

CONVEGNI

MARTA LAMANUZZI

La disinformazione ai tempi dei social media: una nuova sfida per il diritto penale?¹

Il presente contributo mira a indagare la necessità e l'opportunità del ricorso alla sanzione penale per contrastare la disinformazione, un fenomeno antico che, con l'avvento dei social media, ha assunto sembianze nuove e potenzialità lesive senza precedenti. L'analisi, condotta con particolare riferimento alle notizie che producono distorsione dell'opinione pubblica e a quelle in materia di cure e vaccini, mette in luce come l'introduzione di nuove fattispecie incriminatrici mal si concilierebbe con i principi di *extrema ratio*, offensività, determinatezza e precisione, deponendo nel senso della preferibile valorizzazione di strategie di carattere preventivo-culturale.

This paper aims to investigate the necessity and opportunity to resort to criminal sanctions to tackle disinformation, an ancient phenomenon that, with the advent of social media, has taken new forms and gained unprecedented damaging potentials. The analysis, focusing on news that distort public opinion and on those concerning health care and vaccines, highlights that the introduction of new crimes would hardly respect the principles of extrema ratio, offence and precision, and puts forward the preferred solution of valuing preventive-cultural strategies.

SOMMARIO: 1. Premesse - 2. Le radici della disinformazione 3. Il ricorso al diritto penale - 3.1 Disinformazione e libertà di pensiero - 3.2 Distorsione dell'opinione pubblica e tutela "diretta" della verità - 3.3 La disinformazione in ambito sanitario fra anticipazione della tutela e accertamento della causalità psichica - 3.4 Principio di precisione e d.d.l. Gambaro - 3.5 Altre proposte di legge - 4. Conclusioni

1. *Premesse.* Negli ultimi anni il tema delle cd. *fake news* sta monopolizzando l'attenzione di coloro che, da diversi angoli prospettici, studiano i nuovi media. Anche i giuristi, a partire dai costituzionalisti², si sono interessati al fenomeno e, sulla scia dell'allarme sociale che ne è scaturito e delle indicazioni provenienti dal Consiglio d'Europa³, in diversi paesi sono state proposte o

¹ Il saggio trae spunto dall'omonima relazione tenuta in occasione della seconda conferenza ICON•S Italia, "Le nuove tecnologie e il futuro del diritto pubblico", Firenze, 22-23 novembre 2019.

² Il fenomeno delle *fake news* chiama in gioco diversi temi che sono alle radici dello stato liberal-democratico quali la libertà di espressione, la concezione della democrazia e la visione ottimistica o pessimistico-paternalistica sulla capacità dei cittadini di discernere criticamente i contenuti fruiti in rete BASSINI, VIGEVANI, *Primi appunti su fake news e dintorni*, in *MediaLaws*, 2017, 1, 14.

³ Nel 2017 il Consiglio d'Europa ha emesso due Risoluzioni, la n. 2143 (*Online media and journalism: challenges and accountability*) e la n. 2144 (*Ending cyberdiscrimination and online hate*), con cui ha invitato gli Stati membri ad affrontare rispettivamente i problemi delle *fake news* e dell'odio in rete, sottolineando la necessità di rafforzare il giornalismo professionale e di introdurre meccanismi di segnalazione che consentano la pronta rimozione o rettifica di contenuti falsi o offensivi nonché l'adozione di misure per contrastare l'anonimato in rete.

introdotte leggi *ad hoc*⁴. Il presente contributo mira a sviluppare alcune riflessioni sulla necessità e sull'opportunità del ricorso al diritto penale per arginare la diffusione della disinformazione in rete.

È bene premettere una notazione terminologica.

Come precisato dall'*High-Level Group on Fake News and online disinformation*, un gruppo di esperti nei campi di media e giornalismo, nel *report* finale pubblicato dalla Commissione europea nel marzo 2018, alla locuzione "*fake news*" va preferito il termine disinformazione, per due ordini di ragioni⁵.

In primo luogo, l'espressione "*fake news*" non coglie la complessità del fenomeno cui si fa riferimento, un fenomeno che comprende anche notizie non propriamente o completamente false o inventate, come notizie confezionate mescolando fatti veri e falsi, nonché pratiche che si fondano sull'impiego di account automatizzati, reti di follower fasulli, video fabbricati o manipolati e altro ancora. Inoltre, il fenomeno abbraccia anche tutta una serie di comportamenti digitali che non consistono nella produzione di notizie, ma che ne favoriscono la circolazione e che vanno dalla pubblicazione, al commento, alla condivisione, al tweet e al ri-tweet (a ben vedere sono pochissimi i "produttori di notizie" e moltissimi coloro che apprezzano e condividono notizie trovate in rete).

In secondo luogo, la locuzione "*fake news*" potrebbe essere fuorviante, in quanto, come dimostrano alcune ricerche⁶, dal momento che viene spesso strumentalizzata dai politici e dai loro sostenitori per interferire nel dibattito pubblico, parte della popolazione tende ad associarla al "*partisan political debate*", ossia a strategie di propaganda elettorale, in cui vengono riferite opinioni che saranno "vere" (o meglio condivisibili) per taluno e "false" (non condivisibili) per altri. Ancora, molti intervistati associano le "*fake news*" al

⁴ Molto critica LEHNER, *Fake news e democrazia*, in *MediaLaws*, 2019, 1, 94-95: «Diversi provvedimenti UE e di alcuni paesi UE di contrasto delle *fake news*: sul piano del diritto sostanziale, si tratta di previsioni volte a inibire la diffusione di contenuti informativi senza definire a monte né l'oggetto della falsità (i dati, gli eventi, la narrazione ragionata degli stessi?), né tantomeno il parametro per affermarla, sul presupposto che sia sempre possibile verificare la rispondenza al vero oggettivo di qualsivoglia dato o notizia». L'Unesco ha incluso l'ascesa delle legislazioni anti-*fake news* tra le più preoccupanti minacce alla libertà di stampa registratesi nel panorama giuridico mondiale tra il 2012 e il 2017. UNESCO, *World Trends in Freedom of Expression and Media Development, Global Report 2017/2018*, 38-9 e 112.

⁵ EUROPEAN COMMISSION, *A multi-dimensional approach to disinformation. Report of the independent High-level Group on fake news and online disinformation*, 12 marzo 2018, 10.

⁶ KLEIS, GRAVES, *"News You Don't Believe": Audience Perspectives on Fake News*, Oxford: Reuters Institute for the Study of Journalism, 2017, come cit. in EUROPEAN COMMISSION, *A multi-dimensional approach to disinformation*, cit., 10.

cd. “*poor journalism broadly*”, ossia al “cattivo giornalismo in generale”. In entrambi i casi rischiano di essere sottovalutate le proporzioni e le potenzialità lesive del fenomeno.

La disinformazione, come definita nel report, include forme di informazione non già illegali, ossia diffamatorie, di incitamento all’odio o alla violenza, ma che possono comunque essere dannose, forme di informazione false, inesatte o fuorvianti progettate, presentate e promosse per causare intenzionalmente danni al pubblico o a scopo di lucro⁷.

Nel presente articolo si adotta un’accezione ancora più ampia di disinformazione, che abbraccia tutte le forme di informazione falsa, inattendibile e fuorviante, a prescindere dagli effetti che ne scaturiscono e dalle finalità perseguite da chi ne è autore o ne dà diffusione.

2. Le radici della disinformazione. La disinformazione è sempre esistita⁸, ma ha assunto negli ultimi decenni sembianze e proporzioni nuove per effetto della concomitanza di più fattori.

Anzitutto il fenomeno si inserisce nel solco di due processi tipici della modernità fra loro intrecciati: la digitalizzazione e la disintermediazione.

Quando a quella che è stata definita la quarta rivoluzione industriale⁹, innesca-

⁷ EUROPEAN COMMISSION, *A multi-dimensional approach to disinformation*, cit., 10-11. Parimenti, nel report dell’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM), *News VS Fake nel sistema dell’informazione*, pubblicato nel novembre 2018, all’espressione *fake news* viene preferito il termine “disinformazione”, riferito alla «divulgazione di contenuti informativi falsi, infondati, manipolati o riportati in maniera non veritiera, creati ad arte in modo da risultare verosimili nel contesto mediatico». AGCOM, *News VS. fake nel sistema dell’informazione*, Interim report, indagine conoscitiva del 309/16/CONS, anno 2018, novembre, 25.

⁸ Come osserva Gregory Bateson, gli animali comunicano con una naturalezza e un’innocenza che l’uomo ha perduto, dal momento che «il comportamento dell’uomo è corrotto dall’inganno - perfino contro sé stesso -, dalla finalità e dall’autocoscienza» (BATESON, *Steps to an ecology of mind*, San Francisco, 1972, trad. it. *Verso un’ecologia della mente*, Milano, 1972, 160-161). «La capacità di mentire si lega dunque alle superiori capacità cognitive dell’uomo e presuppone un elevato grado di consapevolezza e riflessività». GILL, *Post-verità e fake news: radici, significati attuali, inattesi protagonisti e probabili vittime*, in *Media Education*, 2018, 1, 5. L’impiego sistematico della manipolazione in campo politico e commerciale ha però subito una fortissima accelerazione nel XX secolo per effetto del perfezionamento degli strumenti di propaganda e di manipolazione, del progresso delle conoscenze psicologiche e sociologiche su intenzioni, motivazioni e comportamenti umani individuali e collettivi (si pensi agli studi condotti da Gustave Le Bon sulla “psicologia delle folle” e alla fondazione della psicanalisi da parte di Sigmund Freud) e della mutazione/relativizzazione del concetto di “verità” in relazione all’attività giornalistica. *Op. cit.*, 5-8.

⁹ FLORIDI, *The Fourth Revolution. How the infosphere is reshaping human reality*, Oxford, 2014; Pi-

ta dallo sviluppo delle tecnologie digitali e progredita con l'avvento della rete, si sono sommati i social media¹⁰, che hanno reso possibile la disintermediazione, ossia il superamento dell'intermediazione dei "grandi media" nella scelta dei contenuti meritevoli del palcoscenico virtuale¹¹, la comunicazione e la manipolazione (intenzionale e non) delle informazioni sono diventate «pratiche di massa»¹². Oggi tutti possono produrre liberamente informazione e disinformazione, reagire all'informazione immessa in rete da altri, condividere fatti, idee, critiche, punti di vista, foto, video su scala potenzialmente mondiale. Tutti possono informare e disinformare, essere informati e disinformati da qualunque altro utente e possono farlo sempre e ovunque, grazie alla connessione permanente resa possibile dall'utilizzo di smartphone e tablet¹³.

A ciò si aggiunge, fra le cause della diffusione della disinformazione, la crisi dell'informazione professionale, che deriva da molteplici fattori, fra cui i notevoli costi che essa comporta per i produttori e per i consumatori, laddove invece l'informazione non professionale online e sui social media è apparentemente gratuita (apparentemente perché il costo nascosto ["*hidden cost*"] della navigazione e dell'iscrizione ai social media è costituito dalla cessione

TRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di internet*, in *MediaLaws*, 2018, 1, 21. La digitalizzazione a sua volta si è innestata, come prodotto e al tempo stesso come fattore di accelerazione, nel processo di globalizzazione economica e culturale. Sul punto GILI, *Post-verità e fake news*, cit., 8.

¹⁰ Cfr. COLOMBO, *Il potere socievole. Storia e critica dei social media*, Milano, 2013.

¹¹ In passato, sebbene la Costituzione riconoscesse a "tutti" il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero, «nei fatti solo quei pochi che avevano accesso ai costosi e limitati mezzi di comunicazione potevano effettivamente raggiungere ampie fette di pubblico e concorrere così alla formazione dell'opinione pubblica. In tale contesto, per garantire il pluralismo dell'informazione doveva essere tutelato il carattere aperto e concorrenziale dei mercati impedendo che si formassero assetti monopolistici o comunque mercati con un livello di concentrazione particolarmente elevato. [...] In questi mercati l'industria editoriale, con le sue ampie organizzazioni di professionisti dell'informazione, selezionava cosa e come pubblicare, mettere sullo schermo, inserire nei flussi della comunicazione, quale gerarchia assegnare alle informazioni (essere in prima pagina oppure in decima fa una bella differenza) seguendo prevalentemente la logica economica dell'accrescimento dello *share*, per incrementare gli introiti, soprattutto quelli provenienti dalla pubblicità. Il risvolto del potere di stabilire contenuti e modalità dell'informazione era la responsabilità per il modo in cui questo potere era esercitato. Da qui l'accento che veniva posto sui limiti della libertà di informazione e del diritto di cronaca, la cui violazione in taluni casi era sanzionata penalmente (il reato di diffamazione), sulla responsabilità del direttore per quanto pubblicato, nonché sulla deontologia professionale dei giornalisti». PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di internet*, cit., 20-21.

¹² GILI, *Post-verità e fake news*, cit., 10.

¹³ Sul punto vedi PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di internet*, cit., 22.

dei nostri dati)¹⁴.

Ancora, internet ci ha abituati ad avere tutto e subito: basta avere uno smartphone per reperire un'informazione, una notizia. La conoscenza, tuttavia, era in passato e rimane oggi faticosa: solo quando l'informazione o la notizia viene sottoposta al vaglio critico diventa conoscenza, e tale vaglio critico presuppone una certa preparazione tecnica/culturale del fruitore della informazione/notizia. Pertanto, se «è vero che oggi (quasi) tutti possono accedere alle informazioni, è altrettanto vero che non tutti possono accedere alla conoscenza. (...) Si crea, quindi, una frattura tra democrazia dell'informazione e aristocrazia della conoscenza»¹⁵, che è il terreno di coltura della disinformazione, di cui è vittima chi ha accesso all'informazione, ma non alla conoscenza. D'altra parte, anche per i più volenterosi orientarsi nel *mare magnum* delle informazioni con cui si viene a contatto in rete, con la frequente difficoltà di verifica delle fonti, può non essere semplice¹⁶. Inoltre, nessuno ha conoscenza onnicomprensiva, quindi tutti, in determinati campi, siamo vittime po-

¹⁴ Sul punto si vedano DE SIMONE, *'Fake news', 'post truths', 'hate speeci': nuovi fenomeni sociali alla prova del diritto penale*, in questa *Rivista*, 2018, 1, 2 e LEHNER, *Fake news e democrazia*, cit., che, a p. 112, individua i segnali di quella che definisce una "crisi sistemica" dei media nella chiusura delle redazioni estere, nel licenziamento di corrispondenti e inviati, nella generale contrazione delle risorse per l'informazione, nonché nella cieca credenza nell'illusione pubblicitaria digitale (i cui ricavi finiscono prevalentemente alle piattaforme che ospitano i contenuti più che a coloro che li producono), che avrebbe portato gran parte delle testate a licenziare molti giornalisti abituati a operare sul campo per far posto agli informatici e ai giornalisti delle edizioni digitali che sono costretti a lavorare senza abbandonare mai lo schermo. Crisi che avrebbe portato alla «diminuzione del numero degli individui che producono le notizie, rispetto a chi si limita a riprodurle (*in primis*, i giganti della rete), e, soprattutto, [all]a precarizzazione delle condizioni di lavoro dei primi - sul piano contrattuale e retributivo - con evidenti ricadute sulla possibilità di esercitare sul campo la professione e anche di resistere alle tradizionali pressioni cui è soggetta l'attività dei giornalisti».

