

C J N

Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE



4/2021

**LA DISINFORMAZIONE TRA POLITICA E DIRITTO.
DIMENSIONE ISTITUZIONALE, STRATEGIE PREVENTIVE
E DINAMICHE PUNITIVE**

*LA DESINFORMACIÓN ENTRE LA POLÍTICA Y EL DERECHO.
DIMENSIÓN INSTITUCIONAL, ESTRATEGIAS PREVENTIVAS
Y DINÁMICAS REPRESIVAS*

*DISINFORMATION BETWEEN POLITICS AND LAW.
INSTITUTIONAL DIMENSION, PREVENTIVE STRATEGIES
AND PUNITIVE TRENDS*

Il presente contributo, qui pubblicato all'interno di una sezione speciale, costituisce la sezione giuridica della ricerca dal titolo "Come individuare e contrastare operazioni coordinate di disinformazione in Italia. Casi di studio e indicazioni di policy per istituzioni pubbliche e private", condotta nell'A.A. 2020/2021 da ricercatori dell'Università Luiss Guido Carli, della Harvard Kennedy School e della School of Information dell'Università del Michigan. La ricerca è stata realizzata con un contributo dell'Unità di Analisi, Programmazione e Documentazione Storica del Ministero italiano degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale (MAECI), ai sensi dell'art. 23-bis del d.p.r. n. 18 del 5 gennaio 1967. Le riflessioni contenute in questa ricerca riflettono esclusivamente la visione degli autori e non sono necessariamente rappresentative dell'opinione del MAECI e delle altre istituzioni di ricerca coinvolte. Si ringraziano l'Unità di Analisi, Programmazione e Documentazione Storica del MAECI e gli altri Direttori della ricerca (Irene Pasquetto, Gianni Riotta e Costanza Sciubba Caniglia) per avere consentito la pubblicazione degli scritti in questa sede.

LA DISINFORMAZIONE TRA POLITICA E DIRITTO

LA DESINFORMACIÓN ENTRE LA POLÍTICA Y EL DERECHO

DISINFORMATION BETWEEN POLITICS AND LAW

Disinformazione e politiche pubbliche: una introduzione	248
<i>Desinformación y políticas públicas: una introducción</i>	
<i>Disinformation and Public Policies: an Introduction</i>	
Antonio Gullo e Giovanni Piccirilli	

CAPITOLO I	251
La disinformazione: profili regolatori e policy	
<i>Desinformación: aspectos normativos y políticos</i>	
<i>Disinformation: Regulatory and Policy Issues</i>	
Marco Galimberti	

I. Introduzione

II. Disinformazione e democrazia: il solco tracciato dalla Commissione di Venezia

- II.1. Il ruolo di internet e dei social media nelle società democratiche
- II.2. L'impatto della disinformazione sui processi elettorali
- II.3. Nuove tecnologie, elezioni e disinformazione: prospettive e strumenti normativi

III. Disinformazione e diritto eurounitario tra *soft law* e *hard law*

- III.1. L'Unione europea alla prova della disinformazione
- III.2. Una pagina già scritta: il ricorso a strumenti di *soft law*
 - III.2.1. Gli esperti di alto livello e lo sviluppo di un "approccio europeo"
 - III.2.2. Dal Piano d'Azione contro la Disinformazione al Codice europeo di buone pratiche
 - III.2.3. L'attuazione e il monitoraggio delle iniziative di *soft law*
- III.3. Una pagina in via di scrittura: la disinformazione ai tempi del Covid-19
- III.4. Una pagina ancora da scrivere? Verso una regolazione legislativa della disinformazione

IV. Disinformazione e ordinamenti nazionali: spunti in ottica comparata

- IV.1. Un primo modello: il *Network Enforcement Act* tedesco
- IV.2. Un secondo modello: la legge francese contro la manipolazione dell'informazione
- IV.3. I primi passi del legislatore italiano
- IV.4. Stati Uniti: verso una responsabilità giuridica delle piattaforme online?

