

Selfie con Merkel? Diffamazione, hate speech, fake news e responsabilità dei social networks: un difficile bilanciamento

di Elisa Bertolini

Title: *A selfie with Merkel? Defamation, hate speech, fake news and ISPs liability: a difficult balance*

Keywords: Defamation; Hate speech; Fake news.

1. – Il presente contributo si propone di fornire un breve commento alla sentenza del *Landgericht* di Würzburg (11 O 2338/16 UVR) del 7 marzo 2017.

La sentenza in esame è di notevole interesse in quanto va a toccare alcune delle maggiori criticità connesse alla attività dei *social networks*: la proprietà delle immagini caricate su queste piattaforme e l'uso che ne viene fatto, la diffamazione, l'*hate speech* e la diffusione di *fake news* e infine la responsabilità delle piattaforme stesse. Il fenomeno delle *fake news*, in particolare, ha assunto proporzioni preoccupanti negli ultimi mesi – ancora di più quando connesse all'*hate speech* –, in relazione alla recente campagna elettorale statunitense e a quelle in corso (principalmente in Francia e Germania). Queste criticità vanno poi a inserirsi nella difficile qualificazione della tipologia di attività svolta dai *social networks* – momento chiave per poter poi delineare il regime di responsabilità cui assoggettarli – e nel più generale vuoto normativo (causato dal connubio tra inerzia del Legislatore e oggettiva difficoltà a regolamentare fenomeni e attività così tecnicamente complessi) che continua a caratterizzare la materia e che rende l'utente debolmente tutelato quando si trova ad agire, volontariamente o anche involontariamente, su queste piattaforme. Nuovamente dunque il legislatore insegue e la giurisprudenza tenta di fornire linee guida, non sempre soddisfacenti.

149

2. – Il caso deciso dal *Landgericht* di Würzburg si è originato dal ricorso di un profugo siriano, Anas Modamani, contro Facebook, al fine di ottenere una ingiunzione per la identificazione e la rimozione di tutti i contenuti pregiudizievoli alla sua integrità personale, in quanto falsi (*fake news*) e veicolatori di odio (*hate speech*).

Nel 2015, Modamani, poco dopo il suo arrivo sul territorio tedesco, aveva scattato un *selfie* con la cancelliera tedesca Merkel e l'immagine, ripresa da un fotografo di una agenzia di stampa, era presto diventata virale in rete, quale simbolo della politica di Merkel nei confronti dei rifugiati. Successivamente, però, la medesima immagine ha iniziato a essere utilizzata da gruppi di estrema destra su differenti *social networks* in connessione agli attentati di Bruxelles, di Berlino e infine per l'attacco mortale a un senzatetto, sempre a Berlino; di tutti questi fatti Modamani veniva indicato come uno dei responsabili. L'uso improprio della foto era poi accompagnato da titoli sensazionalistici veicolanti messaggi d'odio. La foto, continuamente connessa alle false notizie, è stata periodicamente rilanciata su Facebook, in particolare, e Twitter, causando notevole pregiudizio alla reputazione del ricorrente.

3. – Il ricorso al *Landgericht* mirava dunque a tutelare la personalità di Modamani e proteggerla dall'ulteriore pregiudizio rappresentato dalla continua circolazione del *selfie* nel contesto di *fake news* e *hate speech*. L'unico strumento idoneo al raggiungimento del risultato poteva essere, secondo il ricorrente e il suo legale, il diretto intervento di Facebook nella rimozione dei contenuti. Quando si parla di diretto intervento ci si riferisce a una azione che il *social network* dovrebbe prendere di propria iniziativa e non, contrariamente a quanto previsto dalle sue *guidelines*, su segnalazione degli utenti.

Nella sentenza del 7 marzo, il giudice Seipel si è espresso contro l'ingiunzione, motivando la propria decisione con il fatto che Facebook, non avendo in alcun modo manipolato il contenuto (l'immagine), non potesse essere ritenuto giuridicamente responsabile della sua distribuzione. Il secondo fondamento è invece da rintracciarsi nella direttiva *ecommerce*, secondo la quale un *hosting provider* può essere ritenuto responsabile per la mancata eliminazione di un contenuto dal proprio sito solo qualora detta eliminazione sia tecnicamente possibile.

Affermando la impossibilità tecnica per Facebook di procedere alla rimozione non tanto della immagine in sé, quanto di tutte le sue condivisioni, il giudice ha così accolto la tesi della difesa, che di questa impossibilità aveva fatto il punto centrale.

