

LIBER AMICORUM
PER
PASQUALE COSTANZO

MAURA FOGLIA

**LE ESITAZIONI DEL LEGISLATORE FRANCESE NEL
CONTRASTO AI DISCORSI D'ODIO IN RETE**

16 MARZO 2020



Maura Foglia

Le esitazioni del legislatore francese nel contrasto ai discorsi d'odio in rete

SOMMARIO: 1. La proposta di legge francese per contrastare i discorsi d'odio *online*. – 2. Il tortuoso cammino della *Loi Avia*. – 3. Il precedente tedesco e la cornice eurounitaria. – 4. In conclusione: una disciplina ancora in cerca di equilibrio.

1. La proposta di legge francese per contrastare i discorsi d'odio online

Mentre in Italia si annuncia la creazione del “Gruppo di lavoro sul fenomeno dell'odio on line” ad opera della Ministra dell'Innovazione Paola Pisano¹, l'Assemblea Nazionale francese, lo scorso 22 gennaio 2020, approvava in seconda lettura la proposta di legge volta a contrastare i discorsi d'odio in rete². L'analisi del testo della *Loi Avia*³ e della sua gestazione rilanciano l'attualità del dibattito sul regime di responsabilità degli operatori della rete, puntando, al contempo, i riflettori sulla necessità di proteggere da attacchi oltremodo insidiosi «quella particolare dimensione della libertà di manifestazione del pensiero, che potremmo chiamare libertà audiovisiva», che l'avvento di Internet ha consentito⁴.

La proposta, nella versione modificata in seconda lettura ed in attesa di approvazione definitiva, prevede l'obbligo, per gli operatori delle piattaforme *online*, di ritirare entro 24 ore i contenuti illeciti, quali istigazioni all'odio, insulti a carattere razzista o di stampo religioso, che siano stati adeguatamente segnalati da uno o più utenti; il termine per la rimozione dei contenuti illeciti è ridotto ad una sola ora quando gli stessi abbiano carattere pedopornografico o siano ascrivibili alla propaganda terroristica.

A distanza di tre anni dall'entrata in vigore della NetzDG (*Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken*⁵), la legge tedesca intesa a migliorare la tutela dei diritti sui *social network* riducendo la diffusione e l'impatto dell'odio in rete e delle informazioni false create *ad hoc*, da cui il legislatore francese dichiara di trarre la propria ispirazione, un altro Paese membro dell'Unione europea prova, dunque, ad attrezzarsi con strumenti giuridici innovativi con l'obiettivo di contrastare la propagazione e la moltiplicazione dei discorsi d'odio in rete. La disciplina francese pare potere intaccare, ancora più della NetzDG, il principio di responsabilità limitata degli *Internet Service Providers* (Prestatori di servizi della società dell'informazione), consacrato dalla Direttiva 2000/31/CE. E, ad una serie di previsioni già collaudate in Germania, con gli esiti cui faremo cenno, la proposta d'Oltralpe aggiunge una novità significativa: il ricorso alla strumentazione penale⁶.

¹ Istituito presso l'Ufficio di Gabinetto del Ministro per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione, il gruppo di lavoro, formato da sedici esperti con competenze diverse e complementari sul mondo digitale, avrà tre mesi per elaborare le proprie proposte, come si legge sulla [homepage del sito del Ministero](#).

² Si tratta della proposta di legge n. 1785, *Proposition de loi visant à lutter contre la haine sur internet*, depositata il 20 marzo 2019, all'esame della *Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République* nel corso del mese di aprile 2020. L'[iter legislativo](#) della proposta può essere seguito sul sito *web* dell'Assemblea nazionale.

³ Dal nome della prima firmataria, la deputata Laetitia Avia.

⁴ Così P. COSTANZO, *L'Informazione*, Laterza, Roma-Bari, 2004, 37.

⁵ *Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz o NetzDG)*, 30 giugno 2017, n. 536, entrata in vigore il 1/10/2017. Una [traduzione](#) della legge, a cura di G. GIANNONE CODIGLIONE, è pubblicata in appendice al n. 1/2017 della rivista [MediaLaws](#).

⁶ Tra le prime riflessioni in Italia sulla scelta del regime di responsabilità giuridica da adottare per gli illeciti consumati tramite Internet, si segnalano: P. COSTANZO, *Ascesa (e declino?) di un nuovo operatore telecomunicativo (Aspetti giuridici dell'Internet Service Provider)*, in *DRT*, 2/1999, 83-102; V. ZENO-ZENCOVICH, *I rapporti tra responsabilità civile e responsabilità penale nelle comunicazioni su Internet (riflessioni preliminari)*, in *Dir. informazione e informatica*, 1999, 1049-1057. Per i contributi più recenti, si veda: M. R. ALLEGRI, *Ubi social, ubi ius. Fondamenti costituzionali dei social network e profili giuridici della responsabilità dei provider*, Franco Angeli, Milano, 2019.

2. Il tortuoso cammino della Loi Avia.

La legge proposta dall'Assemblea nazionale francese ha subito numerose modifiche nel corso del suo iter parlamentare, ancora aperto alla data in cui si scrive, e le oscillazioni ed i ripetuti rimaneggiamenti testimoniano la difficoltà del legislatore d'Oltralpe di addivenire ad una disciplina che contemperasse efficacia, rispetto della libertà d'espressione e previsione di obblighi di rimozione dei contenuti che siano pienamente realizzabili, dal punto di vista tecnico e da quello finanziario. La proposta di legge, depositata nel marzo del 2019, è stata sottoposta al vaglio del Consiglio di Stato, con l'obiettivo di creare un impianto giuridico esente da faglie, che potesse entrare in vigore in tempi rapidi, per colmare quello che veniva additato come un vero e proprio vuoto legislativo⁷; il governo francese giustificava così la necessità di legiferare su un tema i cui contorni, per la parte afferente i contenuti terroristici, saranno presto ridisegnati in ambito eurounitario⁸.