¹⁵ FUMO, *Bufale elettroniche, repressione penale e democrazia*, in *MediaLaws*, 2018, 1, 84. Anche la filosofa Franca D'Agostino parla di "democratizzazione della conoscenza", che ha subito una notevole accelerazione grazie ai processi di informatizzazione. D'AGOSTINI, *Diritti aletici*, in *Biblioteca della libertà*, 2017, gennaio-aprile, n. 218, 39.

¹⁶ A tal proposito, si parla di "ipertrofia informativa" o "infodemia", termine, quest'ultimo, utilizzato per indicare la «circolazione di una quantità eccessiva di informazioni, talvolta non vagliate con accuratezza, che rendono difficile orientarsi su un determinato argomento per la difficoltà di individuare fonti affidabili», in www.treccani.it. Gli effetti di disorientamento di detto fenomeno si acutizzano nei periodi di campagna elettorale, nonché nelle situazioni di emergenza, come quella originata dalla diffusione del Covid-19. Cfr. *Sull'Almanacco l'infodemia da Covid-19*, in www.cm.it, 11 marzo 2020; LONGO, *Bufale e fake news sul Coronavirus: i rischi dell'infodemia. La pandemia di COVID-19 è stata accompagnata dalla diffusione di bufale e fake news. Ma la condivisione di affermazioni non verificate può essere pericolosa e va evitata*, in www.uppa.it, 17 marzo 2020.

tenziali della disinformazione.

3. Il ricorso al diritto penale. Occorre quindi domandarsi se le nuove dimensioni e le nuove sembianze che ha assunto nell'era digitale un fenomeno antico come la disinformazione richiedano e giustifichino il ricorso alla sanzione penale.

La libertà personale e gli altri diritti fondamentali dell'uomo su cui la pena incide, come la dignità, esigono che «sia considerato “meritevole di pena” soltanto un comportamento per prevenire il quale vi sia un effettivo “bisogno” della pena medesima»¹⁷, come prescrive il principio di *extrema ratio*, uno dei «canoni materiali-cardine della politica criminale degli ordinamenti contemporanei»¹⁸. Detto principio richiede che alla base di ogni scelta di incriminazione vi sia un accurato bilanciamento degli interessi, che riguarda sempre «il bene *aggredito dal* e il bene *tutelato attraverso* il diritto penale»¹⁹. Inoltre, un illecito meritevole e bisognoso di pena talvolta non viene punito per ragioni di politica criminale che non ne eliminano il disvalore, in quanto «possono esservi numerose plausibili ragioni per le quali, in un diritto penale razionale di scopo, appaia conveniente soprassedere alla punizione»²⁰.

In tal senso, il principio di *extrema ratio* o *ultima ratio* può essere rappresentato dalla seguente «serie logico-analitica: a) La *meritevolezza* accerta la legittimità dell'uso della pena individuando il comportamento lesivo del bene giuridico: è questo il nucleo forte della scelta di criminalizzazione, base e oggetto delle successive valutazioni politico-criminali. b) Il *bisogno di pena* verifica la necessità della pena calata nella dinamica del conflitto sociale: si sceglie la pena, dunque, se altri strumenti di controllo sociale sono inadeguati o sproporzionati. c) Infine il postulato di *effettività* esprime l'esigenza che l'opzione penale (comunque costosa) riveli chances razionalmente accettabili (tali cioè da compensare i costi) ed empiricamente verificabili di raggiungere lo scopo di tutela»²¹.

Interrogarsi sulla necessità e opportunità, dunque sulla legittimazione,

¹⁷ ROMANO, “Meritevolezza di pena”, “bisogno di pena” e teoria del reato, in *Scritti in memoria di Renato Dell'Andro*, II, Bari, 1994, 792.

¹⁸ *Op. cit.*, 793.

¹⁹ PALIERO, *Extrema ratio: una favola raccontata a veglia? Pragmatica e paradigmatica della clausola di ‘extrema ratio’*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, 1458.

²⁰ ROMANO, “Meritevolezza di pena”, “bisogno di pena” e teoria del reato, *cit.*, 802.

²¹ DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 4, 1669.

dell'intervento del diritto penale in materia di disinformazione, significa quindi domandarsi: i) se esista un vuoto di tutela, vale a dire se siano emerse nuove esigenze di tutela che non trovino soddisfazione nel quadro normativo vigente, se si possa quindi individuare un nuovo bene giuridico²² che non possa essere tutelato con strumenti meno incisivi del diritto penale²³ o se siano andate definendosi nuove modalità di offesa²⁴ a uno o più beni giuridici già indivi-

²² La “teoria del bene giuridico” venne elaborata nel corso dell'Ottocento per rispondere alla fondamentale esigenza di limitare la potestà punitiva dello Stato. Franz Von Liszt, alla fine del XIX secolo, propose una concezione dei beni giuridici come interessi preesistenti alla valutazione del legislatore e tali da riflettere i valori radicati nella realtà sociale. Arturo Rocco si fece invece propugnatore della cd. concezione tecnico-giuridica, in forza della quale non si può prescindere dalle valutazioni del legislatore e quindi, sostanzialmente, i beni giuridici non sarebbero altro che gli oggetti di tutela delle norme penali già in vigore. Negli anni Trenta del secolo scorso, ancora, si affermò la concezione metodologica che finì per far coincidere il bene giuridico con la *ratio* della norma penale, con il risultato di una sua “interpretazione di scopo”. In seno ai regimi totalitari, e in particolare al nazionalsocialismo, la teoria del bene giuridico venne offuscata dall'attribuzione al diritto penale della finalità primaria di sanzionare le violazioni del dovere di fedeltà del cittadino nei confronti dello Stato. Nella seconda metà del XX secolo, il bene giuridico tornò in scena e venne concepito come entità reale, materialmente ledibile e corrispondente a un valore suscettivo di consenso diffuso. Tale concezione liberale venne successivamente integrata con il saldo riferimento alla Costituzione, portando alla teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico, tuttora dominante. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Bologna, 2019, 7-16. Per un approfondimento sull'evoluzione della nozione di bene giuridico si veda ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Sassari, 1980, 21-76.

²³ In materia di meritevolezza e bisogno di pena viene altresì messo in luce come «non basta che un determinato bene possieda un rango tale da essere meritevole di pena, ma anche in presenza di una grave offesa a un bene di eminente rilievo è necessario interrogarsi sulle ragioni che possono opporsi al ricorso alla pena da parte del legislatore»; andrà infatti valutata l'idoneità di altri strumenti di controllo sociale e giuridico a conseguire gli scopi di prevenzione e andrà condotta un'analisi costi-benefici, poiché «l'incondizionata tutela di un bene non solo può comportare il sacrificio di altri beni altrettanto importanti, ma potrebbe addirittura avere effetti criminogeni, innescando comportamenti illegali, magari lesivi di beni ancor più rilevanti». DEMURO, *Ultima ratio*, cit., 1666.

²⁴ «Non si tratta solo di definire gli oggetti meritevoli della tutela penale [richiamando poco prima «la funzione critico fondante del *topos* “bene giuridico”], ma anche i tipi di condotta che si intendono inibire». PALIERO, *Extrema ratio: una favola raccontata a veglia?*, cit., 1469-1470. Nell'ambito delle condotte di nuova incriminazione, l'introduzione del reato di c.d. “*revenge porn*” (è più corretta la locuzione “pornografia non consensuale”) probabilmente mirava a rispondere a un'effettiva esigenza di tutela venutasi a creare principalmente per effetto dell'evoluzione digitale e social-mediatica, sebbene il testo definitivo dell'art. 612-ter c.p. (“Diffusione illecita di immagini e video sessualmente espliciti”) si esponga a numerose critiche. Sul punto CALETTI, “*Revenge porn*”. *Prime considerazioni in vista dell'introduzione dell'art. 612-ter c.p.: una fattispecie “esemplare”, ma davvero efficace?*, in *Dir. pen. Cont.*, 29 aprile 2019; ID., *Libertà e riservatezza sessuale all'epoca di internet. L'art. 612-ter c.p. e l'incriminazione della pornografia non consensuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 4, 2045 ss.

duati dall'ordinamento come meritevoli di detta tutela; ii) se i fatti che si intendono contrastare siano suscettibili di accertamento processuale in base alle conoscenze empiriche disponibili²⁵; iii) se sia possibile selezionare e descrivere in maniera sufficientemente precisa le condotte da punire (e questo perché una norma vaga, "onnicomprendiva"²⁶, dai confini incerti, rischia di essere applicata in maniera arbitraria o di non essere applicata affatto).

Porsi in una prospettiva di contrasto/regolamentazione della disinformazione, inoltre, richiede serie riflessioni in relazione ad almeno tre aspetti che rendono il fenomeno particolarmente complesso²⁷. Il primo riguarda il contenuto della notizia: in base a quali parametri va sondata la falsità di una notizia? (Nel negazionismo la verifica è agevolata dal riferimento a un fatto storico, in altri ambiti può essere molto complesso distinguere il vero dal falso e soprattutto farlo in poco tempo). Il secondo profilo da considerare consiste nella finalità e negli effetti della notizia: la finalità di lucro in molti casi manca, quanto agli effetti, talvolta non è agevole individuare il danno o il pericolo (in materia di *online hate speech* spesso si richiama il concetto di "*harm*", identificandolo principalmente nel rischio di violenza). Infine, occorre soffermarsi sulle modalità e sui mezzi della condotta: si assiste a forme di disinformazione che promanano da profili falsi, da meccanismi automatici, da una pluralità solo apparente di voci (es. reti di follower artefatte), ecc.

²⁵ Un aspetto fondamentale della criminalizzazione in astratto consiste nella necessaria «aderenza della norma penale alle conoscenze empirico-scientifiche proprie della materia oggetto di disciplina», senza le quali non si può che formulare previsioni incapaci di rappresentare il fenomeno che si intende contrastare. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, 161. Il delitto di plagio di cui all'art. 603 c.p., ad esempio, è stato dichiarato incostituzionale perché puniva un fenomeno che la Consulta ha ritenuto non suscettibile di sicuro accertamento processuale. Sebbene infatti la Corte abbia riconosciuto che da un'attività *lato sensu* comunicativa possa derivare una limitazione della capacità di autodeterminazione di un soggetto che può tradursi anche in una vera e propria condizione di soggezione o dipendenza psichica, tuttavia, le conoscenze scientifiche del tempo non consentivano di distinguere nettamente fra suggestione, penalmente rilevante, e mera persuasione, non penalmente rilevante. Corte cost., 8 giugno 1981, n. 96.

²⁶ «Il passaggio decisivo è l'individuazione del tipo. Se tale identificazione non è possibile - magari perché non è matura - il principio di *ultima ratio* imporrebbe di soprassedere alla penalizzazione. Invece spesso, per la pressione del contingente, la risposta penalistica interviene ugualmente, incidendo negativamente anche sul principio di determinatezza. Le conseguenze sono o norme che originate da episodi clamorosi della cronaca sono improntate a una tecnica casistica, o, all'opposto, norme che allestiscono una tutela "totalitaria", attraverso fattispecie onnicomprensive e quindi non in grado di identificare un tipo preciso, dai contorni determinati». DEMURO, in *Ultima ratio*, cit., 1678.

²⁷ Brevi considerazioni espresse da Francesco Viganò in occasione della conferenza di ICON•S Italia "*Le nuove tecnologie e il futuro del diritto pubblico*", Firenze, 22-23 novembre 2019.

L'aderenza al dato empirico, infatti, è imprescindibile in quanto, se «l'idea della minimizzazione necessaria del ricorso allo strumento penale postula la valutazione comparativa tra i costi/benefici delle varie tipologie di sanzioni utilizzabili», nonché «la misurazione della prevedibile efficacia della sanzione preceduta dall'individuazione del tipo di risultato che ci si attende dall'impiego della sanzione», non si deve incorrere nell'errore di riflettere «in una prospettiva astratta, avulsa dal piano reale» sul «possibile rendimento» della sanzione penale²⁸.

3.1 Disinformazione e libertà di pensiero. Prima di esaminare gli aspetti evidenziati, per rispondere alla domanda: “è necessario/opportuno punire chi produce o diffonde disinformazione?”, occorre chiedersi se e in che misura dire il falso possa essere considerato una forma di libera manifestazione del pensiero. Da tempo infatti i costituzionalisti si chiedono se l'art. 21 Cost. tuteli anche la comunicazione e la diffusione di falsità. Se così fosse, dire il falso potrebbe essere sanzionato solo qualora tale condotta offendesse un bene giuridico di rango eguale o superiore alla libertà di pensiero. Sebbene non senza voci discordanti, pare prevalere l'orientamento secondo cui la diffusione di informazioni false, almeno nei casi in cui sia deliberata e consapevole, non trovi copertura nell'art. 21 Cost. e quindi non sia espressione di un diritto, ma, qualora non sia preordinata o idonea ad arrecare un danno ingiusto o un ingiusto svantaggio ad altri, non costituisca nemmeno un fatto illecito. Potrebbe rilevare al più – se proveniente da un giornalista – sotto il profilo deontologico, ma, salvo tale caso, non è libera manifestazione del pensiero, ma non è neppure un fatto illecito, «rientrando piuttosto in una zona di irrilevanza giuridica»²⁹.

²⁸ GARGANI, *Il diritto penale quale extrema ratio tra post-modernità e utopia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, 1490-1491. Bentham metteva in evidenza come il diritto penale trovi la sua legittimazione nella sua utilità e nella sua economicità, pertanto la pena mai dovrebbe essere inflitta se rischia di risultare inefficace, superflua o troppo costosa. BENTHAM, *Théorie des peines ed des recompenses*, 1811, come cit. in DEMURO, *Ultima ratio*, cit., 1656.

²⁹ CUNIBERTI, *Il contrasto alla disinformazione in rete tra logiche del mercato e (vecchie e nuove) velleità di controllo*, in *Media Education*, 2017, 1, 30. In tal senso anche PUGIOTTO, *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2013, 77; PACE, *Art. 21*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 2006, 353; BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1989, 229, per il quale la diffusione di notizie false non può essere considerata illecita di per sé in quanto la finalità di inganno assume valenza illecita o addirittura rilevanza penale solo nella misura in cui animi un'attività che contrasti con altri principi costituzionali; ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, 36-37, il

All'inesistenza di un obbligo generale di verità (al più si potrebbe parlare di un dovere morale), fa da corollario il fatto che nel nostro ordinamento, salvi alcuni diritti a circoscritte prestazioni informative in particolari ambiti deducibili da specifiche disposizioni, non sia ravvisabile un diritto soggettivo alla verità³⁰, ossia a un'informazione corretta, completa, imparziale e obiettiva, che possa assurgere a bene giuridico meritevole di tutela.