4. – Seppure dunque il giudice Seipel abbia riconosciuto la seria implicazione che il caso in questione aveva in termini di diritti della persona nella sfera digitale, è indubbio che la sentenza non abbia marcato un significativo passo avanti nella tutela degli utenti: garantista del ruolo di Facebook e del modello di *business* che esso rappresenta, ma con troppe questioni problematiche che rimangono ancora aperte e forse meritavano una più profonda riflessione.

Le contromisure che Facebook è tenuto a intraprendere al fine di tutelare la *privacy* e la dignità della persona dipendono dalla normativa applicabile, la quale a sua volta dipende da come è qualificata l'attività svolta da Facebook. Il nodo che ancora non è stato sciolto, e che è all'origine della difficoltà nel tutelare in maniera effettiva l'utente di queste piattaforme, riguarda proprio la natura del servizio da loro offerto e dunque la chiara individuazione delle loro responsabilità. Tutto ciò rileva al fine di comprendere se la normativa tedesca a tutela della integrità personale dell'individuo possa essere applicata a una piattaforma di *social network*.

La questione sottende poi un'altra problematica, quella legata alla proprietà dell'immagine ritraente Merkel e il ricorrente. Il caso si è infatti originato senza il concorso del ricorrente. Nonostante il *selfie* ritraesse il ricorrente, non è stato lui direttamente a caricarlo sulle piattaforme di *social networking*. Non a caso, l'immagine che circola è la fotografia del *selfie* e non il *selfie* stesso. In merito alla pubblicazione di immagini ritraenti terzi, Facebook nelle proprie *guidelines* insiste sulla necessità del consenso dell'interessato, ipotizzando situazioni di ordinaria quotidianità. In questo caso, però, l'immagine risultava degna di interesse (e dunque di diffusione) non naturalmente per la presenza del ricorrente, quanto per quella della cancelliera Merkel, una figura pubblica di interesse generale, indi per cui la sua circolazione rientra a tutti gli effetti nel diritto di cronaca.

Se dunque il ricorrente non ha potuto esercitare alcun controllo iniziale sulla circolazione dell'immagine, è opportuno focalizzarsi sugli strumenti in suo possesso a tutela della sua *privacy* e della sua integrità personale a fronte di utilizzi impropri di un contenuto legittimamente diffuso e non in sé pregiudizievole.

Per quanto concerne la protezione dei diritti di terzi, si deve fare riferimento alla *Dichiarazione dei diritti e delle responsabilità* che disciplina il comportamento dell'utente e quello di Facebook. Al punto 5, Facebook si impegna a rispettare e proteggere i diritti di terzi e si aspetta che gli utenti facciano lo stesso. Più precisamente, il punto 5.1 vieta la pubblicazione così come qualunque azione che costituisca una violazione dei diritti di terzi o delle leggi vigenti, mentre il punto 5.2 afferma il diritto di rimozione di Facebook, il quale si riserva di rimuovere tutti i contenuti o le informazioni che gli utenti pubblicano nei casi in cui si ritenga che violino la *Dichiarazione*.

Ciò che dunque viene in rilievo è in quali casi e attraverso quale meccanismo scatti l'intervento di Facebook e l'esercizio quindi del diritto a vedere rimosso il contenuto

pregiudizievole. È la segnalazione dell'utente che ritiene di aver subito una violazione dei propri diritti che attiva la procedura di rimozione.

Il ricorrente si era infatti rivolto a Facebook in prima battuta al fine di ottenere la rimozione del contenuto. Per quanto Facebook abbia rilevato come la prima pubblicazione dell'immagine non costituisca di per sé una violazione delle *guidelines* degli utenti, ha comunque provveduto a disabilitare l'accesso al contenuto segnalato quale lesivo dei diritti del ricorrente. Disabilitare l'accesso del contenuto non implica necessariamente cessazione del pregiudizio, in quanto non va a incidere sulle condivisioni del contenuto stesso che ne permettono la continua circolazione. E l'impossibilità tecnica lamentata da Facebook, e accolta poi dal giudice di Würzburg, riguarda proprio l'intervento che dovrebbe essere effettuato su ogni singola condivisione del contenuto. Naturalmente il ricorrente ha contestato questa impossibilità, suggerendo che Facebook sarebbe invece perfettamente in grado di monitorare le attività di tutti i suoi utenti e di intervenire di conseguenza. In effetti non sarebbe concretamente impossibile immaginare un intervento sull'algoritmo che regola la pubblicazione di contenuti e soprattutto la condivisione che, nel caso in esame, si è rivelato essere il centro della questione.