Le modifiche suggerite nel parere del Consiglio di Stato⁹, reso nel corso del mese di maggio, sono state integrate velocemente: in particolare, la nozione di "contenuti illeciti" fatti oggetto dell'obbligo di rimozione veniva precisata ed ampliata, tramite il raccordo con l'articolo 6 della legge LCEN¹⁰; si prevedeva, inoltre, l'obbligo per gli Internet Service Providers di motivare adeguatamente le decisioni, sia nel caso in cui i contenuti segnalati fossero stati rimossi, che nel caso in cui la segnalazione fosse rimasta priva di conseguenze.

Il *Conseil d'Etat* non mancava di sottolineare, nel suo parere, i rischi di incompatibilità con la "Direttiva sul commercio elettronico"¹¹; la proposta di legge sarebbe stata, nel giro di poco, sottoposta anche al vaglio della Commissione europea, la quale ha inviato le proprie osservazioni il 22 novembre 2019, concentrandosi su tre fronti "caldi" di potenziale attrito con il diritto eurounitario. La proposta di legge francese notificata pareva, infatti, porsi in contrasto con la cosiddetta "clausola del mercato interno" della Direttiva sul commercio elettronico nella misura in cui, imponendo agli *Internet Service Providers* una serie di obblighi onerosi, quali la necessità di approntare meccanismi di notifica nella lingua dell'utente, l'obbligo di adottare misure atte ad evitare la ulteriore diffusione dei contenuti illeciti o quello di conformarsi alle linee-guida ed alle raccomandazioni da elaborarsi in seno al *Conseil supérieur de l'audiovisuel* francese, avrebbe finito per ostacolare la libera prestazione dei servizi¹².

⁷ Illuminante, sul punto, è l'[intervista](#) rilasciata da Laetitia Avia nel corso di giugno 2019.

⁸ Si veda la [Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla prevenzione della diffusione di contenuti terroristici online](#).

⁹ [Avis sur la proposition de loi visant à lutter contre la haine sur Internet](#), Assemblée générale, Séance du jeudi 16 mai 2019, Section de l'intérieur, N° 397368, reperibile sul sito del [Conseil d'Etat](#)

¹⁰ *Loi n. 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique* (LCEN), che recepisce la Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico.

¹¹ Si tratta della già citata Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa alla regolamentazione di taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno. Si noti che il parere del Consiglio di Stato, pur senza disconoscere l'interesse nei tentativi di formulazione elaborati su scala nazionale, individua proprio il livello Ue come il più appropriato per fornire «*un fondement commun et une efficacité considérablement accrue à une lutte que les valeurs inscrites dans les Traités imposent de conduire en même temps que le marché se développe*».

¹² La Commissione citava, riferendosi ad una versione precedente del testo, e non a quella in commento, «*l'obligation de nommer un représentant légal sur le territoire français (article 3); la nécessité de fournir un mécanisme de notification dans la langue de l'utilisateur (article 2); l'obligation d'adopter des mesures appropriées afin d'éviter la rediffusion de contenus illégaux (article 2, paragraphe 5 bis); l'obligation de se conformer aux lignes directrices et recommandations du Conseil supérieur de l'audiovisuel (article 4), ainsi qu'aux obligations de transparence et de rapport (vraisemblablement en français) déterminées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel (article 3)*».

Il regime di responsabilità limitata delle piattaforme *online*, quale configurato dalla sopraccitata Direttiva sul commercio elettronico, sembrava, poi, potersi scontrare con la proposta francese nella misura in cui quest'ultima prescriveva delle modalità semplificate di segnalazione dei contenuti ritenuti illeciti da indirizzarsi alle piattaforme elettroniche, prive dell'indicazione della collocazione esatta dei contenuti e delle stesse norme di legge ritenute lese. Tale previsione rischiava di indurre le piattaforme, onde evitare di incorrere in pesanti sanzioni, ad effettuare una "ricerca attiva", *ex ante*, degli eventuali contenuti da rimuovere, tramite sistemi di filtraggio automatici capaci di intercettare i discorsi d'odio illeciti prima della pubblicazione. Infine, laddove la Direttiva impone alle piattaforme di intervenire «prontamente», una volta presa conoscenza delle infrazioni, la proposta francese obbligava ad un'azione entro 24 ore dalla notifica; sul punto, la Commissione ha ravvisato un aperto contrasto con la logica della Direttiva e, con l'obiettivo di fornire una protezione adeguata ai diritti fondamentali, ha esortato il legislatore francese ad individuare un termine ultimo per la rimozione dei contenuti illeciti proporzionale e ragionevole, immettendo, inoltre, una dose di flessibilità supplementare per alcuni casi peculiari.

La Commissione europea chiosava mettendo in guardia il legislatore francese, ed osservando che *«l'obligation pour les plateformes de supprimer tout contenu illicite notifié dans un délai de 24 heures, combinée à la lourde sanction prévue à l'article 4 du projet notifié, à la grande variété d'infractions soumises à une telle obligation (pouvant nécessiter une évaluation contextuelle plus ou moins approfondie) et à la réduction des exigences de notification susmentionnée, pourraient avoir des conséquences néfastes. En ce sens, ceci pourrait notamment créer une charge disproportionnée sur les plateformes en ligne et dans certaines circonstances, un risque de suppression excessive de contenus, ce qui porterait ainsi atteinte à la liberté d'expression. Ce risque est particulièrement élevé pour les plateformes en ligne dont les ressources sont limitées»*.

