

DIFFAMAZIONE A MEZZO STAMPA E LIBERTÀ DI ESPRESSIONE NELL'ORIZZONTE DELLA TUTELA INTEGRATA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

di Laura Tomasi

L'articolo tratta della legittimità costituzionale e convenzionale della previsione della pena detentiva per il delitto di diffamazione a mezzo stampa di cui agli artt. 595, terzo comma, cod. pen. e 13 della legge 8 febbraio 1948, n. 47, soffermandosi sugli orientamenti della Corte europea dei diritti umani (sentenze Cumpănă e Mazăre, Katrami, Belpietro, Ricci e Sallusti) e della Corte costituzionale (ordinanza n. 132 del 2020) e sugli strumenti a disposizione del giudice comune per dare attuazione alle indicazioni ricavabili da tale giurisprudenza in ordine al bilanciamento da operare tra libertà di espressione – a un tempo diritto individuale e valore fondamentale dell'ordinamento democratico – e tutela della reputazione.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La punizione della diffamazione a mezzo stampa con la pena detentiva e la frizione con l'art. 10 CEDU. – 3. Il ruolo del giudice comune: l'interpretazione convenzionalmente orientata e i suoi limiti. – 4. Il promovimento della questione di legittimità costituzionale: le ordinanze dei Tribunali di Salerno e di Bari. – 5. La risposta della Corte costituzionale nell'ordinanza n. 132 del 2020: il "merito" ... – 6. ... e il metodo. – 7. Aspettando la decisione della Corte costituzionale: quale compito per il giudice comune?

1. Premessa.

La questione del bilanciamento tra libertà di espressione giornalistica e tutela della reputazione, da decenni oggetto di elaborazione da parte della giurisprudenza nazionale ed europea, è oggi di nuovo al centro del dibattito giurisprudenziale e dottrinale, con riferimento allo specifico profilo della legittimità del ricorso alla pena detentiva quale sanzione per la diffamazione a mezzo stampa.

Il tema della compatibilità di tale pena con la libertà di espressione dei giornalisti è meritevole di interesse non solo perché condiziona i presupposti di esercizio del duplice diritto (del giornalista) a informare e (dei cittadini) a essere informati, di assoluto rilievo nell'odierna "società dell'informazione", ma anche perché costituisce un buon *case-study* per testare il funzionamento di quel sistema di «tutela multilivello» dei diritti fondamentali ormai divenuto un *topos* della cultura giuridica europea.

Il problema della legittimità – al cospetto della Costituzione e della CEDU, che valorizzano entrambe la libertà di espressione come diritto individuale e come valore fondamentale dell'ordinamento democratico – dell'inflizione della pena detentiva al

colpevole di diffamazione a mezzo stampa (ri)propone al giudice comune – attore centrale del dialogo tra Carte e Corti – una serie di interrogativi sugli strumenti a sua disposizione per realizzare quella «tutela multilivello»: l’alternativa tra interpretazione conforme del diritto interno o promovimento dell’incidente di costituzionalità; il tipo di intervento che può essere richiesto al giudice costituzionale; le scelte da compiersi in presenza di questioni di legittimità costituzionale già sollevate da altri giudici.

A tali interrogativi si può tentare di dare risposta alla luce delle indicazioni ricavabili sia dalla giurisprudenza della Corte EDU, sia dalla recente ordinanza n. 132 del 2020 della Corte costituzionale, che contiene affermazioni significative sul punto di equilibrio da ricercare nel bilanciamento tra libertà di espressione e tutela della reputazione, e che lascia trasparire gli attuali orientamenti del giudice costituzionale circa i rapporti con le fonti e Corti internazionali (segnatamente la Corte europea dei diritti umani) e con gli altri poteri costituzionali (legislatore da un lato, giudici comuni dall’altro).

2. La punizione della diffamazione a mezzo stampa con la pena detentiva e la frizione con l’art. 10 CEDU.

I termini del problema sono apparentemente semplici.

Nel nostro ordinamento la diffamazione a mezzo stampa¹, fattispecie aggravata del delitto di diffamazione (art. 595 cod. pen.)², è punita con la pena detentiva, la cui comminatoria è alternativa rispetto a quella della pena pecuniaria secondo il disposto dell’art. 595, terzo comma, cod. pen. (che prevede la reclusione da sei mesi a tre anni o la multa non inferiore a 516 euro³); e cumulativa nell’economia dell’art. 13 della legge 8 febbraio 1948, n. 47, recante Disposizioni sulla stampa⁴ (che si applica ove la condotta

¹ Sulle problematiche relative alla estensibilità della nozione di «stampa» o «stampato» (art. 1 l. n. 47 del 1948, che designa «tutte le riproduzioni tipografiche o comunque ottenute con mezzi meccanici o fisico-chimici, in qualsiasi modo destinate alla pubblicazione») alle testate giornalistiche telematiche v. Cass. Pen., Sez. U, sentenza n. 31022 del 29/1/2015 – 17/7/2015; Sez. 5, sentenza n. 1275 del 23/10/2018 – 11/1/2019.

² Disposizione che, al primo, comma, punisce l’ipotesi-base di diffamazione con la pena della reclusione fino a un anno o della multa fino a 1032 euro. Il secondo comma prevede la circostanza aggravante dall’attribuzione di un fatto determinato, che comporta la pena della reclusione fino a due anni, ovvero della multa fino a 2065 euro. È altresì previsto, al quarto comma, un aumento di pena nell’ipotesi di offesa recata a una Corpo politico, amministrativo o giudiziario, o ad una sua rappresentanza, o a una Autorità costituita in collegio. In dottrina v. per tutti GULLO (2013), pp. 9-55; ID. (2019), pp. 3909-3940; PEZZELLA (2020), pp. 94-142.

³ Previsione che si applica sia alla diffamazione commessa con il mezzo della stampa, sia a quella commessa con qualsiasi altro mezzo di pubblicità, o in atto pubblico. L’importo massimo della multa, ex art. 24 cod. pen., è pari a 50.000 euro.