Il possibile intervento sull'algoritmo, però, non è comunque esente da profili problematici, non solo dal punto di vista tecnico, ma anche giuridico: qualora Facebook ponesse in essere un simile intervento, la sua attività ne sarebbe modificata? Rimane comunque che un simile intervento sarebbe da attuarsi *ex post*, sempre a fronte di una segnalazione da parte degli utenti, al fine di mantenere inalterato il presente regime di responsabilità che non grava su Facebook, bensì sugli *users*.

La difesa di Facebook, oltre alla summenzionata impossibilità tecnica, si poggiava su un altro punto nodale: il caso in questione non riguarderebbe propriamente la violazione dei *community standards* ma la diffamazione. Conseguentemente, la responsabilità ricadrebbe ancora una volta non su Facebook quanto sugli utenti che hanno condiviso l'immagine del ricorrente. In aggiunta, Facebook ha rilevato come abbia provveduto alla rimozione delle immagini quando segnalata come diffamatoria, insistendo nuovamente sulla impossibilità di agire direttamente e sulla necessità che siano gli utenti a segnalare l'immagine come tale. Il ricorrente aveva inoltre, senza successo, richiesto a Facebook di procedere con la identificazione di tutti gli utenti che avessero apposto il "mi piace" al contenuto diffamatorio.

In ogni caso, non ci si può esimere dal sollevare un'altra questione. Il fatto che Facebook si attenga al rispetto delle proprie *guidelines* rappresenta solo una parte del problema, perché non esaurisce la questione. Rimane infatti aperto il rapporto con la normativa tedesca, laddove è la stessa *Grundgesetz* a garantire il diritto al libero sviluppo della persona, comunemente inteso come includente il diritto alla *privacy* e alla determinazione di quanto di sé debba e possa apparire in pubblico.

Ancora una volta, dunque, ciò che viene in rilievo è nuovamente il regime di responsabilità da applicarsi ai gestori di piattaforme di *social networking* quali Facebook, la cui attività si caratterizza per essere quella di intermediario, completamente neutrale rispetto al contenuto veicolato. La neutralità esclude la possibile responsabilità, che viene invece a ricadere sui singoli utenti che utilizzano la piattaforma. Inoltre, la neutralità risulta accentuata dal fatto che Facebook non intervenga in alcun modo a modificare i contenuti caricati e diffusi dagli utenti.

5. – Infine, *last but not least*, rimane la problematica connessa a *hate speech* e *fake news*.

Circa il primo punto, il divieto posto in essere dalla normativa tedesca alla pubblicazione di commenti sediziosi non risulta essere invocabile nel caso in esame, nuovamente in ragione della peculiarità della attività svolta da Facebook e dal regime di responsabilità che da essa deriva.

Il caso in esame non è stato il primo in cui si è tentato di fare valere la responsabilità di Facebook per *hate speech*. Il legale di Modamani aveva infatti già intentato un'altra causa contro Facebook presso il *Landgericht* di Amburgo, ma senza alcun successo. Anche il tribunale di Amburgo, come ha poi fatto quello di Würzburg, si era espresso a favore della non responsabilità di Facebook per il contenuto veicolato, anche se di natura sediziosa.

Nuovamente a fondamento della decisione si trova la impossibilità tecnica per Facebook di procedere a interventi diretti a fronte della quantità di contenuti diffusi e condivisi.

Da questi due casi emerge dunque l'impossibilità di ritenere le piattaforme di *social networking* come responsabili della diffusione di contenuti di *hate speech* sulla base della normativa vigente.

Il BMJ (*Bundesministerium der Justiz*) ha più volte espresso le proprie perplessità di fronte alla difficoltà, se non impossibilità, di combattere il fenomeno e si è espresso a favore di una modifica del regime attuale, evidenziando la necessità che le piattaforme di *social networking* siano anch'esse soggette a un regime di responsabilità per la pubblicazione di contenuti di *hate speech*. Proprio a tal fine il governo federale ha messo in piedi una *task force* che riunisce rappresentanti di Facebook, Google e Twitter al fine di valutare quanto tempo e quante risorse siano necessarie alle piattaforme per procedere alla rimozione di tutti i contenuti segnalati come *hate speech*. Contestualmente il governo sta lavorando a una proposta di legge che obbligherebbe Facebook e gli altri *social network* a rispondere ai reclami e cancellare i contenuti in questione nel giro di 24 ore, pena il pagamento di sanzioni.

