base del fenomeno delle *fake news*. Primo tra tutti, il crescente aumento del potere delle piattaforme, cc.dd. *over the top* (OTT da ora in avanti) quali *Google, Facebook, Amazon*, le quali hanno facilità di accesso ad un' enorme quantità di dati (anche sensibili) che possono essere potenzialmente utilizzati per finalità illegittime<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> Si veda *Stoll v. Svizzera* ECHR 10 Dec 2007; *KU v. Finland* ECHR 2 Dec 2008; ed in particolare *Editorial Board of Pravoye Delo and Shtetel v. Ukraine* ECHR 5 May 2011, nella quale si legge: «*The risk of harm posed by content and communications on the Internet to exercise and enjoyment of human rights and freedoms, particularly the right to respect for private life, is certainly higher than that posed by the press. Therefore, the policies governing reproduction of material from the printed media and the Internet may differ.*».

<sup>34</sup> Il rapporto è datato Marzo 2018.

<sup>35</sup> Consultabile su <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/final-report>.

<sup>36</sup> Si allude alla cd. "profilazione" cioè alla raccolta ed elaborazione dei dati inerenti ai fruitori di servizi (pubblici o privati), richiesti o forzosi, per suddividere l'utenza in gruppi di comportamento. In ambito commerciale, la profilazione è lo strumento privilegiato del cosiddetto *marketing* mirato, che fa ampio uso di questa ed altre modalità per ottenere accurate analisi dei potenziali clienti, operando spesso al limite del legalmente consentito, quando non oltre. Tecniche del genere e decisioni (totalmente o parzialmente) automatizzate sono ampiamente utilizzate in una molteplicità di ambiti, sia pubblici che privati: sanità, *marketing*, concessione del credito, assicurazione, tassazione, stipulazione di contratti di lavoro, valutazione di condotte recidive, avanzamenti in carriera, sono solo alcuni degli esempi. Sempre più vasta la letteratura in materia. Si veda, *ex multis*, B.W. SCHERMER, *The limits of privacy in automated profiling and data mining*, in 27 *Computer Law & Security Rev.*, p. 52 (2011); E. JUNQUÈ DE FORTUNY - D. MARTENS - F. PROVOST, *Predictive modeling with big data: is bigger really better?*, in 1 *Big Data*, p. 215 (2013); S. BAROCAS - A.D. SELBST, *Big Data's Disparate Impact*, in 104 *California Law Rev.*, p. 673 (2016); C. KUNER - D.J.B. SVANTESSON - F.H. CATE, O. LYNKEY - C. MILLARD, *Machine learning with personal data: is data protection law smart enough to meet the challenge?*, in 7 *International Data Privacy Law*, 1 (2017).



Seguono la presenza in rete di soggetti non dotati di adeguati *standard* di professionalità ed il coinvolgimento delle forze politiche nella diffusione della disinformazione gestita a proprio vantaggio.

Il *Report* individua una serie di “azioni positive” idonee a contrastare il fenomeno, che aiutino, in particolare, i destinatari delle informazioni ad acquisire una capacità critica tale da valutare il livello di affidabilità delle stesse.

Si va dalla promozione dell’alfabetizzazione mediatica degli utenti attraverso l’introduzione di un livello di istruzione digitale adeguato, che prenda il via dalle scuole ed arrivi alla costituzione da parte delle università (o altri enti di ricerca) di Centri europei per l’analisi dei problemi legati alla disinformazione, alla necessità di potenziare le regole in tema di trasparenza sui contenuti delle notizie, sulle fonti, in special modo quando si tratti di messaggi politici.

A fini sistematici, si invita la Commissione Europea alla costituzione di un Codice di Condotta, rivolto a tutti i soggetti potenzialmente coinvolti nel contrasto al fenomeno della disinformazione, che enuclea dieci *Key principles*, cioè i criteri guida necessari alla sua redazione<sup>37</sup>. Tali suggerimenti sono destinati in particolare alle piattaforme *on line*, al fine di orientarne l’attività in una direzione maggiormente garantistica per gli utenti, attraverso un’informazione più controllata e trasparente.