⁴ L’art. 30 della legge 6 agosto 1990, n. 223 prevede poi l’applicazione delle sanzioni di cui all’art. 13 l. n. 47 del 1948 al concessionario privato, alla concessionaria pubblica ovvero alla persona da essi delegata al controllo della trasmissione, in presenza di condotte di diffamazione commesse attraverso trasmissioni radiofoniche o televisive e consistenti nell’attribuzione di un fatto determinato.

diffamatoria consista nell'attribuzione di un fatto determinato e prevede la reclusione da uno a sei anni, e la multa non inferiore a cinquecentomila lire [258 euro]).

Pene che si applicano, naturalmente, nella misura in cui la condotta diffamatoria non sia scriminata, *ex art.* 51 cod. pen., dall'esercizio, da parte del giornalista, dei diritti di cronaca e di critica, protetti dagli artt. 21 Cost. e 10 CEDU⁵, e soggetti a loro volta al rispetto dei limiti della verità dei fatti⁶, della pertinenza o interesse pubblico alla loro diffusione⁷ e della contenenza delle espressioni adoperate⁸, secondo il paradigma originariamente delineato dalle sentenze sul c.d. 'Decalogo del giornalista' (Cass. Civ., Sez. 1, sentenza n. 5259 del 18/10/1984; Cass. pen., Sez. U, sentenza n. 8959 del 30/06/1984 - 23/10/1984).

Lo stesso trattamento sanzionatorio, diminuito in misura non eccedente un terzo, sanziona, ai sensi dell'art. 57 cod. pen., il direttore o vice direttore responsabile della stampa periodica, per omesso controllo colposo sul contenuto del periodico⁹.

La previsione (indefettibile) della pena detentiva per la diffamazione a mezzo stampa presenta non pochi punti di frizione rispetto alla giurisprudenza elaborata dalla Corte europea dei diritti umani, in materia di libertà di espressione, di cui all'art. 10 CEDU.

Va premesso che l'imposizione di sanzioni – penali, ma anche civili o amministrative – per condotte di diffamazione a mezzo stampa viene ricostruita dalla Corte EDU come ingerenza nella libertà di espressione, compatibile con l'art. 10 CEDU solo se prevista dalla legge, giustificata da uno degli «scopi legittimi» previsti dall'art. 10, paragrafo 2, CEDU e «necessaria in una società democratica» per raggiungere tale o tali scopi (*ex multis*, sentenza 17 dicembre 2004, Pedersen e Baadsgaard c. Danimarca [GC], n. 49017/99, paragrafo 67).

Onde stabilire se l'ingerenza nella libertà di espressione del giornalista possa dirsi necessaria, la Corte esamina una pluralità di fattori: il contributo della pubblicazione a un dibattito di pubblico interesse; il grado di notorietà delle persone oggetto della pubblicazione e l'incidenza di quest'ultima sulla loro vita privata; il modo

⁵ Ove non siano applicabili le esimenti del diritto di cronaca o di critica di cui agli artt. 21 Cost. e 51 cod. pen., può essere applicabile quella, di portata più circoscritta, prevista dall'art. 596, terzo comma, cod. pen. (c.d. *exceptio veritatis*): v. Cass. pen., Sez. 5, sentenza n. 4563 del 13/2/1985 – 10/5/1985; Sez. 5, sentenza n. 866 del 23/10/1991 – 29/1/1992.

⁶ V. *ex multis* Cass. Pen., Sez. 5, sentenza n. 3132 dell'08/11/2018 – 23/1/2019; Sez. 5, sentenza n. 57005 del 27/9/2018 – 18/12/2018; Sez. 5, sentenza n. 41099 del 20/7/2016 – 30/9/2016; Sez. 1, sentenza n. 40930 del 27/9/2013 – 3/10/2013.

⁷ Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 46295 del 4/10/2007 – 12/12/2007.

⁸ V. Cass. Pen., Sez. 5, Sentenza n. 19381 del 20/4/2005 – 20/5/2005. V. altresì, sul diritto di critica, *ex plurimis* Cass. Pen., Sez. 1, sentenza n. 5695 del 5/11/2014 – 6/2/2015; Sez. 5, sentenza n. 4938 del 28/10/2010 – 10/2/2011.

⁹ Secondo Cass. Pen., Sez. 5, sentenza n. 41249 del 26/9/2012 – 23/10/2012 (caso Sallusti), integra l'ipotesi di concorso nel reato di diffamazione e non quella di omesso controllo prevista dall'art. 57 cod. pen. la condotta del direttore di un quotidiano che disponga la pubblicazione di un articolo di contenuto diffamatorio firmato con uno pseudonimo di autore non identificabile, quando vi sia prova della consapevole adesione dello stesso al contenuto dello scritto. Analoghi principi sono stati applicati da Cass. Pen., Sez. 5, sentenza n. 52743 del 28/9/2017 – 20/11/2017 in relazione al direttore di un periodico online.

in cui le informazioni sono state reperite e la loro veridicità¹⁰; il contenuto, la forma e le conseguenze della pubblicazione; infine, la severità delle sanzioni imposte al giornalista, al direttore o all'editore (v. *ex multis* Corte EDU, 9 gennaio 2018, GRA Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus c. Svizzera, n. 18597/13; 27 giugno 2017, Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy c. Finlandia, n. 931/13; 10 novembre 2015, Couderc e Hachette Filipacchi Associés c. Francia [GC], n. 40454/07; Corte EDU, 23 aprile 2015, Morice c. Francia [GC], n. 29369/10; 7 febbraio 2012, Axel Springer AG c. Germania [GC], n. 39954/08).

In questo quadro, l'applicazione della pena detentiva ai reati commessi con il mezzo della stampa, o attraverso i media, è vista con particolare sfavore dalla Corte EDU¹¹.