Finora, infatti, il legislatore ha tutelato con la sanzione penale l'interesse alla verità dell'informazione solo in chiave "strumentale e indiretta", attraverso norme che tutelano in via principale e diretta altri beni giuridici³¹. Si pensi a beni collettivi istituzionali come l'amministrazione della giustizia, a beni indi-

quale precisa che le affermazioni subiettivamente false non rientrano nell'ambito di applicazione della garanzia costituzionale della libertà di manifestazione del pensiero ma non sono nemmeno direttamente vietate, il falso può essere vietato e punito solo «in vantaggio della fede pubblica in generale, o di più individuati interessi di singoli o di collettività».

³⁰ Sebbene un diritto incondizionato alla verità non possa essere garantito, vi è chi mette in luce come la mancanza di verità provochi danni individuali e collettivi. Da una parte, la psicoanalisi, la psichiatria sistemica, la psicologia cognitiva hanno evidenziato che la mancanza di verità può produrre danni al benessere psichico degli individui, dall'altra, l'occultamento di fatti veri e rilevanti e la diffusione di credenze false produce malessere sociale, pertanto si può «riconoscere senza difficoltà che la distorsione delle credenze (più o meno prodotta strategicamente e/o sistematicamente) determina un danno politico oggettivo». D'AGOSTINI, *Diritti aletici*, cit., 10. Sulla scorta di tali considerazioni, secondo un'interessante prospettiva filosofica, nelle moderne democrazie contemporanee dovrebbero essere riconosciuti e tutelati sei tipi di diritti alla verità, cd. diritti aletici (dal greco *aletheia*: "verità"), riconducibili a tre aree in cui il bene verità emerge come bene socialmente importante: l'area dell'informazione, l'area della scienza e della conoscenza condivisa, l'area della cultura. Tali diritti consistono nel diritto di essere informati correttamente e di non essere ingannati o fuorviati; nel diritto di ricevere un'educazione tale da metterci in grado di discriminare, per quanto è possibile, il vero dal falso; nel diritto di essere riconosciuti come fonti affidabili di verità, dunque di non subire un deficit di credibilità (sul punto si rimanda al concetto di "ingiustizia epistemica" elaborato da Miranda Fricker di cui alla nota n. 100); nel diritto di disporre di un sistema scientifico e in generale di autorità epistemiche che conferiscano credibilità a individui, tesi e teorie in modo aletico, cioè orientato alla verità prima che a interessi esclusivamente economici o politici; nel diritto di vivere in un ambiente culturale, politico e sociale in cui questi diritti vengano riconosciuti e tutelati, attraverso istituti e norme che garantiscano una gestione del linguaggio pubblico sensibile al ruolo del concetto di verità nella vita privata e pubblica degli esseri umani; nel diritto di vivere in una cultura consapevole della natura del concetto di verità, della sua capacità di orientare le credenze e dei rischi e delle opportunità che si legano al suo uso. *Op. cit.*, 15 ss. Cfr. D'AGOSTINI, FERRERA, *La verità al potere. Sei diritti aletici*, Torino, 2019.

³¹ Per un altro esempio di fattispecie che rispondono a una logica di «seriazione» degli interessi da tutelare, vale a dire in cui è possibile distinguere un "bene finale" tutelato in via indiretta e mediata, da uno o più "beni strumentali", tutelati in via diretta e immediata, si veda MANNA, *Prime osservazioni sul Testo Unico in materia di protezione dei dati personali: profili penalistici*, in www.privacy.it, 2003, 1125 ss.

viduali come il patrimonio, a beni collettivi a titolarità diffusa come la trasparenza dei bilanci e il corretto funzionamento del mercato finanziario, tutelati rispettivamente dalla falsa testimonianza, dalla truffa, dalle false comunicazioni sociali e dalla manipolazione di mercato.

Tutti casi, a ben vedere, in cui ricorre il binomio inganno-fiducia: la falsità ha per oggetto circostanze nella cui veridicità e attendibilità il destinatario riponeva legittimamente fiducia. Il truffato ha comprensibilmente creduto alle garanzie costruite ad arte, mediante artifici e raggiri, dal truffatore, e sulla base di tali garanzie ha compiuto un atto di disposizione patrimoniale autolesivo. Nella falsa testimonianza viene disattesa la legittima aspettativa di sincerità del teste e sulle parole false di quest'ultimo potrebbe fondarsi un provvedimento giurisdizionale. Nella manipolazione di mercato e nelle false comunicazioni sociali, i risparmiatori confidano nella correttezza dei bilanci e delle informazioni sui prezzi degli strumenti finanziari e, spesso, su tali elementi basano le proprie decisioni di investimento³².

Poi vi sono nel nostro ordinamento fattispecie contravvenzionali che espressamente puniscono la diffusione di notizie false esagerate e tendenziose (art. 656 c.p.)³³, purché atte a turbare l'ordine pubblico (bene giuridico tutelato in via diretta e immediata), e la diffusione di notizie che procurino allarme presso la pubblica autorità (art. 658 c.p.) così ponendo in pericolo il corretto uso della forza pubblica. Anche in questi due casi la verità è tutelata solo in via strumentale e indiretta.

3.2 Distorsione dell'opinione pubblica e tutela "diretta" della verità. L'"allarme *fake news*" è scaturito soprattutto da due forme di disinformazione particolarmente diffuse: quella che, alterando la percezione di taluni fenomeni quali la criminalità e l'immigrazione, pare abbia influenzato e continui a influenzare l'esercizio del diritto di voto (avendo giocato un ruolo chiave ad esempio nell'elezione di Trump e nella Brexit); e quella che, denunciando "complotti" delle case farmaceutiche, avrebbe portato molte persone a tenere

³² PERINI, *Fake news e post-verità tra diritto penale e politica criminale*, in *Dir. pen. cont.*, 20 dicembre 2017, 2 ss. Anche nella letteratura epistemologica si osserva come sia «difficile isolare l'atto di "far credere" il falso o il non vero come un crimine, comportante un danno di per sé. Un caso esemplare è la legge sul "plagio" nel codice italiano (art. 603 del C.p.), dichiarata incostituzionale perché prevede la vaga possibilità di ridurre una persona in proprio potere sulla base di una "soggezione" epistemica». D'AGOSTINI, *Diritti atletici*, cit., 8.

³³ Adita sul punto, la Corte costituzionale ha dichiarato infondata la questione di legittimità sollevata con riferimento a detta norma per violazione dell'art. 21 Cost. Corte cost., 3 agosto 1976, n. 210.

condotte pericolose per la propria salute o per la salute pubblica, quali seguire una cura “alternativa” o non vaccinarsi. Le ricerche condotte in materia attestano infatti che, in Italia, «il 57% della produzione di contenuti *fake* riguarda argomenti di politica e cronaca, mentre circa il 20% tematiche di carattere scientifico, tutte tematiche che presentano un forte impatto emotivo, possono essere divisive, e spesso non vengono trattate adeguatamente dal sistema informativo tradizionale»³⁴.

Il d.d.l. Gambaro³⁵, cercando di intercettare tale fenomeno, con l'immediatezza e la conseguente superficialità che caratterizzano molti recenti interventi normativi, proponeva di incriminare, all'art. 656-bis c.p. (fattispecie contravvenzionale) la “Pubblicazione o diffusione di notizie false, esagerate o tendenziose, atte a turbare l'ordine pubblico, attraverso piattaforme informatiche”³⁶ (reato comune a forma vincolata, che si porrebbe quale fattispecie speciale rispetto a quella prevista dall'art. 656 c.p., laddove l'elemento specializzante è costituito dallo strumento di diffusione: le piattaforme informatiche) e, agli artt. 265-bis e ter c.p., da inserire nell'ambito dei delitti contro la personalità dello Stato, la “Diffusione di notizie false che possono destare pubblico allarme o fuorviare settori dell'opinione pubblica”³⁷ e la “Diffusione di

³⁴ AGCOM, *News VS. fake nel sistema dell'informazione*, cit., 93. La ricerca da cui sono stati tratti tali dati è stata condotta in un arco temporale di più due anni (ventinove mesi, da aprile 2016 ad agosto 2018) e ha riguardato canali televisivi e radiofonici, quotidiani, siti web di editori tradizionali, testate esclusivamente online e relative pagine e account di social network. *Op. cit.*, 3.

³⁵ Disegno di legge 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”.

³⁶ «Art. 656-bis. (*Pubblicazione o diffusione di notizie false, esagerate o tendenziose, atte a turbare l'ordine pubblico, attraverso piattaforme informatiche*). 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». Si aggiunge poi che «nel caso in cui le fattispecie previste dall'articolo 656-bis del codice penale comportino anche il reato di diffamazione, la persona offesa può chiedere, oltre il risarcimento dei danni ai sensi dell'articolo 185 del codice penale, una somma a titolo di riparazione. La somma è determinata in relazione alla gravità dell'offesa e alla diffusione della notizia, ai sensi dell'articolo 12 della legge 8 febbraio 1948, n. 47. Si applica altresì il terzo comma dell'articolo 595 del codice penale», e che «l'articolo 656-bis del codice penale, introdotto dal comma 1 del presente articolo, 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».

³⁷ «Art. 265-bis. (*Diffusione di notizie false che possono destare pubblico allarme o fuorviare settori dell'opinione pubblica*). Chiunque diffonde o comunica voci o notizie false, esagerate o tendenziose, che possono destare pubblico allarme, o svolge comunque un'attività tale da recare nocimento agli

campagne d'odio volte a minare il processo democratico”³⁸.

Sorvolando momentaneamente le molte criticità che tali norme presentano³⁹, è bene soffermarsi anzitutto su una questione dirimente: se, come si è detto, non esiste un diritto individuale alla verità, ossia alla correttezza dell'informazione, esiste invece un interesse generale, collettivo, superindividuale alla verità quale *condicio sine qua non* della corretta formazione dell'opinione pubblica che potrebbe giustificare l'incriminazione di condotte che possano “fuorviare settori dell'opinione pubblica” o “minare il processo democratico” (come si legge nel d.d.l. Gambaro)?

Il discorso è molto complesso.

Indubbiamente la disinformazione, soprattutto se amplificata dalla rete, comporta distorsione dell'opinione pubblica e la distorsione dell'opinione pubblica inficia il funzionamento del sistema democratico. Si è affermato che «lo Stato costituzionale si fonda sulla ricerca della “verità”⁴⁰, non nel senso che esista un'unica verità, ma nel senso che deve esistere un dibattito pubblico in cui, attraverso il confronto fra idee, viene ricercata la verità. Se conosci il falso, deliberi male»⁴¹. Ecco perché si è giustamente osservato che una democrazia fondata sul falso è una falsa democrazia⁴² e che «lo stretto rapporto della

interessi pubblici o da fuorviare settori dell'opinione pubblica, anche attraverso campagne con l'utilizzo di piattaforme informatiche destinate alla diffusione *online*, è punito con la reclusione non inferiore a dodici mesi e con l'ammenda fino a euro 5.000».

³⁸ «Art. 265-ter. (*Diffusione di campagne d'odio o volte a minare il processo democratico*). Ai fini della tutela del singolo e della collettività, chiunque si rende responsabile, anche con l'utilizzo di piattaforme informatiche destinate alla diffusione *online*, di campagne d'odio contro individui o di campagne volte a minare il processo democratico, anche a fini politici, è punito con la reclusione non inferiore a due anni e con l'ammenda fino a euro 10.000».

³⁹ Si rimanda al par. 3.4 per alcune brevi riflessioni sul rapporto fra tali fattispecie e il principio di precisione.

⁴⁰ HABERLE, *Wahrheitsprobleme im Wefassungsstaat*, (1995), tr. it. *Diritto e verità*, Torino, 2000, 99 ss., come cit. in PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di internet*, cit., 33.

⁴¹ MELZI D'ERIL, *Fake news e responsabilità: paradigmi classici e tendenze incriminatrici*, in *Media-Laws*, 2017, 1, 62. Si è lucidamente affermato che «le democrazie si reggono sul principio di affidamento e cioè sulla ragionevole presunzione che l'apparenza corrisponda alla realtà. Il diritto dei cittadini di scegliere i propri governanti, la controllabilità del potere politico, la competizione tra i partiti per il potere di governo presuppongono che i cittadini possano contare sulla corrispondenza al vero di quanto viene detto e fatto dai responsabili politici. Se il politico mente ai propri concittadini per acquisirne il consenso, se maschera le sue scelte di potere con falsificazioni, se altera surrettiziamente le regole della competizione politica, la democrazia viene colpita al cuore perché i cittadini diventano strumenti per il suo potere». VIOLANTE, *Politica e menzogna*, Torino, 2013, 4.

⁴² FUMO, *Bufale elettroniche, repressione penale e democrazia*, cit., 91.

verità con la democrazia è intuitivamente evidente», «un rapporto non tanto idealisticamente augurabile, ma piuttosto realisticamente inevitabile»⁴³, in quanto «la democrazia è verità al potere», nel senso che «il potere democratico non è tanto del popolo, o dei suoi rappresentanti, ma di ciò che l'uno e gli altri credono e sanno, di come ragionano e decidono in base a quel che sanno e credono essere vero»⁴⁴.

Tuttavia, a ben vedere, la distorsione dell'opinione pubblica è un fenomeno articolato e indubbiamente multifattoriale, che non deriva soltanto dalla disinformazione, ma prima ancora da alcune caratteristiche che il web e i social media hanno assunto, caratteristiche che hanno reso le nuove piattaforme digitali terreno eletto di proliferazione della disinformazione.

I contenuti fruibili sul web vengono infatti indicizzati sulla base di algoritmi⁴⁵ da cui dipende la loro effettiva capacità di raggiungere il pubblico (gli utenti credono che l'ordine di apparizione delle informazioni trovate su Google dipenda dalla loro oggettiva rilevanza, motivo per cui più del 90% degli utenti non va oltre la prima pagina di risultati della ricerca, ma non è sempre così⁴⁶). Tali algoritmi, che derivano da procedure di profilazione degli utenti, vengono utilizzati da motori di ricerca e social media per «costruire un mondo su misura di ciascuno di noi»⁴⁷. Da una parte, ricevere informazioni coerenti con

⁴³ D'AGOSTINI, *Diritti atletici*, cit., 27-28. Se si pensa a come la «menzogna organizzata» caratterizzi totalitarismi, terrorismi di stampo ideologico-religioso, così come democrazie deviate o sofferenti, si comprende che la verità sia anche se non anzitutto un «bene politico», infatti dal suo occultamento derivano danni individuali e collettivi di non poco conto, quali la perdita della fiducia sociale e la crescita della conflittualità. Tanto è vero che per garantire giustizia e riconciliazione dopo la fine di un regime in diversi paesi è stata istituita una «Commissione della verità» (uno fra tutti l'esempio della TRC: *Truth and Reconciliation Commission* in Sudafrica). *Op. cit.*, 8, 28.

⁴⁴ D'AGOSTINI, FERRERA, *Contro le fake news serve più verità. La scommessa dei diritti «atletici»*, in *Corriere della sera. Estratto "cultura"*, 23 marzo 2019. In tal senso - osservano gli Autori - «non si tratta soltanto di garantire la diffusione di informazioni corrette e di sanzionare e fermare le nuove e antiche forme dell'inganno, ma di riconoscere e tutelare un insieme di bisogni-valori che hanno acquisito una importanza centrale nella vita dei paesi democratici e che riguardano direttamente il bisogno umano di conoscenza». Si veda n. 30.