4. Dal confronto tra il contesto nordamericano ed europeo in tema di libertà di espressione e quindi di informazione un dato emerge chiaro: la “copertura costituzionale” di un diritto non può, ed anzi non deve consentirne l’esercizio in maniera arbitraria o illegittima. La considerazione espressa, seppur dal contenuto ovvio, quasi superfluo, merita, invece, di essere ribadita con una certa enfasi, dal momento che da qualsiasi dibattito in tema

---

<sup>37</sup> Così di seguito:

1. *Platforms should adapt their advertising policies, including adhering to “follow-the-money” principle, whilst preventing incentives that leads to disinformation, such as to discourage the dissemination and amplification of disinformation for profit. These policies must be based on clear, transparent, and non-discriminatory criteria;*
2. *Platforms should ensure transparency and public accountability with regard to the processing of users’ data for advertisement placements, with due respect to privacy, freedom of expression and media pluralism;*
3. *Platforms should ensure that sponsored content, including political advertising, is appropriately distinguished from other content;*
4. *Platforms should take the necessary measures to enable privacy-compliant access to data for fact-checking and research activities;*
5. *Platforms should make available to their users advanced settings and controls to empower them to customise their online experience;*
6. *Platforms should, in cooperation with public and private European news outlets, where appropriate take effective measures to improve the visibility of reliable, trustworthy news and facilitate users’ access to it;*
7. *Where appropriate, trending news items should, if technically feasible, be accompanied by related news suggestions;*
8. *Platforms should, where appropriate, provide user - friendly tools to enable users to link up with trusted fact-checking sources and allow users to exercise their right to reply;*
9. *Platforms that apply flagging and trust systems that rely on users should design safeguards against their abuse by users;*
10. *Platforms should cooperate by i.a. providing relevant data on the functioning of their services including data for independent investigation by academic researchers and general information on algorithms in order to find a common approach to address the dissemination and amplification of disinformation.*



di *fake news* emerge il timore, a volte eccessivo, di violare la libertà di espressione che va presidiata, in ogni sua manifestazione, da potenziali minacce pubbliche o private<sup>38</sup>.

Orbene, che gli interventi finalizzati ad arginare il fenomeno delle *fake news* comportino in sé il rischio di una restrizione della *freedom of expression* è indubitabile.

Ciò non ne elide, tuttavia, l'incalzante necessità. Non si può, infatti, ingenuamente continuare a sostenere che la rete offra da sola la soluzione al problema, assicurando massimamente il contraddittorio delle idee tra i diversi soggetti interessati, nell'ambito di un reale pluralismo informativo.

L'analisi compiuta finora vale a dimostrare come si discuta anzi di false notizie, artatamente pensate e diffuse per finalità specifiche e che il contraltare del diritto ad "informare" sia costituito dal diritto ad "essere informati" mediante la fruizione di contenuti quantomeno verificabili<sup>39</sup>.

Anche il modello americano, diversamente da quello europeo, maggiormente restio ad ogni forma di compressione della *freedom of speech*, individua nella *doctrine* del *clear and present danger* un chiaro limite al suo indiscriminato esercizio, qualora si superi il confine della «*probability of serious injury to the State*». Certo, l'esistenza di un interesse antitetico non giustifica da solo il sacrificio della libertà di espressione, essendo necessario un giudizio di bilanciamento, da compiersi caso per caso.

Trattasi, come spesso accade nei sistemi democratici, del conflitto tra diritti o principi costituzionali che trova il suo presupposto nell'impossibilità che i medesimi possano essere soddisfatti pienamente e contemporaneamente<sup>40</sup>.

Tali situazioni di "scontro" sono piuttosto consuete nelle Costituzioni a vocazione pluralistica che tutelano diritti frutto di diverse tradizioni ideologiche, senza determinare eventuali e complesse relazioni gerarchiche.

D'altronde la varietà ed eterogeneità degli stessi nonché la loro tendenziale pari dignità costituzionale costituiscono elementi inderogabili per una consesso sociale che aspiri ad un certo livello di democrazia ed anzi «caratteristiche come l'affollamento di diritti, la loro formulazione in modo non dettagliato, la loro conflittualità, la loro apertura a compromessi con considerazioni diverse, non rappresentano un difetto, un mero effetto collaterale, accidentale e indesiderato: semplicemente, non potrebbe essere altrimenti<sup>41</sup>».