Il *leading case* è la sentenza 17 novembre 2004, Cumpănă e Mazăre c. Romania [GC], n. 33348/96, relativa alla condanna per diffamazione di due giornalisti che avevano accusato un giudice di essere coinvolto in fatti di corruzione. La Corte EDU ha riconosciuto la legittimità dell'affermazione di responsabilità penale degli interessati, sul rilievo che le gravi accuse rivolte alla vittima fornivano una visione distorta dei fatti ed erano prive di adeguati riscontri fattuali, ritenendo però che l'infrazione della pena di sette mesi di reclusione non sospesa (ancorché in concreto non eseguita per effetto di un provvedimento di grazia presidenziale), costituisse una interferenza sproporzionata con il diritto alla libertà di espressione dei giornalisti in questione.

A fondamento della decisione della Corte dei diritti umani vi è la considerazione dell'essenziale ruolo della stampa di «cane da guardia» della democrazia¹² e della connessa necessità di assicurare che misure statali pur ispirate a doverose finalità di tutela della reputazione delle person, non dissuadano indebitamente i media dallo svolgere il loro ruolo di segnalare all'opinione pubblica casi apparenti o supposti di abuso dei pubblici poteri. Il timore di sanzioni detentive produce, secondo la Corte di Strasburgo, un effetto dissuasivo («chilling effect») rispetto all'esercizio dell'attività di inchiesta giornalistica, tale da riverberarsi sul giudizio di proporzionalità, e dunque di legittimità alla luce della Convenzione, di tali sanzioni (paragrafo 114). La Corte EDU ne ha tratto un giudizio di tendenziale incompatibilità dell'imposizione della pena detentiva per i reati commessi con la stampa con la libertà di espressione dei giornalisti.

¹⁰ Va precisato che la Corte EDU opera una distinzione tra dichiarazioni fattuali e giudizi di valore, precisando che «51. Per valutare la giustificazione di una dichiarazione contestata, si deve distinguere tra dichiarazioni fattuali e giudizi di valore. Se la materialità dei fatti può essere dimostrata, l'esattezza dei secondi non si presta a una dimostrazione (Oberschlick c. Austria (n. 2), 1o luglio 1997, § 33, Recueil 1997 IV). [...] Tuttavia, anche quando equivale a un giudizio di valore, una dichiarazione deve basarsi su una base fattuale sufficiente, altrimenti risulterebbe eccessiva (Jerusalem c. Austria, n. 26958/95, § 43, CEDU 2001-II)» (Corte EDU, 24 settembre 2013, Belpietro c. Italia, n. 43612/10, trad. it. a cura del Ministero della giustizia).

¹¹ Sul tema v. *amplius* GULLO (2013), pp. 57-120.

¹² Concetto questo più volte ribadito dalla Corte EDU, fin dalle storiche sentenze 225 marzo 1985, Barthold c. Germania, n. 8734/79, paragrafo 58; 25/03/1985 8 luglio 1986, Lingens c. Austria, n. 9815/82, paragrafo 44; 26 novembre 1991, Sunday Times c. Regno Unito (n. 2), n. 13166/87, paragrafo 50; 27 marzo 1996, Goodwin c. Regno Unito, paragrafo 39.

L'applicazione di tale tipologia di pena risulta dunque compatibile con l'art. 10 CEDU soltanto in circostanze eccezionali di lesione di altri diritti fondamentali, come ad esempio nel caso di diffusione di discorsi d'odio (*hate speech*) o di istigazione alla violenza (paragrafo 115)¹³.

Tali principi sono stati poi ribaditi in successive pronunce (6 dicembre 2007, *Katrami c. Grecia*, n. 19331/05; 24 settembre 2013, *Belpietro c. Italia*, n. 43612/10; 8 ottobre 2013, *Ricci c. Italia*, n. 30210/06; 7 marzo 2019, *Sallusti c. Italia*, n. 22350/13), nelle quali la Corte ha ritenuto giustificata l'affermazione di responsabilità penale in capo ai ricorrenti, ma sproporzionata l'inflizione della pena detentiva, ancorché commutata in pena pecuniaria o condizionalmente sospesa, in base al principio della tendenziale contrarietà di detta tipologia di pena all'art. 10 CEDU.

Particolarmente significative risultano le sentenze *Sallusti* e *Belpietro*, perché relative proprio alla compatibilità con l'art. 10 CEDU dell'inflizione della pena detentiva in base alle norme incriminatrici ora oggetto dell'ordinanza n. 132 della Corte costituzionale.

Nella prima pronuncia, la Corte EDU ha ritenuto compatibile con l'art. 10 della Convenzione la condanna a quattro mesi di reclusione (pena sospesa) per omesso controllo *ex art. 57 cod. pen.* di Maurizio Belpietro (direttore de *Il Giornale*, che aveva pubblicato un articolo in cui si muovevano accuse di uso politico delle funzioni ai magistrati della Procura della Repubblica di Palermo) evidenziando che l'articolo muoveva «accuse gravi nei confronti di funzionari dello Stato, non suffragate da elementi oggettivi», poste in particolare rilievo dalla veste grafica del pezzo, quest'ultima da ascrivere alla direzione del giornale. Essa ha tuttavia giudicato sproporzionata, poiché in grado di spiegare un notevole effetto deterrente sulla libertà di espressione, l'inflizione della pena detentiva, giudicando irrilevante che la stessa fosse stata sospesa, ed evidenziando come non ricorresse alcuna circostanza eccezionale tale da giustificare il ricorso a una sanzione così severa¹⁴.

Nella sentenza *Sallusti*, la Corte EDU ha esaminato la «legittimità convenzionale» della condanna dell'omonimo giornalista per omesso controllo, *ex art. 57 cod. pen.*, in ordine all'articolo redatto da A.M. sul quotidiano *Libero*, e per diffamazione aggravata, *ex art. 13 l. n. 47 del 1948*, in relazione a un altro articolo pubblicato sul medesimo quotidiano con lo pseudonimo «Dreyfus»; articoli in cui si asseriva che una persona minorenne era stata coartata all'interruzione di gravidanza dai genitori e dal giudice tutelare G.C.