V. Conclusioni

LA DISINFORMAZIONE TRA POLITICA E DIRITTO

LA DESINFORMACIÓN ENTRE LA POLÍTICA Y EL DERECHO

DISINFORMATION BETWEEN POLITICS AND LAW

CAPITOLO II

282

Disinformazione e responsabilità delle piattaforme. Obblighi di attivazione e misure di compliance

La desinformación y la responsabilidad de las plataformas. Obligaciones y formas de compliance

Disinformation and Platforms Liability. Obligations and Compliance Requirements

Luca D'Agostino

I. *Hosting providers* e gestori di piattaforme. inquadramento del tema

- I.1. Premessa. La disinformazione e il ruolo del *provider*
- I.2. La figura dell'*hosting provider* e le problematiche legate agli *user-generated contents*
- I.3. I paradigmi del controllo preventivo e dell'attivazione *ex post facto*

II. Unione Europea

- II.1. Il vigente quadro normativo in materia di commercio elettronico e servizi digitali
- II.2. La posizione della Corte di Giustizia sul requisito della "*actual knowledge*"
- II.3. Le prospettive di regolazione futura: il *Digital Services Act*

III. Ordimenti nazionali e misure di contrasto alla disinformazione

- III.1. La disciplina italiana sulla responsabilità del *provider*
- III.2. La disinformazione come illecito. Rimozione di contenuti, obbligo di attivazione e responsabilità del *provider*
- III.3. La responsabilità del *provider* in alcuni ordinamenti stranieri. Spunti comparatistici con Francia, Germania e Stati Uniti
- III.4. Indicazioni di *policy* per il contrasto ad operazioni coordinate di disinformazione attraverso le piattaforme web

LA DISINFORMAZIONE TRA POLITICA E DIRITTO

LA DESINFORMACIÓN ENTRE LA POLÍTICA Y EL DERECHO

DISINFORMATION BETWEEN POLITICS AND LAW

CAPITOLO III

304

Punire la disinformazione: il ruolo del diritto penale e delle misure di moderazione dei contenuti delle piattaforme tra pubblico e privato

Reprimir la desinformación: el uso del derecho penal y las iniciativas de moderación de contenidos de las plataformas entre el sector público y el privado

Punishing Disinformation: The Role of Criminal Law and Platforms' Content Moderation Between Public and Private Sectors

Emanuele Birritteri

I. La punizione della disinformazione tra pubblico e privato: inquadramento del fenomeno

- I.1. Premessa. Informazioni false e condotte illecite online legate all'uso della "parola": alcune note introduttive
- I.2. Tutela della verità e diritto penale: la disinformazione e l'intervento della pena criminale
- I.3. Le "sanzioni" irrogate dalle piattaforme private nell'ambito dell'attività di moderazione dei contenuti

II. Unione Europea

- II.1. Aspetti di rilievo (sul versante punitivo) delle iniziative eurounitarie
- II.2. Le prospettive future: il *Digital Services Act*

III. Ordinamenti nazionali e misure di moderazione dei contenuti delle piattaforme private

- III.1. La disciplina italiana: profili di rilevanza penale delle condotte di disinformazione e analisi di alcune proposte di riforma
- III.2. Le "sanzioni" irrogate dalle piattaforme private nell'ambito dell'attività di moderazione dei contenuti: l'esempio di *Facebook* e *Twitter*
- III.3. Il contrasto alla disinformazione nel panorama comparatistico (Francia, Germania, Stati Uniti): alcuni spunti di riflessione
- III.4. Indicazioni di policy tra pubblico e privato

335

INDICAZIONI DI POLICY

Disinformazione e politiche pubbliche: una introduzione

Desinformación y políticas públicas: una introducción

Disinformation and Public Policies: An Introduction

ANTONIO GULLO

Ordinario di Diritto penale
presso l'Università Luiss "Guido Carli"
agullo@luiss.it

GIOVANNI PICCIRILLI

Associato di Diritto costituzionale
presso l'Università Luiss "Guido Carli"
gpiccirilli@luiss.it

Il tema della strumentalizzazione delle piattaforme online per l'attuazione di campagne di disinformazione è oggi divenuto centrale nel dibattito pubblico, di cui tali *network* sociali rappresentano ormai una essenziale articolazione.

Lo sviluppo della rete, infatti, ha determinato una peculiare condizione in cui ciascun individuo diventa, contemporaneamente, *recettore* e *produttore* di informazioni e in cui è possibile instaurare un dialogo diretto con l'opinione pubblica, senza il tradizionale filtro dei media e degli organi di informazione.

Una situazione, quest'ultima, che ha indubbi effetti positivi in termini di rafforzamento degli strumenti di partecipazione democratica dei cittadini alla vita politica del Paese, essendo ormai il digitale uno strumento irrinunciabile per la collettività nel suo complesso, ma che, al contempo, sta mostrando i suoi risvolti patologici rispetto alla possibilità di "inquinare" il pubblico confronto attraverso la diffusione, frutto di azioni isolate o coordinate, di informazioni false o fuorvianti in grado di incidere, ad esempio, sulla salute e sicurezza pubbliche, sull'integrità di processi elettorali e su altri interessi di rilievo.