Nell'ipotesi della libertà di espressione, molteplici sono i diritti o i principi suscettibili di collidere con il suo concreto esercizio: da quelli specificatamente richiamati in sede di riconoscimento espresso a quelli successivamente individuati, come nel caso del limite dell'ordine pubblico, isolato dalla giurisprudenza americana nel precedente *Schenk v. United States*<sup>42</sup>.

I conflitti in questione vengono regolamentati attraverso distinte modalità che variano nelle diverse realtà ordinamentali esistenti.

---

<sup>38</sup> Cfr. N. ZANON, *Fake news e diffusione dei social media: abbiamo bisogno di un' "Autorità Pubblica della Verità"?*, su [www.medialaws.eu](http://www.medialaws.eu), 1/2018, p. 5.

<sup>39</sup> Cfr. § 1.

<sup>40</sup> Sul tema essenziale è il riferimento a G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992, *passim*; R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, *passim*.

<sup>41</sup> Così G. PINO, *Conflitti tra diritti fondamentali. Una critica a Luigi Ferrajoli*, in *Filosofia politica*, 2010, 2, p. 290.

<sup>42</sup> Cfr. § 2.



La dogmatica italiana, invero, ha raggiunto un elevato livello di concettualizzazione in argomento<sup>43</sup>, attraverso dottrine articolate e controverse che vanno dall' "ordine oggettivo dei valori" (*objektive Wertordnung*), mutuato dai *dicta* della Corte Costituzionale tedesca, alla "gerarchia dei principi costituzionali", dal c.d. "specificazionismo", alla teoria dei "limiti impliciti".

Proprio quest'ultima, invero, sembra ben spiegare come non esista un diritto che non nasca *ex se* intrinsecamente circoscritto dalla necessità di non comprimere posizioni giuridiche attive di pari rango. In altri termini, il limite del diritto coincide con il punto di massima tutela fino al quale l'esercizio del medesimo può spingersi senza sacrificare posizioni soggettive parimenti garantite<sup>44</sup>.

Corollario della tesi *de qua* è che i limiti in questione non siano a priori individuabili: il loro carattere "implicito" deriva, infatti, dalla circostanza che pur non essendo codificati in norme positive, possono costituire il frutto di un'elaborazione molto ampia (come nel caso dei precetti costituzionali) o tradursi in doveri contenuti in disposizioni ricavate, a loro volta, in via interpretativa. Ne deriva che la ricerca di limiti impliciti al contenuto dei diritti fondamentali si traduce in un'operazione esegetica, da compiersi all'occorrenza, che sfocia, di necessità, in un'attività di bilanciamento nel momento del loro concreto attuarsi.

La teoria in parola può essere efficacemente richiamata nel rapporto di tensione tra l'art. 21 della nostra Costituzione sulla libertà di espressione e la possibilità di individuare gli strumenti in grado di arginare il fenomeno delle *fake news*. Tale libertà garantisce ad ogni *individuo* («tutti») la facoltà di divulgare il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione, con l'unico limite del rispetto del buon costume<sup>45</sup>. Ci si chiede, quindi,

---

<sup>43</sup> Ancora G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Ragion Pratica*, 2007, 28, p. 219 ss.

<sup>44</sup> La stessa Corte Costituzionale lo ha ribadito in diverse pronunce. In una sentenza piuttosto datata (la n. 1/1956) sul rapporto tra l'art. 21 della Costituzione e l'art. 113 delle leggi di pubblica sicurezza, si esprime in questi termini: «Per escludere che contrasto vi sia, è stato da qualcuno asserito che bisogna distinguere tra manifestazione del pensiero, la quale deve essere libera, e la divulgazione del pensiero dichiarato, della quale non è menzione nella Costituzione. Ma tale distinzione non è consentita da alcuna norma costituzionale. Tuttavia è da rilevare, in via generale, che la norma la quale attribuisce un diritto non escluda il regolamento dell'esercizio di esso. Una disciplina delle modalità di esercizio di un diritto, in modo che l'attività di un individuo rivolta al perseguimento dei propri fini si concili con il perseguimento dei fini degli altri, non sarebbe perciò da considerare di per sé violazione o negazione del diritto. E se pure si pensasse che dalla disciplina dell'esercizio può anche derivare indirettamente un certo limite al diritto stesso, bisognerebbe ricordare che il concetto di limite è insito nel concetto di diritto e che nell'ambito dell'ordinamento le varie sfere giuridiche devono di necessità limitarsi reciprocamente, perché possano coesistere nell'ordinata convivenza civile». Il testo per esteso della sentenza è reperibile su [www.giurcost.org/decisioni](http://www.giurcost.org/decisioni).