⁴⁵ L'algoritmo è un procedimento matematico di calcolo, un'istruzione proceduralizzata per l'esecuzione di un'operazione più o meno complessa o la risoluzione di un problema. Nel linguaggio informatico indica l'insieme delle istruzioni fornite al calcolatore. COSTA, *Motori di ricerca e social media: i nuovi filtri nell'ecosistema dell'informazione online e il potere occulto degli algoritmi*, in *L'informazione e le sue regole. Libertà, pluralismo e trasparenza*, a cura di Avanzini, Matucci, Napoli, 2016, 258.

⁴⁶ LAIDLAW, *Regulating Speech in Cyberspace*, Cambridge, 2015, 176 ss. come cit. in PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di internet*, cit., 25.

⁴⁷ PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di internet*, cit., 29. La nostra società è stata acuta-

i nostri interessi, i nostri gusti, le nostre esigenze, facilita la nostra vita, riduce tempi e costi della ricerca, agevola acquisti, prenotazioni, interazioni sociali; dall'altra, noi utenti rischiamo di rimanere chiusi in quella che viene chiamata una *filter bubble*⁴⁸, una bolla in cui i post visualizzati sono sempre più in linea con i nostri interessi, le nostre opinioni e i nostri pregiudizi e veniamo privati di quel confronto con il diverso da cui non può prescindere la formazione culturale individuale e collettiva. L'utente finisce così per incorrere in notizie e informazioni che non fanno altro che "riecheggiare" le opinioni e i gusti che ha già manifestato (si parla infatti di *echo chamber*)⁴⁹, rafforzandosi ancor più nei propri convincimenti.

Proprio in tale «gioco di specchi autoreferenziale»⁵⁰ la disinformazione trova il proprio humus ideale. La «personalizzazione del web interferisce nel dibattito

mente definita una *black box society* «ossia, da una parte, una scatola nera in cui vengono registrati tutti i nostri movimenti, attraverso la notevole mole di dati che immettiamo più o meno consapevolmente in rete quando navighiamo, dall'altra, un sistema caratterizzato dalla totale oscurità dei meccanismi attraverso i quali i dati vengono ottenuti, combinati, analizzati al fine di profilarci e prevedere il nostro comportamento». PASQUALE, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard, 2015, 9 ss. come cit. in PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di internet*, cit., 27-28.

⁴⁸ Con l'espressione "*filter bubble*" si indica il fenomeno per cui, in un social network che sfrutta algoritmi per definire quali siano le notizie di maggior interesse per l'utente, i post visualizzati da ogni utente sono sempre più in linea con gli interessi e le opinioni dello stesso. Cfr. PARISER, *Filter Bubble: How the New Personalized Web Is Changing What We Read and how We Think*, New York, 2011. Si è osservato come «siamo passati da una democrazia dei partiti, fortemente connotati sotto il profilo ideologico, a una democrazia del pubblico, in cui si è assistito a una personalizzazione della politica, ossia all'emersione di singole figure che attraverso la televisione hanno attratto il pubblico degli elettori, fino all'attuale *bubble democracy*, ove la concomitanza della crisi dei partiti e della diffusione della rete ha determinato la chiusura dell'elettore nella propria bolla autoreferenziale, alimentata da messaggi politici sempre più semplicistici e populistici. In rete umori, emozioni e sentimenti si aggregano e disgregano con notevole velocità, sciami digitali la cui evoluzione è imprevedibile, che si compattano e dissolvono sulla base di fervori, acclamazioni e odi che si propagano in rete». PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di internet*, cit., 42, riprendendo PALANO, *La bolla mortale della nuova democrazia*, in *Il Foglio*, 28 aprile 2017.

⁴⁹ Cfr. C.R. SUNSTEIN, *Republic.com 2.0*, Princeton, 2009.

⁵⁰ GILL, *Post-verità e fake news*, cit., 11. L'Autore precisa che «occorre anche considerare un altro rischio di autoreferenzialità, per certi versi opposto al precedente, che gli psicologi sociali chiamano "effetto terza persona", cioè quell'atteggiamento per cui gli individui sono portati a sovrastimare gli effetti dei messaggi persuasivi sugli altri mentre sottostimano gli effetti che producono su loro stessi. Tale effetto è stato ampiamente documentato a proposito della credulità verso le news, i messaggi pubblicitari, la propaganda politica ed elettorale e verso gli effetti della violenza e della pornografia». *Op. cit.*, 12.

pubblico e nella formazione dell'opinione pubblica⁵¹, producendo la chiusura dei cittadini in gruppi culturalmente e ideologicamente separati i cui i pregiudizi finiscono per cristallizzarsi⁵², laddove invece la tutela del pluralismo delle fonti di informazione e del dissenso costituisce il fulcro della tutela costituzionale garantita alla libertà di informazione (intesa come libertà di informare e di essere informati) nelle democrazie pluralistiche⁵³.

È interessante aprire una breve parentesi. I meccanismi di *filter bubble* ed *echo chamber* di cui si è detto sembrano dimostrare che non si possa confidare in “antidoti democratici” alla disinformazione, come suggeriscono invece i sostenitori della teoria liberista del “*free marketplace of ideas*”, espressione con la quale si vuole evocare il principio secondo cui la disinformazione, al pari della diffusione di opinioni discriminatorie o offensive, «dovrebbe essere contrastata, almeno nella normalità dei casi, non già attraverso l'uso della forza pubblica, ma attraverso le armi della critica e della discussione, in un contesto in cui l'affermazione o la sconfitta di una tesi dovrebbero dipendere solo dalla sua solidità e quindi dalla sua capacità di prevalere sulle tesi contrastan-

⁵¹ Già una decina di anni fa la concorrenza fra media nel reperimento delle risorse pubblicitarie aveva condotto alla contaminazione fra informazione e intrattenimento e alla «progressiva scomparsa dell'impegno editoriale nella ricerca e nella presentazione delle notizie». In sostanza, si stava delineando un esito «insopportabile» per la tenuta di qualsiasi declinazione del concetto di sfera pubblica democratica: «la divisione dei cittadini in due categorie, l'una capace di informarsi con i propri mezzi, l'altra condannata alla ricezione di notizie standardizzate e anodine». LEHNER, *Fake news e democrazia*, cit., 117.

⁵² È stato messo in luce come «la frammentazione della c.d. opinione pubblica in comunità chiuse e autoreferenziali entro le quali gli individui finiscono per ricevere, in modo talvolta inconsapevole (in virtù dei processi di profilazione), solo notizie selezionate a loro immagine e somiglianza - perché atte a confermare i propri precedenti orientamenti - rappresenti un fenomeno ben noto nei momenti di grande polarizzazione sociale e geo-politica, come insegna l'esperienza della guerra fredda. La differenza fondamentale rispetto a quella esperienza, più che nei social network, va rinvenuta nella liquidità delle società contemporanee. O meglio, l'attuale frammentazione dell'opinione pubblica è solo un pallido riflesso della destrutturazione dei rapporti economico-sociali tipica della globalizzazione». *Op. cit.*, 114. Cfr. BAUMAN, *Liquid Modernity*, Cambridge, 2000, trad. it. *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2002.

⁵³ PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di internet*, cit., 29. Il diritto dei cittadini di formarsi liberamente una propria opinione è uno dei cinque contenuti minimi della democrazia individuati da Norberto Bobbio. Gli altri quattro, ossia elezioni a suffragio universale a periodicità regolare, limitazione dell'ambito di legittimità delle decisioni della maggioranza, principio di decisione a maggioranza nelle assemblee elettive ed esistenza di reali alternative per gli elettori presuppongono l'esistenza di quel diritto. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1984, 4-7.

ti»⁵⁴. Come un prodotto scadente verrà naturalmente escluso dal mercato perché scartato dal consumatore, così dovrebbe accadere alle informazioni/notizie scadenti⁵⁵. La metafora del libero mercato di idee, oltre ad assimilare, non senza forzature, il cittadino al consumatore⁵⁶, non si attaglia alle attuali condizioni del web, in quanto postula un mercato veramente libero da condizionamenti, mentre la rete e i social media sono tutt'altro che "liberi", essendo governati da algoritmi che si fondano su dinamiche sotterranee di profilazione⁵⁷.

A ciò si aggiunge che tali meccanismi social-mediatici sfruttano abilmente la "pigrizia cognitiva" degli utenti e l'attivazione naturale delle cd. euristiche, ossia di quei meccanismi mentali che permettono di decidere e agire rapidamente grazie all'isolamento o alla valorizzazione dell'informazione percepita

⁵⁴ CUNIBERTI, *Il contrasto alla disinformazione in rete*, cit., 35. Secondo tale teoria il pluralismo informativo dovrebbe fungere da antidoto a fenomeni di indottrinamento, oligopoli informativi e politicamente orientati. Cfr. BASSINI, VIGEVANI, *Primi appunti su fake news e dintorni*, cit., 18.

⁵⁵ Antonio Nicita, in un articolo pubblicato su *Il Foglio*, richiama il pensiero del premio Nobel per l'Economia, Ronald Coase, il quale «si chiedeva - già nei lontani anni Settanta - perché lo Stato si preoccupi di tutelare il consumatore sul mercato dei beni, ad esempio dalla pubblicità ingannevole, e invece poi, nel mercato delle idee, lasci il cittadino solo rispetto alla selezione di informazioni non veritiere che riguardino la dimensione della sua vita civile e, in ultima analisi, la capacità deliberativa posta a fondamento delle libere scelte democratiche. Il cittadino-consumatore merita, secondo Coase, un trattamento analogo nei due mercati: tutele o piena autonomia nella ricerca di informazioni complete per poter scegliere liberamente». NICITA, *È possibile il libero scambio nel mercato della verità?*, in *Il Foglio*, 13 gennaio 2017.

⁵⁶ L'impossibilità di identificare l'utente dell'informazione, nella sua dimensione di cittadino, con il (presunto) protagonista del mercato concorrenziale, ovvero con il consumatore, discende «da una differenza, verrebbe da dire ontologica e strutturale, tra le due categorie, che consiste nel fatto che le scelte operate dal consumatore, se sbagliate o non adeguatamente ponderate, si ripercuotono, nei loro effetti negativi, essenzialmente sul consumatore stesso, laddove, al contrario, le scelte che il cittadino è chiamato ad assumere nel momento in cui esercita i propri diritti politici esplicano i loro effetti sull'intera collettività, su chi le ha condivise e su chi vi si è opposto. Ma vi è una ragione ancora più profonda che suggerisce di diffidare della integrale sottoposizione del mondo dell'informazione alle logiche del mercato: la possibilità, per il consumatore, di scegliere il prodotto migliore, e quindi l'attitudine del mercato a operare come strumento di selezione dei prodotti più affidabili, è tanto maggiore quanto più ricche e affidabili sono le informazioni in possesso del consumatore, che gli consentono di operare una scelta pienamente consapevole; ma se il "prodotto" che si tratta di scegliere è l'informazione stessa, allora è evidente che la stessa idea di un "mercato dell'informazione" rappresenta niente più che un circolo vizioso, un vero e proprio corto circuito logico». CUNIBERTI, *Il contrasto alla disinformazione in rete*, cit., 35-36.

⁵⁷ Si veda O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in *MediaLaws*, 2018, 1, 78-82.

come cruciale⁵⁸. In particolare, le scorciatoie cognitive che acquistano maggior rilievo nelle dinamiche informative social-mediatiche sono l'euristica della disponibilità, l'euristica della conferma e l'euristica della socializzazione.

La prima consiste nella tendenza a valutare le dimensioni di una categoria e la frequenza di un fenomeno a seconda della "disponibilità" di esempi (ossia della facilità e della fluidità dell'attività mentale di recupero di esempi) nella memoria⁵⁹. La cosiddetta euristica della conferma (*confirmation bias*)⁶⁰ si sostanzia nella tendenza a ritenere attendibili le informazioni che sono aderenti al sistema di credenze dell'individuo, ignorando o ritenendo poco credibili le

⁵⁸ GIGERENZER, *Gut Feelings: The Intelligence of the Unconscious*, New York, 2007, trad. it. *Decisioni intuitive. Quando si sceglie senza pensarci troppo*, Milano, 2009, 16 ss. Daniel Kahneman, vincitore del premio Nobel per l'economia «per avere integrato risultati della ricerca psicologica nella scienza economica, in particolare per quanto riguarda il giudizio umano e il processo decisionale in condizioni di incertezza» (www.nobelprize.org), ha messo in evidenza come il soggetto si identifichi con quello che in psicologia viene comunemente definito «sistema 2», vale a dire con la parte di Sé razionale, che riflette, ha convinzioni, prende decisioni e opera scelte, ma che, in realtà, spesso, le nostre azioni sono guidate dal c.d. «sistema 1», vale a dire da quel sistema di automatismi, di «impressioni e sensazioni che originano spontaneamente e sono le fonti principali delle convinzioni esplicite e delle scelte deliberate dal sistema 2». KAHNEMAN, *Thinking. Fast and Slow*, New York, 2011, trad. it. *Pensieri lenti e veloci*, Milano, 2012, 21 ss.

⁵⁹ Eventi salienti (come i divorzi e gli scandali sessuali dei politici), drammatici (come un disastro aereo) o personali (un errore giudiziario che ci ha riguardati direttamente), avendo attratto la nostra attenzione, turbato la nostra serenità o leso i nostri interessi, influiranno notevolmente sulla percezione delle proporzioni e della frequenza del fenomeno. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, cit., 144 ss.

⁶⁰ L'euristica della conferma trova il suo fondamento nella teoria della dissonanza cognitiva in base alla quale l'individuo mira alla coerenza con sé stesso. Applicata all'esposizione volontaria e involontaria di informazioni, tale teoria mette in evidenza come gli individui ricerchino e tendano a ritenere veritiere le informazioni che risultano consonanti ossia coerenti alle proprie esigenze, ai propri comportamenti e alle proprie convinzioni. FESTINGER, *A Theory of Cognitive Dissonance*, Stanford, 1957, trad. it. *Teoria della dissonanza cognitiva*, Milano, 1997, 11 ss. Il *confirmation bias* è «un limite cognitivo non trascurabile per due motivi. In primo luogo, perché la letteratura del pensiero critico ricorda che si dovrebbe essere in grado di separare le proprie credenze e opinioni pregresse dalla valutazione di prove e argomenti (Stanovich et al. 2013), mentre, contrariamente alle regole dei filosofi della scienza che consigliano di verificare un'ipotesi provando a confutarla (Popper 1963), le persone spesso cercano dati e informazioni che siano compatibili con le loro credenze del momento. In secondo luogo, perché, in una sfera pubblica che promuove un pluralismo inteso come *concordia discors*, dovrebbero realizzarsi processi di dialogo e di confronto tra gruppi sociali diversi. Se i cittadini sono restii a cambiare idea e ad essere persuasi della bontà di idee che non sono le proprie, il mero conflitto è più probabile e lo sviluppo di una società aperta, dialogica e pluralistica viene messo in difficoltà». GIACOMINI, *L'ideale dialogico alla prova del Web 2.0. Note sul paradosso del pluralismo fra piano descrittivo e piano normativo*, in *Il Laboratorio di Politica Comparata e Filosofia Pubblica*, Working paper 2019, 5, 12.

informazioni che depongono in senso contrario⁶¹. Infine, l'euristica della socializzazione, alla base del fenomeno chiamato "effetto gregge", si potrebbe definire come «la propensione emotiva e impulsiva degli individui ad omologarsi alla pressione sociale del proprio gruppo di riferimento»⁶². Essa favorisce la creazione in rete di "comunità" che seguono acriticamente la stessa linea di pensiero⁶³ ed è all'origine delle c.d. "cascate informative"⁶⁴ da cui deriva la viralità che una notizia può assumere nel web.