Lo scopo della presente sezione giuridica della ricerca, pertanto, anche al fine di fornire dettagliate indicazioni di *policy* per operatori pubblici e privati, è quello di indagare le più importanti problematiche – costituzionalistiche e penalistiche – connesse al fenomeno della *disinformation* nell'ambito di tre versanti che costituiscono le principali linee di sviluppo del presente studio: la dimensione politico-istituzionale¹; la dimensione preventiva, con speciale riguardo alle attività di *compliance* dei c.d. *provider*²; la dimensione punitiva³.

La prima parte del lavoro, in particolare, offrendo al lettore un quadro generale del contesto istituzionale di riferimento, mira a ripercorrere analiticamente le principali iniziative di contrasto al fenomeno elaborate, da un lato, in ambito eurounitario, e, dall'altro, all'interno di taluni ordinamenti nazionali – selezionati in considerazione non soltanto della loro importanza nello scenario internazionale, ma anche in ragione delle specifiche soluzioni normative percorse nel periodo più recente (su tutte, si segnalano il *Netzwerkdurchsetzungsgesetz – Netz-DG* tedesco e le leggi francesi nn. 1201 e 1202 del 2018 relative à *la lutte contre la manipulation de l'information*).

Già tale prima ricostruzione permette di delineare alcune politiche pubbliche di contrasto al fenomeno in analisi.

Il riferimento è qui, soprattutto, al deciso favore nei confronti di forme di regolazione fles-

¹ V. il report di cui al Cap. I della presente sezione, curato da Marco Galimberti.

² Si veda la disamina (Cap. II) di Luca D'Agostino.

³ V. il Cap. III di Emanuele Birritteri.

sibile, ispirate non tanto alla previsione di strumenti generali di disciplina a carattere vincolante per gli operatori di settore secondo la logica del puro *command and control*, ma piuttosto volte ad affidare alle stesse piattaforme, sulla base di un approccio *tailor-made*, il compito di gestire e mitigare il rischio di utilizzo dei loro servizi per diffondere contenuti illegali o per alimentare o comunque favorire campagne di disinformazione.

Una *policy* che del resto pare iniziare a muoversi con decisione dal terreno della *soft law* e dei *Code of Practice* a quello della *hard law* – si pensi soprattutto alla proposta di regolamento europeo attualmente in discussione (proposta n. 2020/0361 (COD), c.d. *Digital Services Act*), caratterizzata dall'imposizione ai soggetti regolati, *inter alia*, di specifici obblighi di *risk assessment* e *management* in relazione alla possibilità di impiego dei loro sistemi quale strumento di offesa a diversi interessi meritevoli di protezione.

L'attività di moderazione dei contenuti e di *enforcement* privato delle normative autoprodotte dalle piattaforme per definire le condizioni d'uso del servizio, allora, diviene il primo, fondamentale livello di intervento nel contrasto alla disinformazione.

Tale situazione, naturalmente, reca con sé diverse e rilevanti problematiche giuridiche, oggetto di approfondita indagine nella ricerca e di cui ampiamente si tiene conto nelle indicazioni di *policy* per istituzioni pubbliche e private sintetizzate in un unitario prospetto finale, collocato in calce al lavoro, che riassume gli esiti cui si perviene nei vari capitoli.

Tra queste, a titolo esemplificativo, emergono il rischio di giustificare forme (pubbliche o private) di censura rispetto al libero dibattito pubblico; il tema della legittimazione democratica di attori privati che – nel regolare, in assenza di una chiara cornice pubblicistica, le condizioni d'uso del servizio – possono liberamente influire sull'esercizio di libertà fondamentali del cittadino (su tutte, naturalmente, la *freedom of speech*), esercitando un *chilling effect* sul libero confronto se non, nei potenziali casi “patologici”, dei veri e propri meccanismi di repressione del dissenso democratico; l'assenza di un adeguato assetto di garanzie sostanziali e procedurali nei confronti dei destinatari di misure di moderazione dei contenuti adottate dalle piattaforme e di un controllo pubblicistico su tale *enforcement* privato, etc.

Definito il contesto generale sul piano politico-istituzionale e sul versante delle politiche pubbliche in materia, il secondo capitolo dello studio si concentra sulla dimensione della *compliance* preventiva e della responsabilizzazione, in tale settore, dei c.d. *provider*. In particolare, viene ricostruito il reticolo degli obblighi gravanti su tali operatori in punto di controllo sui contenuti immessi in rete dagli utenti e di rimozione di quelli illeciti.

Pure in questa ipotesi l'indagine dimostra come si sia di fronte a un quadro giuridico destinato – specie alla luce dei contenuti del già richiamato *Digital Services Act* – a un profondo mutamento rispetto all'attuale ultimo approdo costituito dalla Direttiva 2000/31/CE, reso d'altronde necessario dal diverso scenario socio-economico che ormai caratterizza i mercati digitali.