<sup>45</sup> Per completezza si riporta il testo integrale dell'art. 21 Cost.: «Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione. La stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure. Si può procedere a sequestro soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria nel caso di delitti, per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizzi, o nel caso di violazione delle norme che la legge stessa prescrive per l'indicazione dei responsabili. In tali casi, quando vi sia assoluta urgenza e non sia possibile il tempestivo intervento dell'autorità giudiziaria, il sequestro della stampa periodica può essere eseguito da ufficiali di polizia giudiziaria, che devono immediatamente, e non mai oltre ventiquattro ore, fare denuncia all'autorità giudiziaria. Se questa non lo convalida nelle ventiquattro ore successive, il sequestro s'intende revocato e privo d'ogni effetto. La legge può stabilire, con norme di carattere generale, che siano resi noti i mezzi di finanziamento della stampa periodica. Sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli



se la disposizione, al di là delle ipotesi di lesione di siffatto bene giuridico, si spinga a tutelare sempre e comunque la libertà di espressione anche quando si traduca nella divulgazione di notizie false; se cioè, ed in che termini, il “falso” possa essere considerato un illecito in se stesso e come tale soggetto a forme di regolamentazione e/o repressione. Sul punto, invero, si riscontra una certa convergenza di opinioni<sup>46</sup> nel sostenere che sebbene né la Costituzione, né specifiche norme o leggi ordinarie puniscano *tout court* il falso, in quanto la mera diffusione di notizie non veritiere non determina l'esistenza di un interesse meritevole di tutela, l'asserzione di dati inattendibili ed ingannevoli che ledano o mettano in pericolo interessi individuali o collettivi di rilievo costituzionale, giustifica senz'altro la reazione dell'ordinamento giuridico.

Accanto al «buon costume», quindi, espressamente riconosciuto dal dettato dell'art. 21 Cost., è ammissibile l'individuazione di ulteriori limiti alla libera manifestazione di pensiero e, tra questi, sicuramente l'ordine pubblico, così come ribadito in diverse decisioni della Consulta per la quale: «L'esigenza dell'ordine pubblico, per quanto altrimenti ispirata rispetto agli ordinamenti autoritari, non è affatto estranea agli ordinamenti democratici e legalitari, né è incompatibile con essi. Non potendo dubitarsi che, così inteso, l'ordine pubblico è un bene inerente al vigente sistema costituzionale, non può del pari dubitarsi che il mantenimento di esso ... sia finalità immanente del sistema costituzionale. Se per turbamento dell'ordine pubblico bisogna intendere l'insorgere di un concreto ed effettivo stato di minaccia per l'ordine legale mediante mezzi illegali idonei a scuoterlo ... è perciò chiaro che non possono esser considerate in contrasto con la Costituzione le disposizioni legislative che effettivamente, e in modo proporzionato, siano volte a prevenire e reprimere siffatti turbamenti. Né può costituire impedimento all'emanazione di disposizioni del genere l'esistenza di diritti costituzionalmente garantiti. Infatti, la tutela costituzionale dei diritti ha sempre un limite insuperabile nella esigenza che attraverso l'esercizio di essi non vengano sacrificati beni, ugualmente garantiti dalla Costituzione. Il che tanto più vale, quando si tratti di beni che – come l'ordine pubblico – sono patrimonio dell'intera collettività. Occorre perciò concludere che anche la libertà di manifestazione del pensiero (come del resto questa Corte già ha avuto occasione di affermare nelle sentenze n. 1 del 1956, e nn. 33, 120 e 121 del 1957) incontra un limite nell'esigenza di prevenire o far cessare turbamenti dell'ordine pubblico<sup>47</sup>».