Processi di personalizzazione della rete e meccanismi di "risparmio cognitivo"⁶⁵ come quelli poc'anzi richiamati si combinano fra loro e si influenzano

⁶¹ Secondo Sunstein, in presenza di costanti flussi informativi, le cd. "cascate informative" (v. n. 64), l'utente manifesta un preorientamento che tenderà a confermare, mantenendo fede all'adesione al suo gruppo di opinione originario. Statisticamente, secondo Sunstein, il mutamento di posizione all'esito del confronto del pubblico con le cascate informative rappresenta una circostanza assai rara e difficile da verificarsi. La presenza di un elemento di *bias*, così, rappresenta un fattore immanente che si alimenta anche attraverso la diffusione delle notizie *fake*. Lo stesso Sunstein documenta un processo di tendenziale "resistenza" degli individui che aderiscono a un preciso pensiero rispetto alla dimostrazione dell'infondatezza di determinate notizie. SUNSTEIN, *#Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media*, Princeton, 2017.

⁶² GIACOMINI, *L'ideale dialogico alla prova del Web 2.0*, cit., 13. Un importante contributo alla comprensione delle dinamiche di omologazione al gruppo di appartenenza è derivato dagli esperimenti realizzati da Solom Asch, ASCH, *Social Psychology*, New York, 1952, trad. it. *Psicologia sociale*, Torino, 1963, 523 ss.; ID., *Opinions and social pressure*, in *Readings about the social animal*, 1955, 17-26.

⁶³ L'euristica della socializzazione, che fa sì che gli individui siano influenzati dalle reti sociali di appartenenza, acquista particolare rilievo nell'ambito dei cd. social network per effetto delle loro caratteristiche. Le informazioni che compaiono sulla pagina Facebook o Twitter, infatti, provengono dagli "amici/following" e, secondo diverse ricerche, le reti di amicizie presentano una notevole coerenza ideologica, l'interazione online avviene quindi per lo più fra utenti con comunanza di vedute e chi esprime opinioni diverse viene in genere marginalizzato o ignorato. GIACOMINI, *L'ideale dialogico alla prova del Web 2.0*, cit., 13.

⁶⁴ «Le cascate informative si verificano quando un gruppo di persone accetta un'opinione senza avere prove della sua veridicità per il semplice fatto che è accettata dal gruppo di appartenenza. In particolare, si innesca quando alcuni individui, che non hanno riflettuto approfonditamente sulla questione, riprendono l'opinione del gruppo che l'ha adottata sia per "pigritia cognitiva" sia per timore di perdere la stima di membri del gruppo». *Op. cit.*, 11. Cfr. AA.VV., *Information cascades in social media in response to a crisis: a preliminary model and a case study*, in *WWW '12 Companion: Proceedings of the 21st International Conference on World Wide Web*, aprile 2012, 653 ss.

⁶⁵ Il sistema intuitivo, ovviamente, non è infallibile. Al contrario, spesso produce errori sistematici, che denotano carenze di logica e di consapevolezza statistica. Se, da una parte, non è possibile rinunciare alle «scorciatoie cognitive», né sottoporre al vaglio razionale ogni singola intuizione, perché, diversamente, il pensiero diventerebbe insopportabilmente lento, è anche vero che il soggetto, edotto sul rischio di errori cognitivi, potrà prestare maggiore attenzione, ragionare più attentamente, in quelle situazioni delicate in cui questi errori potrebbero avere conseguenze particolarmente spiacevoli. KAHNEMAN,

reciprocamente. Si assiste così a «un circolo vizioso fra dinamiche sociali, tecnologiche e psicologiche», in cui «il fatto di trovarsi in queste bolle [le *filter bubbles* di cui si diceva] non fa altro che dare maggiore forza alle scorciatoie mentali degli individui»⁶⁶; circolo vizioso che mina l'autenticità del pluralismo e, quindi, del dibattito democratico agevolando così la diffusione della disinformazione.

Tornando alla verità dell'informazione quale presupposto della corretta formazione dell'opinione pubblica, se è vero che costituisce un requisito fondamentale del funzionamento di un sistema democratico e che internet e i social media non contengono in sé gli antidoti per garantirla, è anche vero che si tratta di un interesse, da una parte, superindividuale ed evanescente, dall'altra, che viene minacciato da un complesso di fattori radicati nell'odierna era digitale e social-mediatica, e che, quindi, non pare poter essere efficacemente presidiato con lo strumento della sanzione penale, che finirebbe per rivelarsi sproporzionata, oltre che di applicazione incerta e casuale e dunque inefficace. Come è stato sottolineato, la tutela di «beni appartenenti alla collettività indifferenziata» concorre a quel «processo di spersonalizzazione» del diritto penale che finisce per «allontanarlo dalle sue tradizioni e rischia di far perdere concretezza e precisione agli oggetti di tutela»⁶⁷.

Inoltre, dal momento che le scienze empiriche, in questo caso anzitutto gli studi massmediologici e sociologici sui meccanismi informativi e manipolativi che caratterizzano la rete, attestano che l'effetto dannoso che si intende contrastare, ossia la distorsione dell'opinione pubblica, è prodotto da una molteplicità indistinta di cause, il ricorso al diritto penale rischia di rivelarsi ineffettivo, vale a dire privo di serie chances di raggiungere lo scopo di tutela⁶⁸.

Detto scopo pare poter essere più efficacemente perseguito, in ossequio al principio di *extrema ratio* e alla luce di un serio studio dei fatti da disciplinare, su cui una politica criminale oculata deve fondarsi, attraverso l'impiego di strumenti extrapenalici volti anzitutto a ripristinare le condizioni di un autentico pluralismo in rete. Si è acutamente osservato che oggi il problema del plurali-

Pensieri lenti e veloci, cit., p 31.

⁶⁶ GIACOMINI, *L'ideale dialogico alla prova del Web 2.0*, cit., 11, continua l'Autore: «queste dinamiche che si manifestano su diversi livelli, infatti, rischiano di convergere fra loro, rafforzando la propensione dei cittadini a sottrarsi al confronto inclusivo e riflessivo con opinioni diverse - che è invece la cifra dell'ideale di sfera pubblica intesa in senso habermasiano».

⁶⁷ DEMURO, *Ultima ratio*, cit., 1676. Per alcuni esempi di «beni giuridici problematici» si veda FIANDACA, *Sul bene giuridico: un consuntivo critico*, Torino, 2014, 71 ss.

⁶⁸ DEMURO, *Ultima ratio*, cit., 1669.

smo «non è più tanto quello di dare spazio a tutti, quanto fare in modo che ciascuno venga concretamente a contatto con una pluralità di notizie e punti di vista diversi. Il problema, insomma, non è tanto la presenza della disinformazione (che c'è sempre stata, e spesso è stata anche veicolata dai mass media tradizionali), quanto il fatto che la disinformazione si diffonde in un mondo frammentato e polarizzato, in cui non trova contraddittorio, sicché si moltiplicano i rischi di manipolazione dell'utente: si tratta, quindi, di chiedersi attraverso quali strumenti si possa incrementare il contraddittorio in rete»⁶⁹.

In attesa dell'improbabile scoperta dell'"algoritmo perfetto", capace di trovare l'equilibrio ideale fra personalizzazione della rete e pluralismo, occorrerebbe innalzare il livello di "preparazione" dell'utente, che, solo se edotto delle caratteristiche del web e dotato di adeguati strumenti culturali, potrà ricercare il pluralismo, lasciandosi incuriosire da ciò che è nuovo e diverso, anziché appiattirsi acriticamente sulle prime informazioni/notizie che la rete e i social gli propongono e in cui, anche per effetto di scorciatoie cognitive come quelle cui si è fatto cenno, è portato a credere⁷⁰.

Per concludere sul punto, è bene sottolineare come vi sia chi propone di distinguere fra informazione professionale e non professionale⁷¹, perché, tornando al binomio inganno-fiducia, si potrebbe tutelare l'affidamento del cittadino nella correttezza e affidabilità della sola informazione professionale⁷². Tuttavia, da un lato, all'esercizio in forma professionale dell'attività di informazione si ricollegano già diversi obblighi e responsabilità e relative sanzioni, almeno sul piano deontologico e reputazionale. Dall'altro, si tratta di una distinzione non sempre semplice da tracciare in rete: ci si potrebbe chiedere, infatti, se la distinzione debba fondarsi su un'eventuale abilitazione professionale dell'autore della notizia, sul formato del sito, sull'"autorevolezza" della fonte derivante da altri fattori, sul riconoscimento reciproco dei colleghi e su quello del pubblico, ecc. Fra la versione on line di un quotidiano e la pagina facebook o il blog amatoriale di un privato cittadino, infatti, si estende una

⁶⁹ CUNIBERTI, *Il contrasto alla disinformazione in rete*, cit., 39.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Sull'assimilazione della stampa online alla stampa cartacea si rimanda a Cass. pen., Sez. Un., 17 luglio 2015, n. 31022, in *Cass. pen.*, 2015, 3437 ss.

⁷² È infatti ragionevole attendersi solo da coloro che operano professionalmente quelle competenze tecniche e quella sensibilità deontologica necessarie per verificare, da una parte, l'attendibilità delle fonti, dall'altra, l'interesse sociale della notizia e gli eventuali argomenti contrari alla sua diffusione, «per assumere riguardo alla pubblicazione una decisione informata e consapevole e quindi per assumersi anche le relative responsabilità». CUNIBERTI, *Il contrasto alla disinformazione in rete*, cit., 37.

vasta “zona grigia”⁷³. Per tali ragioni, anche la criminalizzazione della disinformazione che promana da fonti “professionali” pare destinata a incontrare limiti e ostacoli difficilmente superabili.

3.3 La disinformazione in ambito sanitario fra anticipazione della tutela e accertamento della causalità psichica. Accanto alla disinformazione distorsiva dell’opinione pubblica che riguarda temi di attualità salienti (ad es. l’immigrazione) hanno suscitato preoccupazione forme di disinformazione che possono portare gli utenti ad adottare comportamenti pericolosi per la propria salute o per la salute pubblica: si pensi al suggerimento di cure omeopatiche se non addirittura di “rimedi magici” per le patologie tumorali o ai presunti complotti sottesi al mondo dei vaccini che, diffusi in rete, avrebbero convinto molte persone a seguire una determinata cura o a non vaccinarsi. Finora il problema è stato gestito con interventi “a valle”, ad esempio sanzionando chi non si vaccina⁷⁴. È necessario e opportuno introdurre una norma incriminatrice che tuteli in via diretta e immediata la salute quale diritto del singolo e interesse della collettività (e indirettamente la verità), punendo chi diffonde disinformazione in materia di cure e vaccini?

Anche qui il discorso è complesso.

In primo luogo, si tratterebbe di un intervento necessariamente settoriale e che finirebbe quindi, inevitabilmente, per lasciare impunte altre forme di disinformazione che potrebbero portare a comportamenti altrettanto autolesivi o pericolosi per l’autore o per la collettività, con conseguente rischio di violazione dell’art. 3 Cost.

In secondo luogo, se si decidesse di introdurre un reato di condotta, che sanzioni - per ipotesi - la diffusione di informazioni false in relazione a vaccini e cure mediche, si tratterebbe di un reato di pericolo che tutelerebbe in via an-

⁷³ *Op. cit.*, 37-38.

⁷⁴ D.l. 7 giugno 2017, n. 73, recante “Disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale”, convertito con modificazioni dalla L. 31 luglio 2017, n. 119. All’art. 1, co. 4, di tale legge viene statuito che «in caso di mancata effettuazione delle vaccinazioni di cui ai commi 1 e 1-bis, ai genitori esercenti la responsabilità genitoriale, ai tutori o ai soggetti affidatari ai sensi della legge 4 maggio 1983, n. 184, è comminata la sanzione amministrativa pecuniaria da euro cento a euro cinquecento. Non incorrono nella sanzione di cui al secondo periodo del presente comma i genitori esercenti la responsabilità genitoriale, i tutori e i soggetti affidatari che, a seguito di contestazione da parte dell’azienda sanitaria locale territorialmente competente, provvedano, nel termine indicato nell’atto di contestazione, a far somministrare al minore il vaccino ovvero la prima dose del ciclo vaccinale, a condizione che il completamento del ciclo previsto per ciascuna vaccinazione obbligatoria avvenga nel rispetto delle tempistiche stabilite dalla schedula vaccinale in relazione all’età».

tipicata la salute individuale e pubblica. Potrebbe essere un reato di pericolo astratto, categoria sempre a rischio di comportare un'eccessiva anticipazione della tutela⁷⁵, o un reato di pericolo concreto, che chiamerebbe il giudice al non facile compito di accertare *case by case* l'idoneità della notizia a trarre in inganno il destinatario e il potenziale rischio per la salute insito in essa. Forse per formulare una simile norma si potrebbe distinguere fra informazione professionale/esperta/tecnica e informazione proveniente dal *quisque de populo*, perché (anche) dall'autorevolezza della fonte dipende la portata decettiva ella condotta, ma, come si è detto, non sempre la distinzione è netta nella prassi e, spesso, in rete la verifica delle fonti non è agevole.

Altrimenti si potrebbe introdurre un reato di evento, sempre di pericolo⁷⁶, intendendo come evento l'assunzione della cura consigliata o l'omesso vaccino⁷⁷, quali segni esteriori, conferme dell'idoneità ingannatoria penalmente rilevante della condotta. In questo caso, però, occorrerebbe accertare anche il rapporto di derivazione causale fra informazione/notizia falsa o fuorviante e decisione di seguire una certa cura o di non vaccinarsi, con tutte le difficoltà

⁷⁵ Sul punto si veda, *inter alios*, D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Milano, 2012, 143 ss.; STELLA, *Giustizia e modernità*, Milano, 2001, 578 ss. Negli ultimi decenni il moltiplicarsi delle situazioni di rischio ha fatto sì che sempre più spesso venga attribuita rilevanza penale a condotte che non realizzano eventi lesivi ma comportano un rischio di lesione (in forza del cd. principio di precauzione), DEMURO, *Ultima ratio*, cit., 1683; HASSEMER, *Warum Strafe Sein Mus. Ein Plädoyer*, Berlin, 2009, trad. it. *Perché punire è necessario*, Bologna, 2012, 154. Per sfuggire a logiche presuntive, occorre un forte ancoramento alle scienze empiriche, che devono guidare la scelta sull'*an* e sul *quomodo* della penalizzazione, infatti l'«esigenza di fondare empiricamente il se e il come della protezione di beni giuridici dovrà informare tanto più intensamente le scelte di penalizzazione laddove esse realizzino “un'anticipazione di tutela”, ad esempio nella forma di una previsione di reati di pericolo astratto o presunto». FORTI, *L'immane concretezza*, cit., 147.