L'11 dicembre 2019, il Senato ha provato a recepire, almeno in parte, le osservazioni della Commissione europea modificando il testo della *Loi Avia*, tramite l'approvazione di 16 emendamenti. La misura più discussa e problematica del testo di legge - e quella sulla quale il Governo aveva maggiormente investito in termini di comunicazione - ovvero l'obbligo, per le piattaforme, di eliminare i contenuti d'odio entro 24 ore dalla segnalazione da parte di uno più utenti, provvisto di sanzione penale, veniva soppressa da un emendamento accolto in *commission des lois*, insieme con il dovere di impedire la riapparizione dei contenuti illeciti, già fatti oggetto di misure di *notice and take down*. Tuttavia, un'obbligazione di mezzi che riprendeva la formulazione espunta, spogliandola della sanzione penale, veniva reintrodotta a stretto giro dal Senato riunito in seduta plenaria; l'articolo imponeva alle piattaforme di mettere in campo *«les diligences proportionnées et nécessaires»* per rimuovere entro 24 ore dalla ricezione della segnalazione i contenuti illeciti, onde evitare di esporsi alla sanzione amministrativa erogata dal *Conseil supérieur de l'audiovisuel* per un importo massimo pari al 4% del fatturato dell'*Internet Service Provider* inottemperante.

La nuova disposizione faceva gridare al «tradimento» *La Quadrature du Net*, una tra le associazioni dedite alla tutela delle libertà in internet che, fin dai primi dibattiti sull'opportunità per la Francia di dotarsi di una legge contro i contenuti d'odio, si era nettamente schierata in posizione contraria. In un articolo pubblicato sul sito dell'associazione pochi giorni dopo il voto del Senato, la delusione appariva palese, soprattutto alla luce del dibattito svoltosi nella Camera alta del Parlamento, che aveva fatto ben sperare le (numerose) voci contrarie alla legge Avia, opportunamente ponendo l'accento sulla necessità di legiferare tenendo in debito conto il modello economico su cui gli *Internet Service Providers* fondano la propria esistenza e prosperità¹³, che riposa sulla viralità di alcune tipologie di contenuti prodotti dagli utenti.

¹³ V. *Loi « haine » : la trahison du Sénat*, in [La Quadrature du Net](#) (18 décembre 2019). Le associazioni dedite alla tutela della libertà di parola ed alla difesa della libertà della rete in Francia hanno preso posizione a più riprese contro la proposta di legge in esame, sin dalle prime ore; tra i documenti prodotti per invitare ad un ripensamento il legislatore, si richiama, in

Incassato il fallimento della Commissione mista paritaria nel mettere d'accordo le due Camere sul medesimo testo di legge, l'Assemblea nazionale ha esaminato nuovamente la proposta di legge per contrastare i discorsi d'odio in rete lo scorso 13 gennaio ed in tale occasione ha proceduto alla reintroduzione della misura che costituisce il nerbo della regolamentazione. La *Loi Avia*, nella sua attuale formulazione, in forza dell'emendamento CL49¹⁴, punisce, perciò, con sanzioni penali la mancata rimozione entro 24 ore dei contenuti ritenuti manifestamente illeciti, adeguatamente segnalati, rientranti nelle seguenti categorie:

- *Apologie des crimes d'atteinte volontaire à la vie, d'atteinte volontaire à l'intégrité de la personne, d'agression sexuelle, de vol aggravé, d'extorsion, de destruction, de dégradation ou détérioration volontaire dangereuse pour les personnes, des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité, des crimes de réduction en esclavage ou d'exploitation d'une personne réduite en esclavage ou des crimes et délits de collaboration avec l'ennemi, y compris si ces crimes n'ont pas donné lieu à la condamnation de leurs auteurs ;*

- *Provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion ;*

- *Provocation à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou identité de genre ou de leur handicap ou ayant provoqué, à l'égard des mêmes personnes, aux discriminations prévues par les articles 225-2 et 432-7 du Code pénal;*

- *Contestation de l'existence des crimes contre l'humanité, négation, minoration ou banalisation des crimes de génocides, des crimes de réduction en esclavage ou des crimes de guerre;*

- *Injure commise par les mêmes moyens envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée;*

- *Injure commise dans les mêmes conditions envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou identité de genre ou de leur handicap*

- *Harcèlement sexuel;*

- *Captation, enregistrement, transmission, offre, mise à disposition, diffusion, importation ou exportation, acquisition ou détention d'image pornographique d'un mineur ; consultation habituelle ou en contrepartie d'un paiement d'un service de communication au public en ligne mettant à disposition des images pornographiques de mineurs;*

- *Fabrication, transport, diffusion ou commerce de message pornographique susceptible d'être vu ou perçu par un mineur;*

- *Provocation directe à des actes de terrorisme ou apologie publique de ces actes*¹⁵.

Si tratta di un elenco visibilmente ampio, dal quale sono stati eliminati taluni contenuti ritenuti eccessivamente vaghi, come quelli qualificati come “violenti” e, al tempo stesso, suscettibili di essere

particolare, il [comunicato stampa del Conseil National du Numérique](#), apparso il 21 marzo 2019 in cui sono richiamati i principi cardinali e gli strumenti irrinunciabili per la regolamentazione che il legislatore si prefigge di realizzare (definizione chiara dei contenuti ritenuti illeciti, tutela della libertà di espressione, disponibilità di meccanismi per ricorrere contro le misure ingiuste, salvaguardia del ruolo del giudice, ripensamento del modello delle piattaforme *online* nel premiare i contenuti più controversi, studi di impatto sull'efficacia e l'affidabilità dell'intelligenza artificiale nel filtrare i contenuti d'odio).