Relativamente alle *fake news*, Facebook ancora non ha sviluppato un sistema di contrasto, avendo il fenomeno iniziato ad assumere dimensioni preoccupanti solo recentemente. Per il momento Facebook si sta appoggiando, in alcuni Paesi, ad agenzie di stampa e testate giornalistiche al fine di verificare le notizie ed evitare la pubblicazione di quelle false. Chiaramente limitarsi a una contromisura di tal genere è piuttosto insoddisfacente, in quanto poco idonea a contrastare in maniera efficace un fenomeno così dilagante. Tuttavia, non è affatto scontato che misure più incisive siano percorribili, non solo dal punto di vista tecnico, quanto in termini di compatibilità con il modello di servizio e di *business* rappresentato dalle piattaforme di *social networking*.

La soluzione che raggruppa maggiori sostenitori, soprattutto in termini di fattibilità tecnica, è quella di istituire dei filtri che impediscano alle notizie non verificabili e attendibili di venire pubblicate. I meccanismi di filtro non sono una novità nel panorama della rete; i regimi che maggiormente la imbrigliano si servono comunemente di essi al fine di più efficacemente comprimere la libertà di espressione. Se dunque i filtri sono efficaci e concretamente realizzabili, ci si deve chiedere quale sia la ragione che ne osti l'adozione da parte delle piattaforme di *social networking*. Come poc'anzi rilevato, il problema si sposta a questo punto su un altro piano, chi effettivamente dovrebbe/potrebbe incaricarsi di porre in essere il meccanismo di filtro. Tralasciando in questa sede l'opzione di soggetti privati, rimane quella di incaricare direttamente i gestori delle piattaforme, con il conseguente snaturamento di quella che è la loro attività. I filtri sono un meccanismo di controllo *ex ante*, dunque realizzano un controllo contenutistico prima della pubblicazione, inserendo così nel circuito della responsabilità coloro che pongono in essere detto meccanismo. Le piattaforme di *social networking*, però, non prevedono questo tipo di controllo in quanto il regime di responsabilità vigente si basa sugli utenti e non sui gestori. I gestori delle piattaforme non sono gli autori del contenuto e non intervengono neppure nel manipolarlo, sono pertanto dei meri intermediari, neutrali rispetto a quanto pubblicato. I responsabili del contenuto pubblicato e veicolato sono gli utenti e i gestori intervengono solo a fronte di segnalazioni precise da parte degli utenti stessi. Spostare dunque la responsabilità dagli utenti in capo ai gestori non sarebbe una opzione scevra di conseguenze; tutt'altro, implicherebbe la completa trasformazione del loro modello di *business*. Essere responsabile dei contenuti, intervenire su di essi selezionando esclusivamente quelli idonei alla pubblicazione implica adottare una linea editoriale. E la linea editoriale non è usualmente associata a piattaforme che svolgono il tipo di servizio di *social networking* e dunque si attuerebbe uno spostamento di attività e conseguentemente di responsabilità. Questo problema non cambia se il sistema di *filtering* viene previsto per via legislativa o di autoregolamentazione delle piattaforme stesse. Il tutto senza dimenticare la difficoltà che presenta la definizione di criteri chiari, oggettivi e uniformi. Il *filtering* si pone sulla linea di confine della censura e, non a caso, è il primo pilastro su cui si fonda qualsiasi sistema censorio della rete.

Si è precedentemente affermata la fattibilità tecnica dei meccanismi di filtro, sulla base del fatto che sono attuati in molte realtà. È pur vero, però, che la scala su cui sono adottati i filtri è considerevolmente ridotta rispetto a quella su cui si trovano a operare piattaforme

quali Facebook o Twitter. L'Internet cinese, dove il *filtering* è uno dei pilastri del potente apparato censorio, non è propriamente un Internet quanto una gigantesca rete intranet in cui gli omologhi indigeni di Facebook, Twitter, YouTube (solo per citarne alcune) nascono già predisposti al *filtering* e al *blocking* dei contenuti.

6. – Il continuo evolversi delle potenzialità di veicolazione di contenuti offerte dalla rete Internet e in particolare dai *social networks* pone continuamente nuove sfide alla qualificazione giuridica delle attività e soprattutto alle garanzie che possono concretamente essere offerte agli utenti che agiscono nell'arena digitale. L'idea originaria della neutralità della rete e il suo dover essere un *forum* di libero scambio di idee e notizie è sempre più compromessa dalla sete di sensazionalismo, di protagonismo e di visibilità che pongono in essere violazioni sempre maggiori dei diritti degli utenti. E ancora più difficile diventa trovare un bilanciamento tra il rispetto della identità della rete e di ciò che rappresenta e la garanzia dei diritti degli utenti, difficoltà poi amplificata dalla complessità tecnica che caratterizza la rete in sé così come le attività e i servizi offerti dagli operatori di settore.