È, dunque, costituzionalmente legittimo addivenire a forme di repressione delle false notizie diffuse con dolo, qualora siano suscettibili di creare un certo allarme sociale – si pensi al recente caso del gioco della *Blue whale*<sup>48</sup> –, di condizionare l'andamento dei mercati, di manipolare l'opinione pubblica a fini di propaganda politica o elettorale.

---

spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume. La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire e a reprimere le violazioni».

<sup>46</sup> Si vedano P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 229; A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013, 3, p. 77 ss.

<sup>47</sup> Corte Cost. n. 19/1962, reperibile su [www.giurcost.org/decisioni](http://www.giurcost.org/decisioni).

<sup>48</sup> Trattasi di un macabro gioco, diffuso *on line*, che ha portato al suicidio di diversi adolescenti in varie nazioni e in special modo in Russia. Come le balene azzurre che in fin di vita, decidono di suicidarsi, arenandosi sulle coste, così il “gioco del suicidio” propone una serie di sfide, l'ultima delle quali consiste, appunto, in un gesto estremo (lanciarsi nel vuoto). Attraverso l'adescamento in rete, le “vittime” si sottopongono a prove di corag-



Non è infatti casuale che l'art. 656 del nostro codice penale incrimini la pubblicazione o diffusione di notizie false, esagerate o tendenziose, atte a turbare l'ordine pubblico<sup>49</sup>.

Volendo poi spostare l'attenzione su un terreno strettamente civilistico, l'esigenza di tracciare un certo perimetro d'azione all'esercizio di un diritto, evoca senza dubbio, la tematica, particolarmente calzante in materia, dell'abuso di diritto.

Sebbene non possa parlarsi di una vera e propria categoria dogmatica, stante, tra l'altro, il difetto di un'espressa positivizzazione, se ne registra l'operatività quale *principio non scritto*<sup>50</sup>, in grado di comprendere la varietà fenomenologica in cui si articola. Ebbene, le *fake news* rappresentano la tipica ipotesi di abuso della libertà di espressione. Ed infatti, accanto alla lesione di un interesse meritevole di tutela, rileva, la preordinata produzione di notizie fraudolente, tesa a finalità che esulano dall'ordinario esercizio di un diritto.

Dall'abuso, ovvero dalle disparate concettualizzazioni dell'abuso<sup>51</sup>, la diffusione di *fake news* mutua non solo il divario tra il dover essere della condotta, conforme al paradigma legale e l'essere del comportamento, proprio del caso concreto, ma anche la consapevolezza di ledere la sfera giuridica altrui o, piuttosto, il c.d. *animus nocendi*.

Si pensi alla volontà di creare un certo allarmismo sociale o, ancora, ai casi di notizie non veritiere divulgate per un fine specifico.

La perseguibilità del fenomeno è, dunque, consentita a livello costituzionale ed avallata dalle norme ordinarie: il vero *punctum dolens* riguarda le modalità in cui apprestare le misure capaci di arrestarne la diffusione.

5. Una volta ammessa la possibilità ed anzi la necessità di un'attività di contrasto alle *fake news*, è sul *quomodo* che occorre concentrare l'attenzione, al fine di individuare le strade astrattamente percorribili.

---

gio, consistenti, per lo più, in atti di autolesionismo sempre più spinti. Purtroppo il meccanismo è tale da suggestionare quei ragazzi portatori di un disagio psichico più o meno manifesto che, all'improvviso, polarizzano la propria attenzione nei confronti degli ordini imposti dal gioco, fino a giungere all'ultima fatale dimostrazione di audacia.

<sup>49</sup> Così recita il testo dell'articolo: «Chiunque pubblica o diffonde notizie false, esagerate o tendenziose, per le quali possa essere turbato l'ordine pubblico, è punito, se il fatto non costituisce un più grave reato, con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda fino a 309 euro».