¹⁴ L'emendamento in commento (N°CL49) ha modificato l'articolo 7 della legge LCEN. Si tratta dei contenuti manifestamente contrari alle disposizioni di cui ai commi 5, 7 e 8 dell'articolo 24 della legge del 29 luglio 1881, dell'articolo 24 e 24 bis della medesima legge, nonché dei commi 3 e 4 dell'articolo 33 della legge, cui si aggiungono gli articoli 227.23, 227.24 e 421-2-5 del Codice penale.

¹⁵ L'elenco dei contenuti qualificati come «manifestamente illeciti» è ricostruito da M. REES, *Cyberhaine: la liste des contenus que devront retirer les plateformes en moins de 24 h*, in [Next INpact](#) (15 janvier 2020).

esposti ad un pubblico di bambini. Per far scattare l'ammenda pecuniaria, per un importo che va fino a 250000 euro per ciascun contenuto non rimosso entro i termini prescritti, è necessario che il carattere intenzionale dell'infrazione risulti dall'assenza di un esame «*proportionné et nécessaire*» dei contenuti d'odio segnalati.

La segnalazione ad opera degli utenti dovrà essere effettuata precisando le generalità dell'autore del post, la collocazione dei contenuti, nonché «*les motifs légaux pour lesquels le contenu litigieux devrait être retiré ou rendu inaccessible*», a meno che il sito che ospita i contenuti oggetto di contestazione non disponga di un formulario per le segnalazioni che proponga «*d'indiquer la catégorie d'infraction à laquelle peut être rattaché ce contenu litigieux*». L'articolo 6 bis A crea un tribunale giudiziario ed un ufficio della procura specializzati, con competenza concorrente rispetto alle giurisdizioni ordinarie. Il rifiuto di rimozione di un contenuto manifestamente illecito potrà essere giudicato dal *Tribunal correctionnel* in composizione monocratica.

Un emendamento governativo presentato a poche ore dall'inizio della discussione parlamentare ha aggiornato un dispositivo della legge LCEN, imponendo il blocco amministrativo dei siti che diffondono contenuti di tipo pedopornografico, facenti apologia del terrorismo o vera propria propaganda terroristica. Si tratta di una novità significativa, che il Parlamento non ha avuto occasione di valutare durante gli ormai numerosi mesi di gestazione della legge¹⁶: se la normativa vigente lasciava agli editori ed agli *Internet Service Providers* un margine di 24 ore per potere rimuovere i contenuti, su segnalazione della polizia e senza alcun previo intervento giurisdizionale¹⁷, ora si richiede, a tutte le piattaforme, a prescindere dalla taglia delle stesse, una rimozione dei contenuti entro 60 minuti. Tale obbligo potrebbe risultare di difficile adempimento soprattutto per gli operatori di dimensioni medio-piccole, che non dispongono dei mezzi necessari, ad esempio, per far fronte ad eventuali richieste da parte della polizia trasmesse nel corso della notte, e che si vedrebbero obbligati a fare ricorso agli strumenti di filtraggio automatici forniti dai “colossi” del web; va rimarcato, peraltro, come il legislatore francese continui ad affidare alla valutazione esclusiva da parte delle forze di polizia la qualificazione dei contenuti di stampo terroristico¹⁸. Per gli *Internet Service Providers* e gli editori inadempienti si profilano sanzioni penali importanti ed il blocco dell'accesso disposto dall'autorità amministrativa¹⁹.

La proposta di legge prova a fornire un quadro giuridico *ad hoc* per la conservazione dei contenuti d'odio illeciti rimossi dal web; alle piattaforme ed ai motori di ricerca si richiede di conservare i contenuti rimossi «*pendant le délai de prescription de l'action publique pour les besoins de la recherche, de la constatation et de la poursuite des infractions pénales*», con un equilibrio tra esigenze di semplificazione delle indagini da parte delle autorità di pubblica sicurezza, onerosi obblighi di conservazione imposti agli operatori del web e tutela dei diritti degli utenti fortemente sbilanciato a favore delle prime. Resta da chiarire se il suddetto obbligo si estenderà ugualmente alla conservazione dei metadati, il cui stoccaggio è altrimenti predisposta per la durata di un anno.

¹⁶ Si tratta di uno dei rilievi critici più importanti, accanto alla totale assenza di studi di impatto sulla misura. Per maggiori dettagli, si rinvia a *Coup d'État sur la «loi haine»*, in [La Quadrature du Net](#) (22 janvier 2020).

¹⁷ *Loi n. 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique*, come modificata dall'ordinanza n. 2018-1125 du 12 décembre 2018 - art. 27 (VD)

¹⁸ Sul punto, v. *Coup d'État sur la «loi haine»*, cit.

¹⁹ Peraltro, è proprio su questo tema che, nelle osservazioni inviate dalla Commissione europea, si invitava il legislatore a fare un passo indietro, in attesa della disciplina europea attualmente allo studio.