Anche in questo caso, la Corte ha ritenuto compatibile con l'art. 10 CEDU l'affermazione della responsabilità penale di *Sallusti*, osservando che quest'ultimo «non aveva osservato l'etica del giornalismo, riferendo informazioni false senza controllarne

¹³ Così si esprime la Corte: «although sentencing is in principle a matter for the national courts, the Court considers that the imposition of a prison sentence for a press offence will be compatible with journalists' freedom of expression as guaranteed by Article 10 of the Convention only in exceptional circumstances, notably where other fundamental rights have been seriously impaired, as, for example, in the case of hate speech or incitement to violence».

¹⁴ Su tale pronuncia si vedano *GIUDICI* (2013); *MELZI D'ERIL* (2013).

prima la veridicità»¹⁵ (e ciò ancorché altri quotidiani avessero già pubblicato rettifiche nelle quali si chiariva che nessuna pressione era stata esercitata sulla minore) e aveva infangato gravemente l'onore di G.C. e il suo diritto alla vita privata, nonché quello di tutte le persone coinvolte. La Corte ha però di nuovo giudicato sproporzionata e lesiva dell'art. 10 CEDU l'infrazione della pena detentiva (che in specie era stata scontata attraverso 21 giorni di arresti domiciliari, prima di essere commutata dal Presidente della Repubblica in pena pecuniaria), che si aggiungeva al risarcimento del danno¹⁶. La Corte ha ritenuto irrilevante l'intervenuta grazia presidenziale, osservando che si trattava di una misura soggetta al potere discrezionale del Presidente della Repubblica, che non estingueva gli effetti penali della condanna¹⁷.

La pena detentiva – anche se convertibile in pena pecuniaria – è stata poi *a fortiori* considerata sproporzionata, a fronte di casi ove la Corte EDU ha ritenuto non rispettosa dell'art. 10 CEDU la stessa affermazione di responsabilità penale del giornalista (v. sentenze 2 aprile 2009, Kydonis c. Grecia, n. 24444/07; 22 aprile 2010, Fatullayev c. Azerbaijan, n. 40984/07; 6 luglio 2010, Mariapori c. Finlandia, n. 37751/07; 29 marzo 2016, Bédat c. Svizzera [GC], n. 56925/08).

Vi è da aggiungere che, se la Corte EDU è tendenzialmente ostile rispetto all'infrazione della pena detentiva per la diffamazione a mezzo stampa, essa non ritiene *tout court* incompatibile con l'art. 10 CEDU l'uso della sanzione penale in relazione a tale condotta¹⁸.

L'imposizione della pena (non detentiva ma) pecuniaria, infatti, non è considerata *ex se* illegittima, pur essendo soggetta a un sindacato di proporzionalità, il cui esito appare sostanzialmente dipendente dalla valutazione della Corte circa la legittimità, al metro della Convenzione, dell'affermazione di responsabilità del giornalista. Così, ove la condanna sia stata giudicata compatibile con l'art. 10 CEDU, di regola si è esclusa la sproporzione della sanzione pecuniaria, facendo riferimento al margine di apprezzamento degli Stati nella scelta di sanzionare penalmente le condotte diffamatorie (ciò è avvenuto, ad esempio, nelle pronunce 3 maggio 2003, Perna c. Italia [GC], n. 48898/99 e 24 gennaio 2017, Travaglio c. Italia [dec.], n. 64746/14)¹⁹.

¹⁵ Sentenza Sallusti, cit., paragrafo 55, nella traduzione non ufficiale del Ministero della giustizia.

¹⁶ Da notare che la Corte di cassazione, nella sentenza sul caso Sallusti (n. 41249 del 23/10/2012), aveva invece ritenuto che l'infrazione della pena detentiva non fosse in contrasto con la giurisprudenza della Corte EDU, argomentando – tra l'altro – che il giornalista aveva pubblicato una notizia non rispondente al vero, nella piena consapevolezza di tale falsità (elemento soggettivo sul quale, invece, la Corte EDU non si è soffermata: v. *infra*, par. 5), sicché nel caso di specie si sarebbe configurata una delle "ipotesi eccezionali" che legittimano, secondo la giurisprudenza della Corte EDU, il ricorso a tale tipologia di pena.

¹⁷ Sul "caso Sallusti" si vedano *ex multis* VIGANÒ (2012); PACILEO (2013); LONATI (2020), pp. 69-83.

¹⁸ In questo senso anche UBIALI (2020), p. 1489.

¹⁹ V. altresì sentenze 30 marzo 2004, Radio France SA e altri c. Francia, n. 53984/00 ; 17 dicembre 2004, Pedersen e Baadsgaard c. Danimarca [GC], n. 49017/99 ; 22 ottobre 2007, Lindon e altri c. Francia [GC], n. 21279/02 e al.; 10 dicembre 2007, Stoll c. Svizzera [GC], n. 69698/01, relativa alla diffusione di informazioni confidenziali da parte di un giornalista ; 16 aprile 2009, Egeland e Hanseid c. Norvegia, n. 34438/04 ; 6 aprile 2010, Ruokanen e altri c. Finlandia, n. 45130/06 ; 24 luglio 2012, Ziemiński c. Polonia, n. 46712/06 , ove la Corte ha altresì attribuito rilevanza, nel giudizio di proporzionalità della sanzione, alla circostanza che il reato fosse perseguibile a querela e non d'ufficio; 13 gennaio 2015, Łozowska c. Polonia, n. 62716/09; 12

Diversamente, ove la Corte ha ritenuto contraria alla libertà di espressione la condanna del giornalista, essa ha altresì ritenuto sproporzionata la pena pecuniaria, *ex se*²⁰ e in rapporto agli importi delle multe usualmente inflitte per la stessa tipologia di reato, o ai redditi dell'interessato²¹ (tra le pronunce relative al nostro ordinamento, si vedano le sentenze 17 ottobre 2007, Ormanni c. Italia, n. 30278/04 e 16 gennaio 2020, Magosso e Brindani c. Italia, n. 59347/11).