<sup>50</sup> Sul tema, sia consentito il rinvio a C. COSENTINO, *Prohibition of Abuse of Rights: from rule to principle*, in *questa Rivista*, 2018, p. 13.

<sup>51</sup> Può, rispetto al passato, dirsi ormai superato l'orientamento che confinava l'abuso di diritto in una dimensione metagiuridica, di là dalle costruzioni dogmatiche proprie della *scientia iuris*. La visione dell'abuso quale manifestazione meramente sociale è infatti oscurata dall'importanza che il fenomeno ha assunto anche nelle esperienze nelle quali se ne negava la possibile esistenza e dal suo formale riconoscimento in ambito europeo. Sul punto N. BROWN, *Is there a general principle of abuse of rights in european Community Law?*, in D. Curtin, T. Heukels (a cura di), *Essays in honour of Henry G. Schermers: Institutional dynamics of European integration*, II, Dordrecht, Boston, London, 1994, p. 511 ss.; S. CAFARO, *L'abuso del diritto nel sistema comunitario: dal caso Van Bisberger alla Carta dei diritti, passando per gli ordinamenti nazionali*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2003, p. 291 ss.; R. DE LA FIERA, *Prohibition of abuse of (community) law: the creation of a new general principle of EC law through tax*, in *Common Market Law Review*, 2008, p. 395; M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2003, *passim*; K. E. SORENSSEN, *Abuse of rights in community Law: a principle of substance or merely rhetoric?*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 423 ss.



In tale ambito, si registra, infatti, una certa inadeguatezza delle sole strategie tradizionali di matrice punitiva (cioè la previsione di fattispecie penali)<sup>52</sup> che ha spinto verso la ricerca di misure alternative e sinergiche, volte ad una tutela più effettiva, non legata esclusivamente a politiche repressive.

L'affermazione merita un chiarimento: l'assenza di una specifica attenzione al mondo dei *social* ha determinato l'inefficacia degli strumenti penali esistenti, atti alla repressione del falso, proprio perché legati alla costituzione di fattispecie incriminatrici anteriori all'epoca della digitalizzazione. Ma c'è di più, il principio di "personalità" della responsabilità penale consente di perseguire l'autore del fatto; *quid iuris* per chi, magari inconsapevolmente, fa circolare la notizia? E nel caso di *account* anonimi? Ed ancora, quali soluzioni per eliminare gli effetti nocivi della stessa?

Sul tema le posizioni di studiosi ed interpreti si dividono tra forme di *etero* e *auto* regolamentazione dell'attività delle piattaforme e dei *social* in generale in un dibattito dai toni piuttosto vivaci, in considerazione della delicatezza degli interessi coinvolti.

Un punto di partenza per comprenderne la reale portata è la recente entrata in vigore della legge tedesca del primo gennaio 2018 che prevede l'obbligo di rimozione dei contenuti illegali (l'individuazione dei quali è demandata al codice penale) dalle suddette piattaforme, pena la somministrazione di sanzioni pecuniarie altissime. Il presupposto della punibilità è, quindi, costituito dalla necessità di cancellare la notizia, qualora rappresenti, in questo caso, una falsa notizia. La peculiarità della fattispecie consiste, tuttavia, nell'assenza di una preventiva decisione da parte dell'autorità giudiziaria: è cioè onere dei *social network* individuare i contenuti illegali e prontamente rimuoverli (entro sette o ventiquattro giorni in caso di chiara illiceità).

Probabilmente la scelta di "superare" il momento dell'accertamento giudiziale è legata a motivi di celerità: quanto più le *fake news* circolano in rete, tanto più acquistano credibilità, provocando una lesione prolungata del bene giuridico violato.

L'Osservatorio dei Diritti Umani, tuttavia, ha mal giudicato la portata della legge che potrebbe condurre ad un atteggiamento oltremodo prudenziale da parte delle piattaforme OTT, le quali per evitare le pesanti pene pecuniarie, sarebbero spinte ad eliminare *ex ante* anche quei contenuti che manchino della carica di offensività necessaria alla costituzione del fatto-reato<sup>53</sup>.