⁷⁶ Circa la configurabilità di reati che siano al tempo stesso di evento e di pericolo, Mantovani distingue fra reati di condotta pericolosa, nei quali il pericolo qualifica la condotta o il presupposto o l'oggetto materiale di essa, e reati di evento di pericolo o di evento pericoloso, nei quali il pericolo costituisce l'evento stesso o un attributo di esso. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, X ed., Vicenza, 2017, 203. In tale seconda categoria di reati, la realizzazione dell'evento, presupposto per la consumazione del reato, non produce la lesione bensì la messa in pericolo del bene tutelato. Nel caso in esame, infatti, l'astensione vaccinale, quale evento causalmente riconducibile alla condotta di produzione/diffusione di disinformazione in ambito sanitario, costituirebbe fonte di pericolo, aggraverebbe o almeno dimostrerebbe il pericolo per il bene giuridico tutelato, ossia la salute pubblica.

⁷⁷ In alternativa, l'astensione vaccinale o la scelta della cura consigliata potrebbero essere qualificate come condizioni obiettive di punibilità intrinseche, causalmente ricollegate alla condotta tipica e tali da concorrere all'offesa del bene giuridico tutelato, ossia la salute pubblica. Sulla distinzione fra condizioni intrinseche ed estrinseche FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 823 ss.

che la prova della cd. causalità psichica⁷⁸ comporta.

L'accertamento dell'influenza psichica che una condotta *lato sensu* comunicativa ha prodotto sul destinatario, portandolo a tenere una condotta attiva od omissiva, presenta infatti notevoli criticità. Anzitutto il "condizionamento" non è un evento naturalistico, esteriormente percepibile, ma psichico per l'appunto, quindi interiore e come tale insondabile. Si traduce spesso, è vero, in una o più condotte, ma si tratta pur sempre di condotte adottate da un soggetto capace di autodeterminarsi e in cui, pertanto, è complicato soppesare le componenti volutaristiche, spontanee, con il *quid* di influsso subito⁷⁹.

A ciò si aggiunge che l'accertamento della causalità psichica nei casi di disinformazione online su cure e vaccini è reso ancora più complesso da quei meccanismi di *filter bubble* ed *echo chamber* di cui si è detto, che sfruttano le scorciatoie cognitive che spesso influenzano i nostri meccanismi decisionali. Si pensi al caso di Tizio, che sospetta che i vaccini siano dannosi e vengano

⁷⁸ «La causalità psichica rappresenta una categoria giuridica - non univocamente ammessa - idonea a fornire una spiegazione causale delle relazioni sussistenti tra un influsso di carattere psicologico e la condotta materiale tenuta dal destinatario dello stesso». CORNACCHIA, *Il problema della cd. causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali*, in AA.VV., *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, Bologna, 2001, 199. Le ragioni dell'incerta ammissibilità della categoria della causalità psichica risiedono nel fatto che, secondo l'interpretazione giuridico-epistemologica maggioritaria, il termine "causalità" indicherebbe una regolarità tra un antecedente e un accadimento, regolarità che non ricorrerebbe nelle relazioni interpersonali e nei meccanismi di influenza psichica che li interessano. Sulla scorta di tali osservazioni, alcuni autori concludono per l'inadeguatezza della terminologia causalistica e per l'assenza di un paradigma nomologico sotto cui sussumere i casi di "condizionalità psichica". *Op. cit.*, 200.

⁷⁹ RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007, 3 ss. Cfr. GALLUCCIO, *Comunicazione (scientifica) e responsabilità penale: riflessioni sulla causalità psichica a margine della sentenza "Grandi Rischi"*, in *Riflessioni sul processo alla "Commissione Grandi Rischi"*, a cura di Amato, Cerase, Galadini, Milano, 2015, 293 ss. A fronte delle difficoltà probatorie che ricorrono in materia di interazioni psichiche, si tratta di trovare un equilibrio fra l'esigenza di prevenire e reprimere comportamenti potenzialmente lesivi di beni giuridici meritevoli di tutela e i principi fondamentali del diritto penale posti a tutela del cittadino, come il principio di determinatezza, che impone di punire solo fenomeni suscettibili di sicuro accertamento processuale. Alcuni autori ritengono che il giudizio possa fondarsi su prove di natura indiziaria, ossia «indici esteriori da cui desumere, mediante un accertamento fondato su regolarità di tipo socio-empirico, che, con ragionevole certezza, vi sia una relazione penalmente rilevante tra la condotta di un soggetto, valutata sul piano comunicativo, e il processo motivazionale di un altro soggetto» (CASTRONUOVO, *Fatti psichici e concorso di persone. Il problema dell'interazione psichica*, in *La prova dei fatti psichici*, a cura di De Francesco, Piemontese, Venafro, Torino, 2010, 190) e su massime di esperienza, che vengono del resto spesso impiegate nel giudizio di accertamento del dolo (ASTORINA, *L'accertamento del dolo. Determinatezza, normatività e individualizzazione*, Torino, 2018, 155 ss.).

imposti per legge solo per assecondare gli interessi economici delle grandi aziende farmaceutiche. Le procedure di profilazione operanti in rete fanno sì che incorra in numerose notizie “no vax” che confermano il suo pregiudizio. Tizio, per effetto della cosiddetta euristica della conferma, che ci rende inclini e credere a coloro che confermano i nostri pregiudizi, si convince e non si vaccina. In questo caso è difficile affermare che la singola notizia “no vax” abbia avuto un’efficacia decettiva tale da aver “causato” la decisione e quindi l’astensione vaccinale di Tizio.

Altro aspetto difficile da accertare processualmente è l’elemento soggettivo. Anzitutto, si tratterebbe di decidere se punire solo le condotte dolose o, almeno se provengono da esperti, anche le condotte colpose. Se si decidesse di punire solo la disinformazione dolosa, come si proverebbe il dolo? Come si proverebbe che l’autore e, soprattutto, chi non ha prodotto ma ha solo condiviso la notizia sapeva che fosse falsa e l’ha diffusa con l’intenzione o con la certezza (dolo intenzionale o diretto) o l’avrebbe diffusa anche se avesse avuto la certezza (dolo eventuale) che taluno avrebbe seguito il suo consiglio?

Anche limitare la punibilità delle varie forme di disinformazione che oggi generano più scalpore richiedendo il dolo specifico di profitto non pare una soluzione ideale per affrontare il problema, perché lascerebbe scoperta tutta la disinformazione che viene diffusa per scherzo, per noia, per superficialità o addirittura per convinzione ideologica (circostanza, quest’ultima, che potrebbe escludere il dolo rilevando come errore sulla falsità della notizia quale elemento di fattispecie)⁸⁰.

Le questioni sinteticamente richiamate sembrano deporre nel senso che anche l’incriminazione della disinformazione in ambito sanitario sia una strada difficilmente percorribile nel rispetto dei principi fondamentali del diritto penale.

3.4 Principio di precisione e d.d.l. Gambaro. Se in materia di disinformazione è difficile individuare il bene giuridico da tutelare e isolarne le modalità di offesa, così come formulare incriminazioni che descrivano fatti suscettibili di accertamento processuale, e che, quindi, non si pongano in contrasto con il principio di determinatezza intesa come verificabilità empirica del fenomeno descritto dalla norma⁸¹, altrettanto difficile è elaborare in tale settore fattispe-

⁸⁰ Cfr. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 391 ss.

⁸¹ Corte cost., 8 giugno 1981, n. 96, cit., 230. La storica sentenza in tema di plagio andò dichiaratamente oltre il piano della precisione e intellegibilità concettuale degli elementi descrittivi, delineando quello che la Corte stessa definì uno sviluppo «logicamente implicito nel principio di legalità», che presuppone

cie in linea con il principio di precisione, come dimostrano le critiche che hanno investito il d.d.l. Gambaro⁸².

Il primo nodo da sciogliere è costituito dalla definizione di notizia falsa. Alcuni studiosi distinguono fra fattoidi, cioè notizie su eventi mai accaduti, falsificazioni, ossia alterazioni delle dimensioni quantitative o delle caratteristiche qualitative di un fenomeno, e omissioni, consistenti nella pretermissione volontaria di informazioni rilevanti per la comprensione di un fatto, di un problema o di un fenomeno, ma la casistica è ancora più ampia e variegata se si pensa agli account automatizzati, alle reti di follower fasulli, ai video fabbricati o manipolati, ecc.⁸³.

Nell'art. 656-bis c.p. di cui al d.d.l. alle "notizie false" vengono affiancate quelle "esagerate e tendenziose" (all'art. 265-bis si aggiungono anche "le voci"), espressioni dai confini vaghi, per la cui precisazione si potrebbe eventualmente far riferimento alla giurisprudenza sviluppatasi in relazione alla contravvenzione di cui all'art. 656 c.p. ("Pubblicazione o diffusione di notizie false, esagerate o tendenziose, atte a turbare l'ordine pubblico"), ma le pronunce in materia sono scarse e piuttosto risalenti⁸⁴. Inoltre, non è chiaro se l'endiadi

che la corrispondenza fra fatto concreto e fattispecie astratta possa essere oggetto di verifica secondo criteri controllabili. Rimane, tuttavia, da indagare se suddetta verificabilità debba intendersi come verificabilità epistemologica (possibilità di accertamento probatorio) o anche ontologica (possibilità di esistenza). La Corte pare aver voluto riferirsi a entrambi i profili. D'altronde, sarebbe apodittico che una norma possa considerarsi legittima pur descrivendo situazioni o comportamenti irreali, fantastici o comunque non avverabili. PULITANÒ, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1006 ss. Anche autorevole dottrina ha usato il termine "determinatezza" per individuare quello specifico profilo del principio di legalità che consiste nella necessaria verificabilità empirica dei fatti descritti nella fattispecie incriminatrice. PALAZZO, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in AA.VV., *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, 57 ss.; FORTI, *L'innanzi concretezza*, cit., 159 ss.; MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dottrinarie e politico-criminali*, Milano, 1985, 196; LARIZZA, *Criminalità minorile e ruolo residuale del diritto penale*, Pavia, 1992, 29.

⁸² FUMO, *Bufale elettroniche, repressione penale e democrazia*, cit., 89. Il testo delle norme proposte con il d.d.l. Gambaro è riportato nelle note n. 36, 37, 38.

⁸³ GILLI, *Post-verità e fake news*, cit., 3-4.

⁸⁴ La giurisprudenza di legittimità, ad esempio, ha affermato, con riferimento all'art. 656 c.p., che, a differenza della "voce", caratterizzata da vaghezza e incontrollabilità, la "notizia falsa e tendenziosa", rilevante ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 656 c.p., non è del tutto svincolata da oggettivi punti di riferimento che consentono l'identificazione degli elementi essenziali di un fatto e ne rendono possibile il controllo. Cass. pen., sez. VI, 11 gennaio 1977, in *Cass. pen.*, 1979, 74 ss. In particolare, la giurisprudenza di merito ha definito la locuzione "notizie false e tendenziose" soprattutto "in negativo", ossia escludendo alcuni casi dall'ambito applicativo della norma. Ad esempio, si è precisato che «da

“produzione e diffusione” comprenda la sola creazione della notizia o anche la mera condivisione. Nel secondo caso, l’agente dovrebbe rispondere ex art. 656-bis c.p. anche qualora avesse condiviso la notizia ignaro della sua falsità, dal momento che le contravvenzioni sono punite indifferentemente a titolo di dolo e di colpa? Ancora, la stessa norma fa riferimento a «piattaforme informatiche destinate alla pubblicazione o diffusione di informazione presso il pubblico». È lecito domandarsi se in tale locuzione siano compresi i social media non avendo gli stessi vocazione “informativa”⁸⁵.

Passando alla figura delittuosa della “Diffusione o comunicazione di voci o notizie false, esagerate o tendenziose, che possono destare pubblico allarme, allo svolgimento di un’attività tale da recare nocimento agli interessi pubblici o da fuorviare settori dell’opinione pubblica, anche attraverso campagne con l’utilizzo di piattaforme informatiche destinate alla diffusione online” (art. 265-bis c.p.) e all’idea di punire chi «si renda responsabile [promotore? sostenitore?] di campagne d’odio o di campagne volte a minare il processo democratico, anche a fini politici» (art. 265-ter c.p.), si è osservato anzitutto come taluni dei comportamenti incriminati (come la pubblicazione di notizie false, esagerate o tendenziose, tali da turbare l’ordine pubblico e lo svolgimento di campagne d’odio) siano già sanzionati da altre norme. In secondo luogo, suscita non poche perplessità il richiamo di categorie obsolete come quella di “disfattismo politico”. Inoltre, «ciò che appare inaccettabile in simili disposizioni è l’assoluta vaghezza e indeterminatezza di espressioni come “recare nocimento agli interessi pubblici” o “minare il processo democratico, anche a fini politici”»⁸⁶.

Si tratta, a ben vedere, di norme talmente vaghe da essere inapplicabili, se non richiedendo una notevole attività normo-poietica da parte della giuri-

divulgazione di notizie concernenti avvenimenti realmente verificatisi, ancorché, le interpretazioni al riguardo assumano, in riferimento alla previsione di sviluppi futuri espressi in ordine ad essi da colui che le riferisce, una forma tendenziosa, esclude, di per sé, l’integrazione della fattispecie criminosa di cui all’art. 656 c.p.» (Trib. Melfi, 15 gennaio 1980, in *Dejure*). Ancora, tale fattispecie «resta esclusa ove risulti che [il giornalista] abbia raccolto da fonte da lui identificata e attendibile la notizia di per sé plausibile, e l’abbia per altro pubblicata in forma dubitativa dell’effettiva veridicità, laddove la non veridicità non avrebbe potuto essere accertabile, se non, come nel caso, a seguito di specifiche indagini di polizia» (Uff. Ind. Prel. Milano, 16 maggio 2011, in *Dejure*).

⁸⁵ La precisazione “destinate all’informazione del pubblico” è di difficile comprensione, in quanto se “informazione” fosse da intendersi in senso professionale, sarebbero esclusi i social media, che costituiscono il terreno di elezione della disinformazione. DE SIMONE, *Fake news’, ‘post truth’, ‘hate speech’*, cit., 4.

⁸⁶ CUNIBERTI, *Il contrasto alla disinformazione in rete*, cit., 31.

sprudenza⁸⁷.

3.5 Altre proposte di legge. Vale la pena di fare un rapido cenno alle altre proposte depositate in Parlamento.

Il disegno di legge Zanda-Filippin⁸⁸, ispirato alla disciplina introdotta in Germania, non propone nuove fattispecie di reato, ma sanzioni amministrative pecuniarie per i fornitori di servizi di social network elettronici⁸⁹ che abbiano più di un milione di utenti registrati⁹⁰ nel territorio nazionale i quali non abbiano adottato e implementato una procedura efficace e trasparente di gestione dei reclami aventi per oggetto contenuti che integrino determinate ipotesi criminose⁹¹.