In ciò la posizione della Corte EDU è simile ma non identica a quella espressa dagli organi politici del Consiglio d'Europa, i quali, oltre a reiterare costantemente l'affermazione di tendenziale incompatibilità della pena detentiva con la libertà di espressione dei giornalisti, anche con specifico riferimento all'ordinamento italiano (v. la Risoluzione n. 1920 del 2013 sullo stato della libertà dei media in Europa²²; il parere della Commissione di Venezia n. 715 del 2013²³; la Risoluzione n. 2035 del 2015 relativa alla protezione della sicurezza dei giornalisti e della libertà dei media in Europa²⁴, la Risoluzione n. 2141 del 2017²⁵), si sono talora spinti sino ad auspicare una totale depenalizzazione della diffamazione (v. la Risoluzione n. 1577 del 2007, intitolata «Verso

marzo 2015, Almeida Leitão Bento Fernandes c. Portogallo, n. 25790/11 ; 16 aprile 2015, Armellini c. Austria, n. 14134/07; 11 febbraio 2020, Atamanchuk c. Russia, n. 4493/11.

²⁰ V. ad esempio sentenze 7 febbraio 2012, Axel Springer AG c. Germania [GC], n. 39954/08; 2 febbraio 2015, Haldimann c. Svizzera, n. 21830/09; 26 marzo 2020, Tête c. Francia, n. 59636/16; nonché sentenze 7 giugno 2007, Dupuis e altri c. Francia, n. 1914/02 6 aprile 2010, Flinkkilä e altri c. Finlandia, n. 25576/04; 6 aprile 2010, Tuomela e altri c. Finlandia, n. 25711/04; 12 ottobre 2010, Saaristo e al. c. Finlandia, n. 184/06 21 gennaio 2016, De Carolis e France Télévisions c. Francia, n. 29313/10, ove la pena pecuniaria, pur di modesto importo, è stata ritenuta sproporzionata, anche in ragione del suo combinarsi con il risarcimento del danno civilistico.

²¹ Sentenze 23 aprile 2015, Morice c. Francia [GC], n. 29369/10; 31 maggio 2016, Nadtoka c. Russia, n. 38010/05; 8 novembre 2018, Narodni List D.D. c. Croazia, n. 2782/12.

²² Ove l'Assemblea parlamentare ha richiesto alla Commissione europea della democrazia attraverso il diritto (Commissione di Venezia) presso il Consiglio d'Europa di predisporre un parere sulla conformità della normativa italiana all'art. 10 CEDU, anche alla luce della condanna a pena detentiva del giornalista Sallusti.

²³ Detta risoluzione ha ritenuto la vigente legislazione italiana non pienamente in linea con gli standard del Consiglio d'Europa in materia di libertà di espressione, individuando la problematica di maggior rilievo nella previsione della pena detentiva in relazione alla diffamazione a mezzo stampa.

²⁴ Ove l'Assemblea parlamentare ha esortato il Parlamento italiano riesaminare la propria legislazione, in conformità con le raccomandazioni formulate dalla Commissione di Venezia nel parere n. 715 del 2013.

²⁵ Ove l'Assemblea parlamentare si è felicitata della circostanza che, presso le Camere, fosse in corso di esame un progetto di legge volto all'abolizione della pena detentiva per la diffamazione a mezzo stampa (progetto poi decaduto per la fine della XVII Legislatura).

la depenalizzazione della diffamazione»²⁶), in linea con gli orientamenti del Consiglio²⁷ e del Comitato per i diritti umani dell'ONU²⁸.

3. Il ruolo del giudice comune: l'interpretazione convenzionalmente orientata e i suoi limiti.

Alla luce di quanto appena esposto, parrebbe evidente che la previsione, e *a fortiori* l'irrogazione, della pena detentiva per condotte di diffamazione a mezzo stampa (anche in ipotesi di propalazione di notizie non veritiere) si ponga in contrasto con gli orientamenti – espressi anche con specifico riferimento all'ordinamento italiano – della Corte EDU²⁹, dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa e della Commissione di Venezia, che deducono dall'art. 10 CEDU il divieto a carico degli Stati parte di infliggere a giornalisti pene detentive nell'ipotesi di diffamazione, in ragione del suo *chilling effect* rispetto alla generalità dei giornalisti, salvo che in casi eccezionali, quali i discorsi d'odio o di istigazione alla violenza.

A fronte di tale contrasto, reso inequivocabile dal carattere consolidato della giurisprudenza della Corte EDU³⁰, gli strumenti operativi a disposizione del giudice comune sono quelli individuati dalla giurisprudenza costituzionale a partire dalle sentenze gemelle (n. 348 e 349) del 2007: interpretazione “convenzionalmente orientata” della norma interna, ove possibile in base al dato testuale e ai normali strumenti di ermeneutica giuridica (v. altresì sentenze nn. 239 e 311 del 2009, 93 del 2010 e 113 del

²⁶ Ivi l'Assemblea parlamentare ha esortato gli Stati contraenti ad abolire la pena detentiva per la diffamazione e a garantire che non sia fatto un uso distorto dei procedimenti penali per diffamazione, nel contempo raccomandando la criminalizzazione delle condotte di incitamento alla violenza, all'odio o alla discriminazione e delle condotte di minaccia a individui o gruppi fondate su motivi di razza, colore della pelle, lingua, religione, nazionalità, origine etnica.

²⁷ V. il Rapporto del 29 aprile 2014 dello Special Rapporteur Frank La Rue sulla promozione e protezione della libertà di espressione in Italia, che ha espresso considerazioni di segno critico sulla legislazione italiana in tema di diffamazione, auspicando non solo l'abolizione della pena detentiva, ma la totale depenalizzazione delle condotte diffamatorie, che dovrebbero essere sanzionate solo in via civile, nel rispetto del principio di proporzionalità.