Si teme cioè un'eccessiva limitazione della libertà di espressione, lasciando alle società che gestiscono i *social* la valutazione dei contenuti che "girano" sulla propria piattaforma, con l'evidente possibilità che, al fine di non incorrere in sanzioni, decidano di permettere esclusivamente la diffusione di notizie innocue a discapito di quelle dotate di una certa "problematicità" o, comunque, capaci di dividere l'opinione pubblica.

Si ricorda, infatti, che nei confronti di queste ultime non è generalmente fatto obbligo di operare un controllo preventivo delle informazioni esistenti e di limitare la circolazione

---

<sup>52</sup> Si allude, in particolare, al disegno di legge Gambaro n. 2688 del 7 febbraio 2017, recante "disposizioni per prevenire la manipolazione dell'informazione online, garantire la trasparenza sul web e incentivare l'alfabetizzazione mediatica", che propone l'introduzione di un nuovo art. 656-*bis* nel codice penale secondo cui, se il fatto non costituisce un più grave reato, «chiunque pubblici o diffonda notizie false, esagerate o tendenziose che riguardino dati o fatti manifestamente infondati o non veritieri, attraverso social media o altri siti che non siano espressione di giornalismo online è punito con l'ammenda fino a euro 5.000».

<sup>53</sup> Sul punto A. MAZZIOTTI DI CELSO, *op.cit.*, p. 15.



di quelle ipotizzate illecite. La responsabilità del *provider* è configurabile solo nel caso in cui crei da sé il contenuto e di conseguenza commetta l'illecito; qualora ci si limiti a fornire “spazi” ad altri, non c'è l'assoggettamento ad un generale obbligo di sorveglianza<sup>54</sup>. Obbligo che nasce successivamente su comunicazione ed ordine delle autorità competenti, nei casi in cui queste ultime ravvisino la necessità di eliminare le informazioni “ospitate”.

Di particolare interesse sono taluni interventi “virtuosi” ad opera di alcuni *social* che promuovono l'attività dei cc.dd. *fact-checkers* (in alcuni casi, delle vere e proprie agenzie), ovvero di soggetti deputati al controllo della verità – *rectius* del grado di veridicità – delle notizie che circolano in rete<sup>55</sup>. Ad esempio *Facebook* consente la segnalazione da parte di ciascuno dei suoi utenti di quelle di dubbio contenuto per consentirne una più approfondita verifica<sup>56</sup>: qualora dovesse risultarne la non attendibilità, la notizia viene indicata come tale mediante una etichettatura, capace di attirare l'attenzione dei fruitori del *social* in ordine alla sua presunta falsità. Anche *Google* ha introdotto l'etichetta “*fact check*”, la quale, quando si effettua una ricerca che include la verifica di fatti o di affermazioni pubbliche, permette la visualizzazione di tale informazione nella pagina dei risultati.

Sicuramente un'autoregolamentazione da parte delle piattaforme OTT, degli intermediari e dei *social* costituisce un elemento idoneo a garantire maggiore trasparenza, sul presupposto che il riconoscimento della libertà d'informazione si compendia nel diritto ad essere, altresì, “correttamente” informati, ovvero a non essere ingannati.

Ma, allo stato, non sembra possa bastare.

C'è poi il rischio dell'assenza di “imparzialità” da parte dei *fact-checkers*, i quali, a loro volta, potrebbero compiere scelte frutto di un'attività politicamente orientata.

Si sposta la sede dell'accertamento, quindi, ma resta silente un dubbio: chi controlla il controllore?

Probabilmente, l'unica strada praticabile resta quella di affidare il compito di verifica delle ipotetiche *fake news* ad un'autorità pubblica, terza ed imparziale sul modello delle esistenti *Authorities* che operano nei settori cc.dd. sensibili<sup>57</sup>. Dovrebbe trattarsi di un'istituzione che intervenga, ad istanza di parte e in tempi rapidi, per rimuovere (ed eventualmente poi sanzionare i responsabili) i contenuti palesemente falsi perché lesivi di beni giuridici tutelati.