3. Il precedente tedesco e la cornice eurounitaria.

La legge francese trae diretta ispirazione da un'analogia legge approvata dalla Repubblica federale tedesca nel corso del 2017, oggi soggetta a procedura di revisione anticipata²⁰. La normativa in vigore in Germania si propone di limitare la diffusione dei discorsi d'odio sui social network imponendo a questi ultimi di mettere a punto un sistema di notifica dei contenuti illeciti facilmente accessibile ed ergonomico, nonché la rimozione, od il blocco, dei contenuti manifestamente illeciti segnalati entro un termine di 24 ore; per i contenuti la cui illiceità non sia manifesta, il termine viene esteso a 7 giorni. La disposizione si applica esclusivamente alle piattaforme *social* che abbiano almeno 2 milioni di utenti registrati in Germania sulle quali gravano, accanto agli obblighi di rimozione già descritti, anche obblighi di rendicontazione, monitoraggio e di formazione del personale preposto alla gestione delle segnalazioni; si richiede, inoltre, alle suddette piattaforme di garantire una puntuale informazione degli utenti interessati in caso di segnalazione dei contenuti (l'utente che condivide i contenuti e l'utente che effettua la segnalazione) circa le misure adottate e le relative motivazioni. Sotto la supervisione di un'autorità amministrativa indipendente, l'Ufficio federale di giustizia, inoltre, si prevede la possibilità di contraddittorio, prima che sia resa la decisione della piattaforma *social*. I contenuti rimossi sono conservati, a titolo di prova, per un periodo di dieci settimane, nel rispetto delle direttive 2000/31/CE e 2010/13/UE; sul piano sanzionatorio, le ammende immaginate dal legislatore tedesco variano in funzione della condotta illecita della piattaforma, e vanno fino ad un importo massimo di cinque milioni di euro.

La normativa tedesca, lungi dal creare un consenso unanime, è stata accolta con diffidenza da più parti: «oltre all'inopportunità della scelta di affidare a soggetti privati funzioni che avrebbero invece rilevanza pubblica, [l'aspetto che più desta perplessità] è quello sanzionatorio: in caso di inottemperanza dolosa o colposa agli obblighi suindicati si applicano infatti sanzioni amministrative pecuniarie da cinquecentomila a cinque milioni di euro, in base alla gravità della condotta. L'entità delle sanzioni, congiuntamente ai limiti di tempo assai ristretti entro i quali i provider devono vagliare le segnalazioni di contenuti illeciti, potrebbero portare alla tendenza alla rimozione di contenuti in base anche al mero sospetto di illiceità, onde evitare le sanzioni, tanto più che la legge non riconduce alcuna conseguenza alla rimozione arbitraria di contenuti non illeciti né prevede la possibilità che gli utenti della piattaforma ricorrano al giudice avverso la decisione del provider di rimuovere taluni contenuti²¹».

L'attitudine delle piattaforme *social*, infatti, è mutata in maniera repentina, e «la legge, ancor prima della sua entrata in vigore, ha certamente comportato un cambiamento nella gestione dei contenuti da parte dei *social network*, specialmente nel periodo antecedente le elezioni politiche del 24 settembre 2017²²», con un abbassamento del livello di tolleranza per i contenuti ritenuti ambigui palese. Se della disciplina tedesca resta apprezzabile lo sforzo nel differenziare le tempistiche degli obblighi di rimozione, assicurando «un più ampio lasso temporale per intervenire su quei contenuti che non sono manifestamente inquadrabili nella categoria dello *hate speech* e che, pertanto, richiedono una più attenta ponderazione²³», la concreta applicazione della normativa ha determinato un incremento sensibile del

²⁰ Cfr. E. THOMASSON, *Germany looks to revise social media law as Europe watches*, al sito di [Reuters](#) (World News, March 8, 2018).

²¹ Così M. R. ALLEGRI, *Ubi social, ubi ius. Fondamenti costituzionali dei social network e profili giuridici della responsabilità dei provider*, cit., 204.

²² M. BASSINI, G. E. VIGEVANI, *Primi appunti su fake news e dintorni*, in [MediaLaws](#) 1/2017.

²³ V. NARDI, *I discorsi d'odio nell'era digitale: quale ruolo per l'Internet Service Provider?*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#). Si noti, tuttavia, i rilievi critici espressi a tal proposito in [Article 19](#): “the Act provides no guidance to Social Networks on how they should differentiate “manifestly unlawful content” from “unlawful content”, and contains no duty on the part of Social Networks to consider user’s rights to freedom of expression when making these determinations (even though law enforcement authorities are required to consider this when acting to restrict freedom of expression pursuant to the GCC). Private companies are clearly not well placed to be making complex legal and factual determinations on the interpretation of the German Criminal Code, which require taking into account the content of expression, the mental state of

numero di contenuti oscurati in via precauzionale dai *social network* in Germania, per evitare di incorrere in sanzioni, con conseguente aumento del contenzioso dinanzi ai giudici per illegittima soppressione dei contenuti. E le modifiche attualmente in discussione non sembrano rispondere né alle inquietudini di quanti lamentano una restrizione eccessiva ed ingiustificata della libertà di espressione, né alle richieste delle piattaforme *social*, su cui gli obblighi di informazione e rendicontazione sembrano destinati ad aumentare ulteriormente²⁴.

L'elaborazione della legge tedesca si è inserita nel contesto di un'attenzione sempre più alta, da parte dell'opinione pubblica europea, alla presenza dei contenuti d'odio in rete e ha preso le mosse, a sua volta, dal *soft law* eurounitario e, in particolare, dal Codice di condotta sulla lotta contro l'incitamento all'odio illegale²⁵ della Commissione europea presentato nel maggio 2016, di cui condivide l'impostazione, precisando il ruolo - e la centralità - delle piattaforme online nella lotta ai contenuti illeciti.