⁸⁷ Il principio di precisione tende proprio a evitare che il giudice assuma un ruolo creativo, ponendosi al contempo quale espressione della separazione dei poteri e quale garanzia della libertà del cittadino che solo «in leggi precise e chiare» potrà «trovare in ogni momento cosa gli è lecito e cosa gli è vietato». Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364. Cfr. MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2018, VII ed., 69 ss.

⁸⁸ D.d.l. n. 3001 del 14 dicembre 2017, recante “Norme generali in materia di Social Network e per il contrasto della diffusione su internet di contenuti illeciti e delle *fake news*”.

⁸⁹ All’art. 1 si precisa che «è considerato social network ogni piattaforma internet che, a fini di lucro, consente agli utenti di condividere e scambiare qualsiasi tipo di contenuto con altri utenti o di renderlo accessibile al pubblico». Mentre non sono considerate social network né «le piattaforme che offrono contenuti giornalistico-redazionali» né «le piattaforme elettroniche che forniscono e gestiscono servizi di comunicazione individuale». Art. 1, co. 1, del d.d.l. n. 3001 del 14 dicembre 2017.

⁹⁰ Con riferimento alla scelta di delimitare l’ambito applicativo delle disposizioni proposte ai social network con meno di un milione di utenti si è osservato che, da una parte, il conteggio degli utenti potrebbe rivelarsi problematico, se si considera che spesso un utente può avere più profili, che ci sono profili comuni a più persone e che le pagine facebook possono essere amministrare da uno o più utenti, dall’altra, che la portata lesiva dei contenuti illeciti non pare trascurabile anche qualora la platea sia meno vasta. MONTI, *La proposta del d.d.l. Zanda-Filippin sul contrasto alle fake news sui social network: profili problematici*, in *Diritti comparati. Comparare i diritti fondamentali in Europa* (www.diritticomparati.it), 17 dicembre 2017.

⁹¹ Ai commi 2 e 3 dell’art. 1 del d.d.l. vengono individuati una serie di delitti, rispettivamente “contro la persona” (diffamazione ex art. 595 c.p.; pornografia minorile ex art. 600-ter c.p.; detenzione di materiale pornografico ex art. 600-quater c.p.; pornografia virtuale ex art. 600-quater.1 c.p.; iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile ex art. 600-quinquies c.p.; minaccia ex art. 612 c.p.; stalking ex art. 612-bis c.p.; trattamento illecito di dati personali ex art. 167 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196) e “contro la Repubblica” (soppressione, falsificazione o sottrazione di atti o documenti concernenti la sicurezza dello Stato ex art. 255 c.p.; associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell’ordine democratico ex art. 270-bis c.p.; assistenza agli associati legati al terrorismo ex art. 270-ter c.p.; arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale ex art. 270-quater c.p.; organizzazione di trasferimenti per finalità di terrorismo ex art. 270-quater.1 c.p.; addestramento ad attività

Da una parte, il d.d.l. pur riferendosi nel titolo al “contrasto delle *fake news*”, in realtà riguarda altro, ossia i contenuti penalmente illeciti, dall’altra parte, la disciplina proposta finirebbe per legalizzare forme di censura privata: considerato che nell’articolato non si richiede che per quei contenuti sia in corso un procedimento penale o sia intervenuta una sentenza, pare essere affidata a soggetti non qualificati e comunque estranei alla magistratura la verifica della penale rilevanza dei contenuti segnalati⁹².

Sul punto, vi è chi mette in evidenza come tale rischio sussista già, in quanto molti “colossi del web” hanno via via introdotto spontaneamente forme di monitoraggio. Da anni, sulle principali piattaforme digitali (fra cui Facebook e Instagram) è infatti possibile segnalare contenuti pornografici, violenti, intimidatori, di incitamento all’odio. Si tratta di iniziative motivate anche, se non essenzialmente, da ragioni di mercato: «attivando e pubblicizzando simili strumenti, tali soggetti da un lato, difendono e consolidano il loro capitale reputazionale⁹³, dall’altro, rafforzano la loro posizione dominante, dal momento che - è lecito supporre - ben pochi aspiranti concorrenti sarebbero in grado di offrire simili prestazioni aggiuntive»⁹⁴.

In relazione ai “contenuti falsi”, per evitare censure private⁹⁵, pare preferibile

con finalità di terrorismo anche internazionale ex art. 270-quinquies c.p.; finanziamento di condotte con finalità di terrorismo ex art. 270 quinquies.1 c.p.; condotte con finalità di terrorismo ex art. 270-sexies c.p.; istigazione a commettere alcuno dei delitti previsti dai capi primo e secondo ex art. 302 c.p.; offesa a una confessione religiosa mediante vilipendio di persone ex art. 403 c.p.; istigazione a delinquere ex art. 414 c.p.; istigazione a pratiche di pedofilia e di pedopornografia ex art. 414-bis c.p.; associazione per delinquere ex art. 416 c.p.; associazione di tipo mafioso ex art. 416-bis c.p.; pubblica intimidazione ex art. 421 c.p.; (falso in) documenti informatici ex art. 491-bis c.p.; falsificazione alterazione o soppressione del contenuto di comunicazioni o conversazioni telegrafiche o telefoniche ex art. 617-ter c.p.; falsificazione, alterazione o soppressione del contenuto di comunicazioni informatiche o telematiche ex art. 617-sexies c.p.; frode informatica ex art. 640-ter c.p.; apologia di fascismo ex art. 4 della L. 20 giugno 1952, n. 645; propaganda all’odio e istigazione alla violenza razziale ex art. 3 della L. 13 ottobre 1975 n. 654).

⁹² Si veda DE SIMONE, *‘Fake news’, ‘post truth’, ‘hate speech’*, cit., 17 ss.

⁹³ Come ha evidenziato Giovanni De Gregorio nella propria relazione alla conferenza di ICON•S Italia “*Le nuove tecnologie e il futuro del diritto pubblico*”, Firenze, 22-23 novembre 2019, le grandi piattaforme sono interessate a moderare i contenuti per mantenere un “*peaceful environment*” e conservare così la fiducia degli utenti. Ciò non toglie che simili interventi inibitori da parte dei gestori delle piattaforme, se, da una parte, comportano il rischio di eliminazione di contenuti inoffensivi, dall’altra, si rivelano spesso la modalità più agevole e rapida per bloccare o limitare la diffusione di quei contenuti che sono effettivamente offensivi.

⁹⁴ CUNIBERTI, *Il contrasto alla disinformazione in rete*, cit., 34.

⁹⁵ Il meccanismo di segnalazione da parte di un utente cui può seguire la rimozione di un post, che da

incentivare forme di controllo “morbido”⁹⁶, che puntino non tanto a rimuovere i contenuti considerati inattendibili, quanto piuttosto a segnalare all’autore che ciò che ha pubblicato/condiviso è controverso, è oggetto di discussione, o che l’attendibilità di determinate informazioni è oggetto di contestazione, auspicando che provveda al controllo della fonte e, eventualmente, alla rimozione.

La proposta De Girolamo e altri, infine, prevede l’introduzione di un reato contravvenzionale *extra codicem* a carattere sussidiario, contenente un divieto assoluto di far ricorso all’anonimato in rete⁹⁷.

anni opera per i contenuti violenti e pornografici, da qualche tempo è stato esteso anche alle notizie false. In particolare, Facebook consente di segnalare contenuti riconducibili a una delle seguenti categorie: nudo, violenza, intimidazioni, suicidio o autolesionismo, notizia falsa, spam, vendite non autorizzate, incitamento dell’odio, terrorismo, informazioni sul voto non corrette.

⁹⁶ CUNIBERTI, *Il contrasto alla disinformazione in rete*, cit., 35.

⁹⁷ «Art. 1. (*Misure per contrastare l’anonimato on line*). 1. È vietato immettere in maniera anonima nella rete internet contenuti in qualsiasi forma, testuale, sonora, audiovisiva o informatica, comprese le banche dati. La violazione del divieto di cui al presente comma è punita, se il fatto non costituisce più grave reato, con un’ammenda pari a euro 25.000. 2. Al fine di contrastare l’anonimato, entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, le piattaforme informatiche destinate alla pubblicazione o alla diffusione di informazioni presso il pubblico devono registrare gli utenti tramite il nome dell’utente, la parola d’accesso, l’indirizzo di posta elettronica e il codice fiscale. Terminata la procedura di registrazione, il sistema deve inviare un messaggio elettronico di conferma dell’iscrizione all’indirizzo di posta elettronica inserito, attraverso il quale il destinatario, ove diverso dall’utente registrato, può effettuare l’apposita segnalazione. Il gestore della piattaforma informatica che viola l’obbligo previsto dal presente comma è punito con un’ammenda pari a euro 5 milioni.

Art. 2. (*Diritto all’oblio*). 1. I soggetti dei quali sono state pubblicate immagini o ai quali sono stati attribuiti atti, pensieri o affermazioni da essi ritenuti lesivi della loro dignità o contrari a verità possono chiedere che siano cancellati, dai siti della rete internet e dai motori di ricerca, i contenuti diffamatori o i dati personali trattati in violazione di disposizioni di legge e le notizie sulla loro persona che non rivestono rilevanza attuale o motivo di pubblico interesse. 2. L’interessato, in caso di rifiuto o di omessa cancellazione dei dati, ai sensi dell’articolo 14 del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, può chiedere all’autorità giudiziaria o a quella amministrativa avente funzioni di vigilanza di ordinare la rimozione delle immagini o dei dati dai siti della rete internet e dai motori di ricerca, ovvero di inibirne l’ulteriore diffusione. Qualora l’autorità giudiziaria o quella amministrativa abbia ordinato la rimozione ovvero inibito l’ulteriore diffusione delle immagini o dei dati, il gestore del sito o del motore ricerca che ha rifiutato od omesso la cancellazione ovvero che non ha sospeso la diffusione delle immagini o dei dati è punito con un’ammenda pari a 1 milione di euro. 3. In caso di morte dell’interessato, le facoltà e i diritti di cui ai commi 1 e 2 possono essere esercitati dagli eredi o dal convivente. 4. A salvaguardia del diritto all’informazione, la rimozione di cui al presente articolo non può essere chiesta relativamente ai dati pubblicati da un giornalista professionista nell’esercizio della sua professione e per l’esclusivo perseguimento delle relative finalità, ovvero dai soggetti iscritti nell’elenco dei pubblicitari o nel registro dei praticanti di cui agli articoli 26 e 33 della legge 3 febbraio 1963, n. 69, salvo che il fatto costituisca reato

Molti dubbi sorgono sulla compatibilità con la Costituzione (artt. 3 e 21) della criminalizzazione dell'anonimato, che di per sé non offende beni giuridici.

Le ragioni invocate dai sostenitori della necessità di vietare o addirittura sanzionare penalmente l'anonimato riguardano principalmente le esigenze di sicurezza e di accertamento processuale delle responsabilità. Se, da una parte, gli studi di psicologia attestano che l'anonimato può produrre deresponsabilizzazione favorendo i meccanismi di disimpegno morale⁹⁸, dall'altra, la sua criminalizzazione è una misura sproporzionata e in netto contrasto con la recente attenzione per la tutela della privacy e per il diritto all'oblio. In tal senso, vi è chi ritiene che il web sia «per antonomasia il luogo deputato al dibattito sociale e politico e che l'anonimato in internet abbia un valore paradigmatico o emblematico della libertà di pensiero»⁹⁹.

Effettivamente vi sono paesi in cui le piattaforme digitali potrebbero costituire un valido canale di libera espressione attraverso il quale condurre battaglie per i diritti potendo beneficiare della protezione offerta dall'anonimato. Inoltre, si è osservato che, anche al di fuori dei sistemi «a scarso tasso di democraticità», «l'anonimato sembrerebbe offrire benefici non irrilevanti anche dal punto di vista dell'autonomia dei gruppi, consentendo alle minoranze (di genere, di ceto, di etnia, di orientamento sessuale) di esprimere critiche, rivendicare pretese e organizzare forme di mobilitazione a un grado di intensità

accertato con sentenza definitiva. 5. Nel caso di ripubblicazione telematica di vecchi articoli da parte dei soggetti di cui al comma 4, l'interessato che non ritenga sussistente, al momento della ripubblicazione, l'interesse pubblico all'informazione può chiederne la rimozione ai sensi del presente articolo».

⁹⁸ Sul rapporto fra anonimato e altre caratteristiche delle nuove tecnologie digitali e meccanismi di disimpegno morale si veda BANDURA, *Moral disengagement: how people do harm and live with themselves*, New York, 2016.

⁹⁹ In tal senso, si è sottolineata la difficoltà a «comprendere come si possa passare dal porsi interrogativi circa l'opportunità di riconoscere un diritto all'anonimato a una legislazione improntata alla criminalizzazione dello stesso. Tanto più che la recente Dichiarazione dei diritti in internet, nel prevedere all'art. 10 che ogni persona può accedere alla rete e comunicare elettronicamente usando strumenti anche di natura tecnica che proteggano l'anonimato ed evitino la raccolta di dati personali, in particolare per esercitare le libertà civili e politiche senza subire discriminazioni o censure, ha esplicitato la tutela di tale diritto. Certamente si tratta di un diritto non assoluto, nella misura in cui nei commi 2 e 3 la Dichiarazione stessa pone limiti all'anonimia, scaturenti dalla necessità di tutelare sia rilevanti interessi pubblici, sia la dignità e i diritti fondamentali. Tuttavia, nel primo caso le limitazioni non solo devono rispettare i canoni della democrazia e trovare la loro fonte nella legge, ma devono anche presentare i caratteri della necessità e della proporzionalità. Diversamente, nel secondo è necessario un provvedimento motivato dell'Autorità giudiziaria». DE SIMONE, *'Fake news', 'post truth', 'hate speech'*, cit., 39-40. In dottrina vi è al contrario chi ritiene la libertà d'espressione sia tutelata dalla Costituzione a patto che venga esercitata «a volto scoperto». BASSINI, VIGEVANI, *Primi appunti su fake news e dintorni*, cit., 21.

altrimenti impossibile» con effetti positivi di «redistribuzione del potere sociale»¹⁰⁰.

Pur ritenendo inopportuni interventi di penalizzazione, vi è chi propone, quale mediazione fra le diverse istanze in gioco, di imporre alle piattaforme digitali l'obbligo di chiedere agli utenti, in fase di registrazione, di identificarsi garantendo però la scrupolosa tutela dei dati personali così forniti¹⁰¹. In altri termini, fatta salva la prerogativa dello pseudonimato, ossia di esprimersi e interagire in rete attraverso uno pseudonimo, si tratterebbe di prescrivere ai gestori delle piattaforme digitali, per lo meno negli ordinamenti democratici¹⁰², di chiedere agli utenti, quale condizione per registrarsi, di fornire le proprie generalità (già alcuni social network hanno iniziato a chiedere agli utenti con profili "sospetti" di identificarsi mediante fotografia o documento)¹⁰³. Tale misura, in caso di commissione di fatti illeciti, consentirebbe di identificare l'utente in modo più agevole e sicuro di quanto non avvenga attraverso le indagini di polizia postale su indirizzi IP e *mac address* e potrebbe avere effetti deterrenti rispetto alla produzione e diffusione di disinformazione e contenuti

¹⁰⁰ A tal proposito è interessante richiamare il concetto di ingiustizia epistemica elaborato da Miranda Fricker, secondo il quale l'identità sociale di un soggetto (identità di genere, etnia, religione, orientamento sessuale), ossia la sua appartenenza a un gruppo sociale discriminato, può determinare un deficit della sua credibilità. FRICKER, *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*, Oxford, 2007.