²⁸ La mancata depenalizzazione della diffamazione è stata stigmatizzata nelle Osservazioni conclusive sul sesto rapporto periodico presentato dall'Italia (2017).

²⁹ Sul punto CUNIBERTI (2020), p. 132, evidenzia come non possa seriamente contestarsi l'esistenza un problema di conformità delle norme incriminatrici interne ai principi enucleati dalla Corte EDU.

³⁰ Il dovere di adottare un'interpretazione “convenzionalmente orientata” e di ricorrere all'incidente di legittimità costituzionale sorge in presenza di un «diritto consolidato» derivante dalla giurisprudenza CEDU o di sentenze pilota rese dalla Corte di Strasburgo (sentenza n. 49 del 2015). La “giurisprudenza consolidata” dovrebbe essere identificata secondo i criteri impartiti dalla sentenza n. 49 del 2015, ossia «la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano».

2011); in caso di insuccesso, promovimento dell'incidente di costituzionalità, che consenta alla Corte costituzionale di verificare l'effettiva sussistenza e insanabilità del contrasto, e, in caso positivo, di dichiarare l'illegittimità costituzionale della disposizione interna per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione alla invocata norma della CEDU. Ciò, beninteso, sempre che la norma convenzionale, così come interpretata dalla Corte di Strasburgo, non si ponga in conflitto con le norme della Costituzione, ipotesi nella quale la questione non potrebbe essere accolta³¹.

Nel caso di specie, dunque, la prima soluzione che il giudice comune deve vagliare è la possibilità di interpretare in maniera convenzionalmente conforme le norme incriminatrici della diffamazione a mezzo stampa, in modo da evitare l'irrogazione della pena detentiva, salvo che nelle ipotesi in cui la Corte EDU la considera compatibile con la libertà di espressione³².

In relazione all'art. 595, terzo comma, cod. pen. che, per la diffamazione a mezzo stampa non consistente nell'attribuzione di un fatto determinato, prevede la comminatoria della pena detentiva in via alternativa rispetto alla pena pecuniaria, un'interpretazione convenzionalmente orientata potrebbe consistere nell'operare la scelta della pena da applicare pur sempre in base ai criteri dell'art. 133 cod. pen. che presiedono alla commisurazione della pena (gravità del reato, capacità a delinquere del

³¹ Le norme internazionali convenzionali sono dunque sottoposte a un controllo preliminare di costituzionalità che non può essere limitato alla possibile lesione dei principi e dei diritti fondamentali (come accade per il diritto dell'Unione europea) o di principi supremi, ma deve estendersi a ogni profilo di contrasto tra le norme interposte e quelle costituzionali (sentenza n. 348 del 2007; v. altresì sentenze n. 311 del 2009, 93 del 2010 e 113 del 2011).

³² Echi di operazioni di interpretazione convenzionalmente orientata della disciplina vigente si rinvencono in alcune sentenze della S.C. Ad esempio, Cass. Pen., Sez. 5, sentenza n. 12203 dell'11/12/2013 – 13/3/2014, statuendo su un caso relativo alla responsabilità del direttore per omesso controllo sul contenuto di una pubblicazione diffamatoria (imputazione *ex art. 57 cod. pen.*, in relazione all'art. 595 cod. pen.) ha ritenuto che, secondo la giurisprudenza della Corte EDU, l'inflizione della pena detentiva, ancorché condizionalmente sospesa, esiga la ricorrenza di circostanze eccezionali, così annullando con rinvio la decisione con la quale era stata irrogata detta sanzione, pur a seguito del riconoscimento di attenuanti generiche equivalenti alle aggravanti, in considerazione della grave portata diffamatoria del fatto, commesso mediante la pubblicazione di una notizia falsa su un articolo di giornale e della personalità degli offesi, militari in carriera accusati di aver commesso un furto in danno di un collega). Ancora, Cass. Pen., Sez. 5, sentenza n. 4298 del 19/11/2015 – 2/2/2016 ha ritenuto che l'esclusione della particolare tenuità del fatto nel reato di diffamazione a mezzo stampa non sia ostativa all'applicazione della sola pena pecuniaria poiché, in tale ipotesi delittuosa, la scelta di non irrogare la pena detentiva è dettata dalla considerazione che quest'ultima esige la ricorrenza di circostanze eccezionali. Dalla motivazione non si evince chiaramente se l'imputazione riguardasse l'ipotesi di cui all'art. 595, terzo comma, cod. pen. – che pacificamente consente l'applicazione della sola pena pecuniaria, essendo la comminatoria della pena detentiva solo alternativa – o quella di cui all'art. 13 l. n. 47 del 1948 – ove invece la comminatoria di pena detentiva e pecuniaria è congiunta. Infine, Cass. Pen., Sez. 5, sentenza n. 38721 del 10/7/2019 – 19/9/2019, in una fattispecie relativa al reato di diffamazione a mezzo stampa, aggravato *ex art. 13 l. n. 47 del 1948*, ha ritenuto fondato un motivo di ricorso incentrato sull'eccessività della sanzione inflitta (tre mesi di reclusione, pena condizionalmente sospesa), sul rilievo che, in base alla giurisprudenza della Corte EDU, l'irrogazione di tale pena, in assenza di circostanze eccezionali, da identificarsi con quelli di grave lesione di altri diritti fondamentali (es. discorsi di odio o di istigazione alla violenza), limiti indebitamente la libertà di espressione del giornalista, poi procedendo però alla declaratoria assorbente di estinzione del reato per prescrizione.

colpevole), ma interpretandoli alla luce della valutazione di gravità del reato di diffamazione a mezzo stampa risultante dalla consolidata giurisprudenza della Corte EDU, secondo cui simili condotte non giustificano l'irrogazione della pena detentiva, salvo che nei casi di grave lesione di altri diritti fondamentali, come ad esempio i discorsi d'odio o di istigazione alla violenza. L'effetto di una simile interpretazione sarebbe di limitare l'irrogazione in concreto della pena detentiva alle ipotesi nelle quali la stessa risulta giustificata secondo la giurisprudenza della Corte EDU.