La proposta, invero, ha suscitato un certo scalpore e dure critiche<sup>58</sup> che, tuttavia, non sembrano cogliere nel segno. Si teme di attentare all'art. 21 della Costituzione, presidio ine-

---

<sup>54</sup> Così è previsto nella Direttiva europea sul commercio elettronico dell'otto giugno del 2000 (2000/31/CE), resa efficace in Italia con il D.lgs. n. 70 del 2003. L'art. 15, rubricato “Assenza dell'obbligo generale di sorveglianza” dispone al primo comma che «Nella prestazione dei servizi di cui agli articoli 12, 13 e 14, gli Stati membri non impongono ai prestatori un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite».

<sup>55</sup> In America le più importanti sono *ABC News*, *The Associated Press*, *PolitiFact* e *Snope*. In argomento si veda G. GHIDINI - A. MASSOLO, in *Dir. Industriale*, 2017, 4, p. 352 ss.; M. MONTI, *Fake news e social network: la verità ai tempi di Facebook*, su [www.medialaws.eu](http://www.medialaws.eu), 1/2017, p. 87 ss.

<sup>56</sup> L'attivazione dei “programmi di controllo” è già prevista in diversi Paesi, Italia compresa.

<sup>57</sup> È la proposta di G. PITRUZZELLA - O. POLLICINO - S. QUINTARELLI, *op.cit.*, p. 88 ss.

<sup>58</sup> In particolare da N. ZANON, *op. cit.*, p. 5, che la definisce “Autorità della Pubblica Verità” e ne stigmatizza l'eventuale istituzione: «Per vero, suscita più di qualche brivido, nell'era del “politicamente corretto”, immaginare un decisore pubblico, dotato non solo del potere di scriminare il palesemente falso dall'opinabile, ma



ludibile ad ogni minaccia alla libertà di espressione e quindi di informazione che, come si è già chiarito, difende non solo le manifestazioni di pensiero obiettivamente veritiere, ma ogni manifestazione di pensiero, e di conseguenza anche l'espressione di fatti obiettivamente errati, qualora in buona fede non vengano ritenuti tali da parte di chi li diffonda. Ma, nel caso delle *fake news*, ovvero di quelle che sottendono finalità specifiche e fraudolente ed in grado di offendere beni giuridici di pari copertura costituzionale, siamo già fuori dal perimetro di cui all'art. 21 della Costituzione.

Non può parlarsi di esercizio del diritto di libera manifestazione del pensiero, ma di abuso dello stesso ed anzi di violazione ad essere correttamente informati che, nel costituzionalismo europeo, gode di una protezione espressa<sup>59</sup>.

Certamente un'attività di regolamentazione delle piattaforme e dei *social* nell'ottica dell'introduzione di pratiche tese ad una moderazione dei contenuti, ad un sistema di autofiltraggio degli stessi attraverso i meccanismi di *fact-checking* descritti, contribuisce al contrasto alla diffusione delle *fake news*, ma non può bastare.

L'idea del coinvolgimento di un'Autorità Indipendente a ciò specificamente deputata che predisponga uno strumentario giuridico e tecnologico adeguato e, soprattutto, che agisca quale organo terzo, invece, risponde all'esigenza di una tutela specifica, più effettiva.

Va poi sottolineato che si tratterebbe di un'istituzione investita soprattutto di poteri di "rimozione" dei contenuti illeciti ed in tempi maggiormente rapidi, proprio al fine di arginare gli effetti negativi tipici della circolazione delle *fake news*.

Non si comprendono quindi i timori che la proposta suscita, ancor meno gli allarmismi.

La salvaguardia dei diritti fondamentali nell'epoca dello sviluppo tecnologico non può significare pedissequa adesione agli schemi concettuali tradizionali, per paura di sperimentarne nuovi.

Occorre "attrezzarsi" al cambiamento: d'altronde non è a questo che è chiamato il diritto?

---

soprattutto di bollare alcuni contenuti informativi come lesivi dei diritti fondamentali o della dignità umana (concetto, quest'ultimo, che è tra i più nobili, ma anche tra i più ambigui del pensiero filosofico-politico, come sanno coloro che l'hanno studiato davvero). Vedrei una simile innovazione come un sinistro contributo alla definitiva affermazione di un tetro "pensiero unico", che criminalizza ogni dissenso».

<sup>59</sup> Cfr. § 3.