¹⁰¹ Il presidente dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali, Antonello Soro, interpellato sul problema della disinformazione online, ha osservato che occorrerebbe intervenire sulla «regolazione dell'uso oggi anonimo e ritorsivo dell'anonimato in rete, rendendolo realmente reversibile, ovvero suscettibile di consentire l'identificazione dell'autore di contenuti illeciti su richiesta dell'autorità giudiziaria. Si potrebbe pensare, così, a un obbligo di fornire al gestore della piattaforma social, all'atto dell'apertura di un profilo, un documento identificativo, che tuttavia sia per legge previsto come inaccessibile da parte del gestore, pena l'integrazione di un reato che si potrebbe, esso sì, anche introdurre *ad hoc*». *Audizione informale del Presidente del Garante per la protezione dei dati personali nell'ambito dell'esame delle proposte di legge C. 1056 e abb., recanti istituzione di una Commissione parlamentare di inchiesta sulla diffusione intenzionale, seriale e massiva di informazioni false (cosiddette fake news)*, su www.garanteprivacy.it.

¹⁰² In tal senso, la dimensione a-territoriale del web e di molte piattaforme digitali potrebbe costituire il principale limite a detta soluzione.

¹⁰³ RESTA, *Anonimato, responsabilità, identificazione: prospettive di diritto comparato*, in *Dir. inf.*, 2014, 2, 204-205. L'Autore osserva altresì che «l'anonimato non è sempre sinonimo di redistribuzione del potere sociale, salvaguardia del dissenso politico, sfida alle costrizioni poste dai vincoli sociali e dalle condizioni di contesto. Esso può anche costituire, per via dell'assottigliamento delle norme sociali che governano il discorso nominativo, uno strumento di diffamazione a basso costo, *harassment* sessuale, incitazione all'odio razziale e ideologico». *Op. cit.*, 184.

offensivi¹⁰⁴.

Per sviluppare alcune osservazioni conclusive sulle proposte di legge richiamate¹⁰⁵, sembrano essere l'ennesima espressione di quella mancanza di "cura delle norme" – per usare le parole di Gabrio Forti – che negli ultimi anni si è spesso tradotta in una "sanzionorrea"¹⁰⁶ fine a sé stessa, o meglio, finalizzata a sedare populisticamente le ansie sociali, senza tuttavia fornire risposte efficaci a problemi reali, poiché tali problemi non sono stati studiati e approfonditi con la doverosa attenzione. Il proliferare di sanzioni, anche penali, spesso non necessarie o inapplicabili, introdotte con previsioni mal formulate, cui spesso si assiste, infatti, sembra nascere più dal desiderio di rafforzare la legittimazione e l'autorevolezza di chi le propone che dal desiderio di rispondere nel modo migliore a effettive esigenze di tutela¹⁰⁷.

¹⁰⁴ FUMO, *Bufale elettroniche, repressione penale e democrazia*, cit., 87.

¹⁰⁵ È bene dare atto altresì di un'ultima recente proposta di legge in materia di disinformazione, la n. 2103 del 24 settembre 2019 (Boschi e altri), che propone l'"Istituzione di una Commissione parlamentare di inchiesta sulla diffusione seriale e massiva di contenuti illeciti e di informazioni false attraverso la rete internet, le reti sociali telematiche e le altre piattaforme digitali". Alla Commissione sarebbero attribuiti compiti di indagine sulle reali dimensioni e sulla fenomenologia della diffusione seriale e massiva di informazioni false attraverso le reti sociali telematiche e le altre piattaforme digitali; di accertamento di eventuali violazioni, manipolazioni o alterazioni di dati personali ovvero di circostanze fattuali riferibili a cittadini italiani, funzionali a condizionare illecitamente o illegittimamente l'esito delle consultazioni elettorali o referendarie; di accertamento dell'esistenza e dell'idoneità delle procedure interne predisposte dai fornitori di servizi delle reti sociali telematiche volte all'eliminazione di informazioni false e di contenuti illeciti dalle proprie piattaforme, nonché della presenza di idonee procedure per la gestione dei reclami presentati dagli utenti sui contenuti; di valutazione dell'opportunità di modifiche di carattere normativo e amministrativo al fine di realizzare la più adeguata prevenzione e il più efficace contrasto della diffusione di informazioni false e della commissione di reati attraverso le piattaforme sociali e la rete internet, anche prevedendo specifiche forme di repressione penale per la diffusione di contenuti illeciti attraverso la rete internet ed efficaci sanzioni pecuniarie per i fornitori di servizi delle reti sociali telematiche che non si dotino di idonee procedure per il controllo e la rimozione di tali contenuti e, infine, di promozione dell'autoregolazione dei fornitori di servizi delle reti sociali telematiche e delle altre piattaforme digitali. GAGLIARDI, *Commissione di inchiesta contro le fake news su internet, prima proposta di legge dei renziani*, in *Il Sole 24 Ore*, 11 ottobre 2019.

¹⁰⁶ FORTI, *La cura delle norme. Oltre la corruzione delle regole e dei saperi*, Milano, 2018, 125.

¹⁰⁷ Il principio di *extrema ratio* presuppone «la capacità di adottare strategie e valutazioni complessive, improntate a un approccio sistematico e, soprattutto, a una visione d'insieme: ciò che il legislatore contemporaneo ha in più occasioni dimostrato di non riuscire a sviluppare». GARGANI, *Il diritto penale quale extrema ratio tra post-modernità e utopia*, cit., 1510. Si è osservato altresì come «nella realtà politica e normativa del nostro tempo l'affermazione di un valore passa necessariamente per la criminalizzazione della sua offesa. Come l'araba fenice, il diritto penale si rigenera continuamente: da un lato si decriminalizza (o almeno si decarcerizza); dall'altro l'allarme sociale finisce per imporre sempre la stes-

4. *Conclusioni.* In conclusione, la disinformazione è un problema complesso e multifattoriale che solo in parte è intercettato dalle norme incriminatrici vigenti, ma che difficilmente potrà essere affrontato in modo efficace attraverso l'introduzione di nuovi reati che siano in linea con il principio di *extrema ratio* e con gli altri principi fondamentali del diritto penale.

Anzitutto, non potendo l'interesse alla verità, genericamente inteso, assurgere al rango di bene giuridico, occorrerebbe individuare oggetti di tutela "diretta" che varierebbero al variare del settore di riferimento (politico, sanitario, ecc.) e che finirebbero probabilmente per essere identificati in beni collettivi e dai confini incerti. Tale limite è amplificato dal fatto che, per evitare che fattispecie che realizzano un'anticipazione della tutela, come quelle che potrebbero essere formulate in materia, si fondino su mere presunzioni, si dovrebbe al contrario poter fare affidamento su un forte ancoramento alla realtà del bene giuridico da tutelare, poiché «quanto più il bene tutelato è formulato in modo nebuloso, astratto e lontano dalla realtà, tanto più difficile risulta controllare l'impiego della fattispecie»¹⁰⁸.

A ciò si aggiunge che, a fronte della molteplicità dei fattori che concorrono all'effetto disinformativo, l'impiego della sanzione penale si rivelerebbe inidoneo a contrastarlo. La criminalizzazione della disinformazione rischierebbe così di rappresentare una delle tante «promesse non mantenibili» del diritto penale concorrendo al recente *trend* che esso ha assunto, ossia quello di aumentare quantitativamente, deteriorandosi qualitativamente e perdendo credibilità. Se infatti è vero che al diritto penale va riconosciuto un importante ruolo di orientamento culturale delle condotte, è altrettanto vero che il suo impiego eccessivo «determinerebbe un'usura che lo indebolirebbe poi nei casi nei quali è davvero necessario; inoltre un uso sproporzionato (e magari confuso) ne diluirebbe di molto la stessa forza "morale"»¹⁰⁹. Inoltre, non va sottovalutato che, laddove un fenomeno trovi terreno fertile anche in un forte gap di formazione tecnica e culturale dei consociati, l'introduzione di nuove ipotesi criminose è destinata ad assumere una netta e forse, in tale campo, immotivata ed eccessiva connotazione paternalistica¹¹⁰.

sa risposta: nuove incriminazioni!». DEMURO, *Ultima ratio*, cit., 1673-1674.

¹⁰⁸ DEMURO, *Ultima ratio*, cit., 1678.

¹⁰⁹ *Op. cit.*, 1658.

¹¹⁰ PITRUZZELLA, *Quel filtro necessario per le notizie false sul web*, in *Corriere della sera*, 2 gennaio 2017; cfr. anche POLITI, *Italy antitrust chief urges EU to help beat fake news*, in *Financial Times*, 30 dicembre 2016; PITRUZZELLA, POLLICINO, QUINTARELLI, *Parole e potere*, Milano, 2017.

Per affrontare il fenomeno della disinformazione pare quindi preferibile puntare, da una parte, su strumenti extra-penalistici volti a ripristinare le condizioni per un autentico pluralismo informativo, in cui ciascuno venga effettivamente a contatto con una pluralità di notizie e opinioni diverse che gli consentano di ricercare la verità, dall'altra, sulla *digital literacy* o *media literacy*, ossia sulla sensibilizzazione a un uso consapevole della rete. Come hanno evidenziato vari centri di ricerca sulla comunicazione e i media digitali, la pericolosità delle *fake news* «è inversamente proporzionale al livello di consapevolezza degli utenti rispetto all'ecosistema informativo nel quale si muovono»¹¹¹. Ancora, se è vero che nel nuovo sistema delle tecnologie comunicative tendono ad attecchire «tre patologie del nostro tempo: l'ostentazione narcisistica, la velleità che non diviene volontà e la sterilità», ad esse andrebbero opposte «le tre dimensioni del conoscere assieme, del discutere pacatamente e approfonditamente e infine del deliberare, in maniera lucida e consapevole»¹¹².

¹¹¹ DIGITAL TRANSFORMATIONS INSTITUTE, *Fake News: 10 riflessioni dalle quali (ri)partire per affrontare il problema*, in www.digitaltransformationinstitute.it. Più nel dettaglio: «appare più vulnerabile chi ha meno risorse intellettuali, un più basso livello di istruzione, un minore grado di autostima. Più esposto ai rischi delle *fake news* è anche chi – per una serie assai ampia di cause e ragioni di tipo oggettivo e soggettivo – può accedere a un numero ridotto di fonti informative e quindi non è in grado di paragonare tra loro queste fonti e i contenuti dei diversi messaggi, fatto che consentirebbe invece di individuare e correggere più facilmente notizie fortemente deformate alla luce di altre fonti e altre informazioni». GILI, *Post-verità e fake news*, cit., 11.

¹¹² GOISIS, *Nuove tecnologie comunicative ed esiti di manipolazione: 'post-verità' e fake news*, in *Kaleidos*, Maggio-Agosto 2018, 3-4. Continua l'Autore: «l'attuale prevalere del puro emozionalismo, in perenne oscillazione tra paura e speranza, non giova ad impostare una cultura e una politica più ragionevoli e durature, una politica, in particolare, che non abbia il suo baricentro nelle campagne elettorali, ma consideri, centralmente, la programmazione di un futuro più pienamente umano». Si è inoltre osservato che «l'isolamento dell'individuo è il principale fattore che lo rende vulnerabile ed esposto a influenze e progetti manipolatori. Una condizione e, forse, "la" condizione essenziale per l'esistenza stessa di una società democratica e pluralistica è che tra le istituzioni centrali dello Stato, le grandi organizzazioni pubbliche e private, i grandi media e i singoli cittadini esista uno strato intermedio vivo e vitale di associazioni, comunità, media non-mainstream di tipo comunitario, in cui le persone si riconoscono e agiscono attivamente e che funzionano da filtro rispetto alle influenze che provengono dalle istituzioni e dai poteri centrali della società. Quando questo strato-filtro si erode e si assottiglia fino a perdere la sua essenziale funzione, si crea una "società nuda" (*naked society*) in cui, da un lato, gli individui appaiono soli e indifesi rispetto alle influenze, ai condizionamenti e alle manipolazioni che provengono dall'alto e, al tempo stesso, le istituzioni sono direttamente esposte alle pressioni che provengono dal basso, da una "massa" di individui privi di relazioni significative tra di loro, che può essere facilmente penetrata da agitatori e manipolatori di professione. La sfida decisiva della post-verità e delle *fake news* non si gioca e non si vince dunque in primo luogo all'interno del mondo politico o dell'informazione, ma di una società viva e vivace in cui si moltiplicano luoghi di questo tipo che man-

Occorre in tal senso promuovere un approccio epistemologico-sociale veristico, ossia finalizzato alla difesa del valore della verità o almeno dell'attendibilità delle informazioni, alla persuasione che «una credenza vera è in generale preferibile a una credenza falsa o all'ignoranza»¹¹³. In questa prospettiva, «la soluzione al problema è quindi soprattutto di tipo culturale, attenendo al livello di consapevolezza da parte degli utenti, alla qualità del dibattito pubblico e alla correttezza e al senso civico degli attori politici che lo alimentano»¹¹⁴, nonché, si potrebbe aggiungere, all'impegno che i singoli decidono di approfondire per arrivare alla “conoscenza” anziché fermarsi al livello della notizia, adottando un approccio “scettico”, nel senso etimologico del termine, ossia orientato alla *skepsis*, vale a dire alla paziente ricerca della verità da opporre all'immediatezza delle dinamiche di apparizione e condivisione delle notizie nel web¹¹⁵.

tengono intatta la stretta catena della solidarietà e dove gli occhi amici sono lo specchio indispensabile in cui l'io scopre la propria immagine e stabilisce la propria identità». GILL, *Post-verità e fake news*, cit., 13-14.

¹¹³ GOLDMAN, *The need for social epistemology*, in *The Future for Philosophy*, a cura di Leiter, Oxford, 195. I problemi studiati dall'epistemologia sociale, ossia dalla disciplina che ha per oggetto gli aspetti sociali coinvolti nella formazione e trasmissione di credenze, nell'era dell'informazione digitale hanno acquisito un ruolo fondamentale.

¹¹⁴ DIGITAL TRANSFORMATIONS INSTITUTE, *Fake News: 10 riflessioni dalle quali (ri)partire per affrontare il problema*, cit.

¹¹⁵ Il termine “scetticismo” deriva dal greco *skepsis*, “ricerca”, che rimanda alla concezione socratico-platonica della verità come ricerca, secondo la quale, partendo dalla consapevolezza del proprio non sapere, occorre sempre chiedersi se un'asserzione sia vera, corrisponda realmente a “come stanno le cose”, cercando di cogliere eventuali dubbi, perplessità e contrasti. D'AGOSTINI, *Diritti aletici*, cit., 34.