Quanto all'art. 13 l. n. 47 del 1948, che punisce tale condotta con la pena detentiva *congiuntamente* alla pena pecuniaria, un possibile percorso argomentativo "convenzionalmente orientato" potrebbe prendere le mosse dalla considerazione che la disposizione configura una circostanza aggravante³³, sicché dall'irrogazione della pena detentiva, ivi indefettibilmente prevista, potrebbe prescindersi ogni qualvolta l'aggravante in parola venga bilanciata con circostanze attenuanti, prevalenti o equivalenti (artt. 69, secondo e terzo comma, cod. pen.).

In questa prospettiva, il giudice potrebbe utilizzare lo strumento delle circostanze attenuanti generiche di cui all'art. 62-*bis* cod. pen. per "neutralizzare" l'aggravante dell'art. 13 l. n. 47 del 1948, riconducendo la diffamazione all'ipotesi-base dell'art. 595, primo comma, cod. pen., che prevede la pena detentiva solo in via alternativa rispetto alla pena pecuniaria. Detto altrimenti, al cospetto di condotte di diffamazione a mezzo stampa per le quali l'irrogazione della pena detentiva sia, secondo la giurisprudenza della Corte EDU, contraria all'art. 10 della Convenzione, il giudice dovrebbe sistematicamente *a)* ritenere sussistenti le circostanze attenuanti generiche *ex* art. 62-*bis* cod. pen, e *b)* considerarle equivalenti o prevalenti rispetto all'aggravante di cui all'art. 13 l. n. 47 del 1948; *c)* una volta sussunta, per effetto della "neutralizzazione" dell'aggravante, la condotta nella previsione dell'art. 595, primo comma, cod. pen., applicare la sola pena pecuniaria, ivi prevista come alternativa alla pena detentiva.

Non possono però sottacersi i profili di problematicità della soluzione, appena delineata, di un uso sistematico delle circostanze attenuanti generiche.

Queste ultime hanno infatti lo scopo di estendere le possibilità di adeguamento della pena in senso favorevole all'imputato in considerazione di specifiche connotazioni del fatto concreto di reato che effettivamente incidano sull'apprezzamento della gravità del reato stesso e della capacità a delinquere dell'agente³⁴ e dunque si riferiscono essenzialmente a indici legati alla dimensione offensiva del fatto concreto, al grado di colpevolezza dell'autore, al suo comportamento antecedente o successivo al reato.

Nel caso di specie, il giudice dovrebbe utilizzare le circostanze attenuanti generiche non come criterio di valorizzazione di indicatori della minore offensività, colpevolezza o pericolosità del reo presenti nella vicenda storica posta al suo esame,

³³ Cfr. Cass. Pen., Sez. 5, sentenza n. 2785 del 13/10/1989 – 02/03/1990, secondo cui la fattispecie di cui all'art. 13 l. 47 del 1948 non costituisce un'autonoma ipotesi di reato, ma una circostanza aggravante complessa del reato di cui all'art. 595 cod. pen., in quanto si limita a stabilire una pena più grave per il concorso di aggravanti già contemplate nello stesso art. 595, rispettivamente ai commi secondo e terzo; essa è, pertanto, suscettibile di bilanciamento *ex* art. 69 cod. pen. con eventuali circostanze attenuanti.

³⁴ In tal senso v. *ex multis* Cass. Pen., Sez. 3, sentenza n. 19639 del 27/01/2012 – 24/5/2012.

bensì quale strumento di adeguamento della pena rispetto alle esigenze di proporzionalità derivanti dalla giurisprudenza della Corte EDU, anche in assenza di tali indicatori fattuali³⁵, con evidente torsione della *ratio* e delle finalità dell'istituto.

Non senza aggiungere che queste operazioni ermeneutiche potrebbero essere ritenute insufficienti dal giudice che interpretasse la giurisprudenza della Corte EDU nel senso di imporre un divieto non solo di irrogare concretamente (in sede giudiziale) ma financo di prevedere astrattamente (a livello legislativo) la pena detentiva per la diffamazione a mezzo stampa.

4. Il promovimento della questione di legittimità costituzionale: le ordinanze dei Tribunali di Salerno e di Bari.

A fronte delle rilevate problematicità del ricorso all'interpretazione convenzionalmente orientata, la strada più lineare per la risoluzione del contrasto tra disciplina interna della diffamazione a mezzo stampa e art. 10 CEDU sembra essere quella seguita dalle ordinanze di rimessione oggetto dell'ordinanza n. 132 del 2020 della Corte costituzionale: il promovimento dell'incidente di costituzionalità.

Conviene perciò dare sommariamente conto del contenuto dei citati provvedimenti.

La prima ordinanza di rimessione pervenuta alla Corte è stata pronunciata dal Tribunale di Salerno, e censura sia l'art. 13 l. n. 47 del 1948, sia l'art. 595, terzo comma, cod. pen., nella parte in cui prevedono che la condotta ivi incriminata sia punibile (anche) con la pena detentiva, per dedotta incompatibilità con vari parametri costituzionali³⁶, tra cui assumono rilievo preponderante gli artt. 117, primo comma Cost., in relazione all'art. 10 CEDU, e 21 Cost.