Vale la pena soffermarsi, dunque, sui punti salienti del predetto Codice, elaborato di concerto con le più grandi aziende che operano nel web, siccome l'impostazione del documento fa da cornice ideale alla disciplina tedesca, come pure alla disciplina francese in via di approvazione. Il testo, sviluppato in seno allo «EU Internet Forum 'Bringing together governments, Europol and technology companies to counter terrorist content and hate speech online²⁶», ritaglia, per gli *Internet Service Providers*, un ruolo proattivo nella lotta ai contenuti d'odio diffusi in rete: vi si legge, infatti, che «se da un lato l'applicazione effettiva delle disposizioni che prevedono il reato di incitamento all'odio dipende dall'esistenza di un solido sistema di applicazione delle sanzioni penali contro i singoli autori dei discorsi di incitamento all'odio, dall'altro questa azione deve essere integrata da iniziative atte a garantire che, appena ricevuta una valida segnalazione, gli intermediari online e le piattaforme dei media sociali reagiscano prontamente, contrastando le forme illegali di incitamento all'odio online».

Gli *Internet Service Providers* si impegnano a garantire, da una parte, la rimozione o l'oscuramento dei contenuti d'odio illeciti adeguatamente segnalati dagli utenti, entro 24 ore dall'avvenuta segnalazione; dall'altra parte, i medesimi attori promettono di rendere più completo ed incisivo il proprio intervento, attraverso «l'opera di elaborazione e promozione di narrazioni alternative indipendenti, di nuove idee e iniziative e di sostegno di programmi educativi che incoraggino il pensiero critico²⁷». Si delineano, così, i contorni di un'inedita forma di «privatizzazione delle funzioni statali²⁸», laddove alle grandi aziende che già sembrano monopolizzare la rete internet si chiede pure di valutare la liceità dei contenuti pubblicati dagli utenti, e di rendere inaccessibili i contenuti bollati come inaccettabili sollecitando, peraltro, anche la diffusione di contronarrazioni ad opera dei medesimi attori. Senza predisporre procedure in contraddittorio e senza garanzie giurisdizionali.

the person publishing the content, the context in which that information is shared, and considerations of the impact of that expression on other individual's rights or broader State interests in national security or public order": cfr. [Germany: The Act to Improve Enforcement of the Law in Social Networks](#) (August 2017), 19.

²⁴ Cfr. D. KRETSCHMAR, *Kritik am Netzwerkdurchsetzungsgesetz, Anti-Hass-Novelle ohne Gegenliebe*, in [Taz](#) (19. 1. 2020).

²⁵ [Code of conduct on countering illegal hate speech online](#).

²⁶ Il *Forum* ha riunito i ministri degli Interni degli Stati membri ed i rappresentanti dei principali *stakeholder* (i giganti statunitensi della rete, l'Europol e le principali associazioni della società civile attive nella tutela della libertà di informazione). La trasparenza e dei lavori del Forum è stata fortemente contestata dai rappresentanti delle ONG coinvolti inizialmente; ammessi esclusivamente alle sessioni di lavoro riguardanti i discorsi d'odio, e non ai tavoli sul terrorismo, ed esclusi *in toto* dai negoziati finali, i portavoce delle associazioni hanno deciso di disertare i tavoli degli accordi. Per una ricostruzione più dettagliata della vicenda, si rinvia a K. FIEDLER, *EU Internet Forum against terrorist content and hate speech online: Document pool*, in [EDRi](#) (10 march 2016)

²⁷ [Codice di condotta sull'illecito incitamento all'odio online](#).

²⁸ L'espressione è di B. SAETTA, *Hate speech: l'accordo UE – social network mette a rischio la libertà d'espressione*, in [ValigiaBlu](#) del 3 giugno 2016.

La successiva raccomandazione n. 1177 del 1 marzo 2018 sulle misure per contrastare l'odio *online* della Commissione europea ha aggiustato solo parzialmente il tiro, invitando gli Stati membri a fornire chiarimenti agli *Internet Service Providers* circa la tipologia di contenuti illegali da rimuovere, ed incoraggiando il ricorso a procedure stragiudiziali in caso di controversie; nel documento si richiede, poi, alle piattaforme del web di rendere più facilmente leggibili e fruibili le proprie politiche di servizio in materia di rimozione dei contenuti che rientrano nell'orbita dei discorsi d'odio.

Tuttavia, nel medesimo testo, la Commissione reclama pure un uso più intensivo degli strumenti di rilevazione automatizzata da parte degli *Internet Service Providers*, al fine di permettere un riconoscimento dei contenuti rientranti nell'ambito dei discorsi d'odio e/o legati alla propaganda terroristica sempre più incisiva: così, nuovamente, la Commissione sembra demandare ad un piccolo gruppo di operatori privati, che già si trovano in una posizione egemonica, la *governance* della rete, contemplando, tra l'altro, il ricorso ad algoritmi la cui efficacia, in questa fase, resta tutta da dimostrare. Il rischio è, con tutta evidenza, quello «di snaturare la stessa *ratio* sottesa, su tutti, alla disciplina degli *Internet service provider*, racchiusa nella Direttiva 2000/31/CE e ispirata all'obiettivo di non responsabilizzare in via preventiva e diretta le piattaforme per contenuti e attività illecite degli utenti», evitando così «derive di iper-responsabilizzazione²⁹».

4. In conclusione: una disciplina ancora in cerca di equilibrio.

Fin dalla Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789, cui si riconosce oggi il rango di fonte costituzionale, la posizione francese rispetto alla tutela della libertà di espressione si è caratterizzata per il netto favore rispetto alle restrizioni legislative volte a tutelare altri beni giuridici costituzionalmente protetti; nel qualificare la libera manifestazione dei pensieri e delle opinioni come «uno dei diritti più preziosi dell'uomo», l'articolo 11 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino precisa che «ogni cittadino può dunque parlare, scrivere, stampare liberamente, salvo a rispondere dell'abuso di questa libertà nei casi determinati dalla Legge»³⁰.