Anche in tal caso, a ben vedere, emergerà come le politiche pubbliche del settore non posano che puntare – tenendo altresì conto dei dati emergenti dall'analisi comparatistica, avuto riguardo allo studio dei contesti tedesco, francese e statunitense – anche sull'auto-responsabilizzazione degli operatori di tali mercati, con specifico riferimento in particolare ai rischi legati alla diffusione su larga scala di campagne di disinformazione, per quanto in un quadro di regolamentazione pubblicistica delle regole del gioco che tenga conto dei diversi interessi in campo, parimenti meritevoli di protezione.

L'ultima parte della ricerca si sofferma infine sugli strumenti sanzionatori applicabili in ambito pubblico e privato per contrastare le condotte di diffusione di informazioni false in rete, anche nei contesti di azioni coordinate di *disinformation*.

Pure sul versante del diritto punitivo, come si vedrà, si registrano alcune linee generali di indirizzo in piena continuità con le richiamate parti precedenti della disamina.

In particolare, emerge con chiarezza come, a fianco degli illeciti penali configurabili in relazione alla diffusione di informazioni false online e delle relative attività di repressione, il primo momento essenziale di contrasto alla disinformazione online sia in realtà legato alle misure sanzionatorie/interdittive irrogate dalle stesse piattaforme private nell'ambito dell'attività di moderazione dei contenuti, trattandosi di strumenti di contrasto che intervengono prima (se non a prescindere dall'esistenza) di un eventuale procedimento penale, e secondo tempistiche e livelli di deterrenza spesso addirittura maggiori di quelli raggiungibili attraverso l'utilizzo del diritto criminale.

Mediante un'analisi svolta attraverso le “lenti” dell'art. 21 della Costituzione italiana e

nella prospettiva generale della protezione della libertà di espressione, poi, viene posto in luce come il diritto penale non si occupi (né possa occuparsi) di reprimere la mera diffusione di notizie false, ma solo la circolazione di quelle false informazioni che rappresentino un “veicolo” di offesa a interessi altri rispetto alla veridicità della notizia in sé, e di volta in volta ritenuti meritevoli di protezione.

In tale ambito, peraltro, attraverso l’analisi di alcuni progetti di riforma recentemente discussi nel Parlamento italiano, la ricerca giunge alla conclusione che, tra questi interessi “altri”, non possano annoverarsi beni giuridici collettivi di dubbia consistenza (si pensi alla lesione di “interessi pubblici” non meglio definiti, o alle campagne volte a “minare il processo democratico”), la cui protezione mediante il diritto penale riproporrebbe problematiche che la prassi oggi registra rispetto all’applicazione di tradizionali figure di reato legate alla repressione dell’uso della c.d. “parola pericolosa”.

Esplorate le varie dimensioni giuridiche del problema della disinformazione in rete – e cioè, come detto, quella politico-istituzionale, quella preventiva e quella punitiva – la ricerca giunge, in conclusione, alla formulazione di ventiquattro indicazioni di *policy* per attori pubblici e privati impegnati nella lotta alla *disinformation*, identificando alcune potenziali linee evolutive della materia.

Accanto all’invito a contemplare puntuali misure di *compliance* preventiva da adottare in tali settori per una adeguata valutazione e gestione del rischio di strumentalizzazione della rete per azioni (coordinate e non) di disinformazione, l’indagine conclude per l’esigenza di una regolamentazione pubblicistica della materia che serva a fornire alle piattaforme alcune indicazioni essenziali con riferimento alla definizione delle condizioni d’uso del servizio e delle relative misure di moderazione dei contenuti, nonché avuto riguardo all’armonizzazione delle *policy* di tali operatori rispetto a talune pericolose modalità d’uso dei loro servizi.

Tale cornice normativa, in particolare, dovrebbe assicurare il rispetto – nell’ambito di tali attività private di auto-normazione ed *enforcement* – dei diritti fondamentali sanciti dalle Carte europee, anche con riferimento alla costruzione di un nucleo minimo di garanzie sostanziali e procedurali per i destinatari del servizio, e prevedere, in sede di revisione delle decisioni delle piattaforme sulla moderazione dei contenuti, l’intervento di autorità pubbliche indipendenti in modo da evitare i rischi connessi all’affidare integralmente un simile compito ai privati.

Sembra questa la strada da battere per addivenire a una condivisibile co-regolamentazione del fenomeno tra pubblico e privato, che sappia adeguatamente bilanciare tutti gli interessi in gioco, senza far sì che il rimedio sia peggiore del male da curare.