La compenetrazione tra la libertà in discussione ed i limiti al suo esercizio, indispensabili per garantire l'assetto democratico della società, è stata talmente profonda, in particolar modo fino all'inizio degli anni Duemila, al punto da potersi qualificare come «*exception française*» in materia di libertà di espressione proprio quell'attitudine consistente in un «*contrôle relativement peu exigeant des ingérences dans l'exercice de la liberté d'expression*», che ha avuto come corollario il «*triomphe quasi systématique du droit à la réputation ou à la protection de la vie privée au détriment de la liberté d'expression devant les tribunaux français*»³¹.

Nella nota contrapposizione tra la concezione della libertà di espressione propria del Vecchio continente e la diversa interpretazione che ne viene fornita negli Stati Uniti, la Francia rappresenta probabilmente il campione del modello europeo; non potrebbe suonare, perciò, più dissonante

²⁹ O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in G. PITRUZZELLA-O. POLLICINO-S. QUINTARELLI, *Parole e potere. Libertà di espressione, hate speech e fake news*, EGEA, Milano, 2017, 1-53, 15. Si noti incidentalmente che la Direttiva 2000/31/CE non è in grado di dare conto di e non risponde efficacemente agli sviluppi tecnologici più recenti e, in particolare, alla capacità degli *Internet Service Providers* di modificare il *feed* degli utenti, presentando un flusso delle informazioni personalizzato e non rispondente al flusso cronologico dei contenuti postati, che risente di logiche puramente economicistiche. Un aggiornamento della Direttiva in tempi brevi pare plausibile, sebbene non siano noti, allo stato attuale, gli indirizzi che tale intervento giuridico potrà seguire.

³⁰ Il carattere pionieristico viene messo in luce da P. MBONGO, *La résonance française de l'“intolérance” européenne à l'égard des discours extrêmes ou de haine*, in M.-L. FRICK-P. MBONGO-F. SCHALLHART (a cura di), *PluralismusKonflikte – Le pluralisme en conflit*, Lit, Berlino, 2010, 101-126.

³¹ E. DERIEUX-L. PECH, *Existe-t-il une exception française en matière de droits fondamentaux?*, *Actes du colloque du 17 et 18 novembre 2011 organisé par l'Institut Louis Favoreu*, in *Les cahiers de l'Institut Louis Favoreu*, 1/ 2013, 156 e 157.

l'accostamento proprio con la definizione di libertà di espressione contenuta nel Primo emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti d'America, che pare avallare un esercizio totalmente libero della libertà in discussione³². Le due posizioni si confrontano costantemente, come è inevitabile nel contesto della rete internet, i cui attori hanno una vocazione apertamente transnazionale; raramente le due posizioni finiscono per trovare un terreno comune di intesa. «Vi è [...] sullo sfondo una diversa matrice storica che contribuisce certamente a creare un terreno fertile per il radicamento di meccanismi di filtraggio o di selezione nel contesto europeo, laddove lo osteggia nell'ambito statunitense», e questa «eterogeneità di approccio si traduce in una differente articolazione del contenuto della stessa libertà di espressione [...]. Così, se il Primo Emendamento si limita a stabilire un divieto, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e le Costituzioni degli Stati europei riconoscono, per esempio, la libertà di informazione quale parte qualificata della libertà di parola; e declinano tale libertà in tre diversi profili: quello attivo (libertà di informare, ossia diffondere informazioni), quello passivo (libertà di ricevere informazioni) e quello mediano (libertà di ricercare informazioni)³³». Sarebbe, dunque, sottesa al costituzionalismo europeo la «funzionalizzazione della libertà di espressione al soddisfacimento dei bisogni informativi dei consociati, e dunque, indirettamente, alla formazione dell'opinione pubblica e al funzionamento della democrazia³⁴».

Con la proposta di legge per contrastare il fenomeno dell'odio in rete, il legislatore francese sembra ribadire la centralità delle condizioni in cui la diffusione del messaggio ha luogo affinché la comunicazione possa dirsi pienamente libera; in questa prospettiva, per aversi un sistema democratico, è indispensabile che ciascun cittadino possa concorrere alla formazione dell'opinione pubblica su un piede di parità, abbandonando «l'illusione paleoliberistica di una qualche autoregolamentazione del mercato e della società, pena la rinuncia o comunque una grave defezione del ruolo regolatore (e quindi del significato stesso) delle strutture istituzionali ai più diversi livelli³⁵». I discorsi d'odio, per quanto variegati siano le forme ed i toni che essi assumono, e nonostante le ambiguità definitorie³⁶, concorrono nel loro insieme a ridurre la statura sociale di quanti ne sono bersaglio. Lo statuto di inferiorità in cui i discorsi d'odio costringono taluni membri del consesso sociale «*menace [...] la reconnaissance de l'égalité de statut des citoyens. Or celle-ci est une condition de la 'valeur équitable' de la liberté d'expression. Justifier sur cette base normative le recours, dans certaines circonstances, à des restrictions visant les discours de haine, ce n'est donc pas limiter cette liberté de l'extérieur, mais plutôt*

³² Si noti, tuttavia, come le numerose restrizioni approntate dal legislatore statunitense nel corso degli ultimi due secoli inducono a mitigare la percezione di una libertà che non incontra alcun limite, permettendo di osservare, più correttamente, che si tratta di una declinazione della libertà di espressione che conosce molti meno limiti che altrove.

³³ O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, S. QUINTARELLI, *Parole e potere. Libertà di espressione, hate speech e fake news*, op. cit.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ P. COSTANZO, *Informazione nel diritto costituzionale*, in *Digesto Quarta Edizione, (Discipline pubblicistiche)*, UTET, Torino, 1993, 385. Un ripensamento critico della metafora del *free marketplace of ideas* viene oggi invocato da più parti: sul punto, si segnala il contributo di G. DE GREGORIO, *The market place of ideas nell'era della post-verità: quali responsabilità per gli attori pubblici e privati online?*, in [MediaLaws](#), 1/2017, 91-105.

³⁶ Tali ambiguità sono messe in evidenza nell'introduzione all'ultimo [rapporto](#) dello *Special rapporteur on the promotion and the protection on the right to freedom of opinion and expression* dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, David Kaye, che richiama la possibilità di intervenire con un eccesso di risposta od, al contrario, con una risposta fin troppo debole, al contenimento dei discorsi d'odio in rete, a seconda della definizione di *hate speech* accolta dai diversi Governi, ed in funzione dell'interesse politico perseguito dagli stessi. In particolare, si sostiene che «*"Hate speech", a shorthand phrase that conventional international law does not define, has a double ambiguity. Its vagueness and the lack of consensus around its meaning can be abused to enable infringements on a wide range of lawful expression. Many Governments use "hate speech", similar to the way in which they use "fake news", to attack political enemies, non-believers, dissenters and critics. However, the phrase's weakness ("it's just speech") also seems to inhibit Governments and companies from addressing genuine harms, such as the kind resulting from speech that incites violence or discrimination against the vulnerable or the silencing of the marginalized. The situation gives rise to frustration in a public that often perceives rampant online abuse.*

faire valoir que le droit égal à la libre expression, pour ne pas rester simplement formel, doit s'accompagner de mesures assurant des conditions équitables pour l'exercer effectivement. La limite, ici encore, n'est pas externe à la liberté mais en fait partie. Ce n'est pas assez, pour que les citoyens puissent s'affronter publiquement en égaux, débattre de leurs lois de leurs droits, qu'ils disposent d'un accès formel égal à la parole ; il faut encore que l'environnement créé par l'expression publique ne disqualifie pas d'emblée certains d'entre eux, en les décrivant avec constance comme indignes d'un tel affrontement entre égaux³⁷».

La posizione francese (ed eurounitaria) si iscrive, dunque, nel solco di tradizioni costituzionali che hanno plasmato la libertà di espressione, modellandone il contenuto fino a lasciare lo spazio necessario per l'introduzione dei reati d'opinione. Pur collocando all'interno di una siffatta prospettiva la proposta di legge francese, e senza misconoscere la rilevanza dell'impegno nel contrasto ai contenuti d'odio in rete, resta, tuttavia, controversa agli occhi di scrive l'opportunità di fare ricorso al diritto sanzionatorio. In particolare, ci si chiede se le peculiari fattezze dei discorsi d'odio in internet³⁸ siano tali da imporre interventi normativi che allarghino ulteriormente il numero delle fattispecie penali che reprimono le opinioni lesive della dignità della persona. Resta, poi, tutta da verificare la proporzionalità delle misure delineate dal legislatore francese, di cui si è tentato di abbozzare qualche rilievo critico, tenendo bene a mente, da un lato, la genealogia dei reati di opinione, nati «proprio come strumenti di repressione del dissenso politico» e, dall'altro, come messo in evidenza da Andrea Pugiotto, che «l'eccedenza di risposta penale su temi quali l'omofobia (ma anche il razzismo, la xenofobia, l'antisemitismo, il sessismo) rischia di tradursi in ulteriori limiti all'esercizio della libertà di manifestazione del proprio pensiero³⁹».

Se l'obiettivo legittimo del legislatore francese è quello di conservare il carattere neutrale dell'arena pubblica in cui dibattere, non si potrà allora dimenticare che il cyberspazio fa parte a pieno titolo dello spazio pubblico e che, anzi, esso «risulta assai congeniale, nella logica del costituzionalismo, alla metabolizzazione di nuove idee, agevolando [...] l'informazione, la discussione e la critica su tutto quanto concerne i pubblici poteri. In altri termini, internet sembrerebbe prestarsi assai bene all'esercizio delle funzioni che secondo Rosanvallon danno corpo alla cd. 'contro-democrazia', vale a dire: il vigilare, l'impedire e il giudicare⁴⁰».

³⁷ C. GIRARD, *Le droit et la haine. Liberté d'expression et 'discours de haine' en démocratie*, in [Raison-Publique](#), mardi 22 avril 2014, 33.

³⁸ Le caratteristiche peculiari dei discorsi d'odio in rete, che ne rendono complessa la regolamentazione, sono individuate e descritte opportunamente nel [rapporto](#) Unesco del 2015, *Countering Online Hate Speech*; qui, i fenomeni di *hate speech online* vengono distinti dalle equivalenti espressioni d'odio *offline* in funzione di quattro caratteristiche: *permanence, itinerancy, anonymity, cross-jurisdictional character*.

³⁹ A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, Relazione al V Convegno Nazionale dell'Avvocatura per i diritti LGBT-Rete Lenford, Omofobia, Transfobia e Diritto penale, Bari, 30 novembre -1 dicembre 2012, in [Diritto Penale Contemporaneo](#) 15 luglio 2013.

⁴⁰ P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI (a cura di), *Costituzionalismo e globalizzazione*, Jovene, Napoli, 2014, 43 ss. A tal proposito, nel già citato [documento](#) dello *Special rapporteur on the promotion and the protection on the right to freedom of opinion and expression* dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, David Kaye insiste sulla necessità di accordare lo stesso livello di tutela alla libertà di espressione *offline* e *online*: «*State approaches to online hate speech should begin with two premises. First, human rights protections in an offline context must also apply to online speech. There should be no special category of online hate speech for which the penalties are higher than for offline hate speech. Second, Governments should not demand – through legal or extralegal threats – that intermediaries take action that international human rights law would bar States from taking directly*».