Il giudice *a quo* precisa³⁷ di non ritenere praticabile un'interpretazione convenzionalmente orientata delle norme censurate, che consideri assoggettabili alla

³⁵ Per tale uso delle circostanze attenuanti al fine di assicurare la proporzionalità della pena v, pur su diversa fattispecie, Trib. Napoli Nord, Sez. 1, sentenza n. 288 del 22/2/2016: «benché non emergano elementi *pro reo* idonei a giustificare ex art. 133 c.p. il riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche, queste vanno applicate al fine di assicurare una proporzione tra la pena e le modalità fenomenologiche del fatto contestato, il quale, in caso contrario avrebbe una pena base pari ad anni tre di reclusione nel minimo edittale, del tutto disarmonico rispetto alla fattispecie concreta»; v. altresì l'*obiter dictum* di Cass. Pen., Sez. U, sentenza n. 20808 del 25/10/2018 – 15/5/2019, ove la S.C. nota che «si registra il ricorso alle attenuanti generiche per la mitigazione di trattamenti sanzionatori che diversamente risulterebbero sproporzionati, sia pure valorizzando profili avvertiti (non sempre a ragione) come estranei al catalogo dell'art. 133 c.p.».

³⁶ Il rimettente evoca anche il principio di necessaria offensività del reato di cui all'art. 25 Cost., sul rilievo che la previsione della pena detentiva risulterebbe «totalmente sproporzionata, irragionevole e non necessaria rispetto al bene giuridico tutelato dalle norme incriminatrici in questione, ovvero il rispetto della reputazione personale», e il principio della necessaria funzione rieducativa della pena di cui all'art. 27, terzo comma, Cost., «attesa la inidoneità della minacciata sanzione detentiva a garantire il pieno rispetto della funzione generalpreventiva e specialpreventiva della pena stessa».

³⁷ Tale precisazione parrebbe idonea a escludere l'inammissibilità delle questioni per omesso esperimento di un'interpretazione costituzionalmente orientata, atteso che, secondo la più recente giurisprudenza della

pena detentiva «esclusivamente le condotte diffamatorie a mezzo stampa che rivestano i caratteri dell'eccezionalità», poiché tale interpretazione si porrebbe in contrasto con i principi di tassatività e determinatezza della fattispecie penale (art. 25 Cost.), che impedirebbero al giudice di integrare la norma incriminatrice con il requisito dell'eccezionalità.

Quanto al *petitum* formulato dal rimettente – in modo invero non cristallino³⁸ – esso mira verosimilmente a conseguire una pronuncia ablativa della Corte costituzionale, che espunga la pena detentiva dal novero delle sanzioni applicabili alla diffamazione a mezzo stampa.

La seconda ordinanza di rimessione pervenuta alla Corte proviene invece dal Tribunale di Bari, sede di Modugno e censura il solo art. 13 l. n. 47 del 1948, sia pure in combinato disposto con l'art. 595, terzo comma, cod. pen., «nella parte in cui sanziona il delitto di diffamazione aggravata, commessa a mezzo stampa e consistente nell'attribuzione di un fatto determinato, con la pena cumulativa della reclusione da uno a sei anni e della multa non inferiore a 258 euro, invece che in via alternativa», invocando quale unico parametro costituzionale l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 10 CEDU.

Anche in questo caso, il giudice *a quo* precisa di non ritenere praticabile un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma censurata, poiché del tutto «creativa e arbitraria, slegata dal dato letterale, ed esorbitante rispetto alla funzione giurisdizionale», dunque a sua volta contraria al principio di legalità e lesiva degli artt. 25 e 101 Cost.

Quanto al *petitum*, il rimettente mira a una pronuncia manipolativa, che sostituisca, nell'art. 13 l. n. 47 del 1948, la congiunzione “e” con la congiunzione “o”, rendendo la pena detentiva alternativa anziché cumulativa rispetto alla pena pecuniaria, sulla falsariga della comminatoria alternativa prevista dall'art. 595, terzo comma, cod. pen., così consentendo al giudice di «verificare in concreto la sussistenza delle

Corte costituzionale, «l'effettivo esperimento del tentativo di una interpretazione costituzionalmente orientata – ancorché risolto dal giudice *a quo* con esito negativo per l'ostacolo ravvisato nella lettera della disposizione denunciata – consente di superare il vaglio di ammissibilità della questione incidentale sollevata. La correttezza o meno dell'esegesi presupposta dal rimettente – e, più in particolare, la superabilità o non superabilità degli ostacoli addotti a un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione impugnata – attiene invece al merito, e cioè alla successiva verifica di fondatezza della questione stessa (sentenze n. 262 e n. 221 del 2015; più di recente, *ex multis*, sentenze n. 135 del 2018, n. 255 e n. 53 del 2017)» (sentenza n. 189 del 2019; v. altresì sentenza n. 32 del 2020). È stato del resto rilevato (CUNIBERTI, ult. cit., p. 132) che siffatta interpretazione costituzionalmente orientata difficilmente potrebbe essere adottata dalla stessa Corte costituzionale (con una pronuncia non di inammissibilità ma di rigetto delle questioni), «per l'amplissimo margine di discrezionalità che sarebbe stato rimesso ai giudici, in assenza di un qualsiasi parametro normativo idoneo a circoscrivere effettivamente l'applicazione della pena detentiva alle sole “situazioni eccezionali” di cui parla la Corte EDU».

³⁸ Atteso che alcuni passaggi della motivazione dell'ordinanza – cui il dispositivo fa espressamente rinvio – ingenerano il dubbio se il rimettente aspiri a una pronuncia della Corte costituzionale che elimini *tout court* la pena detentiva dal novero delle sanzioni irrogabili ai sensi delle disposizioni censurate, oppure una pronuncia che elimini la pena detentiva per tutte le ipotesi, salvo che per i casi in cui la Corte EDU ritiene legittima l'infrazione di tale pena, quali ad esempio le fattispecie del discorso d'odio o dell'istigazione alla violenza.

circostanze eccezionali in cui la gravità della condotta e dell'offesa che ne deriva giustifica l'irrogazione di una pena detentiva, lasciando [...] un adeguato spazio discrezionale utile per conformare la decisione giurisdizionale nazionale ai principi dell'ordinamento CEDU in materia».

5. La risposta della Corte costituzionale nell'ordinanza n. 132 del 2020: il "merito"...

L'esito delle questioni di costituzionalità sollevate dalle ordinanze di rimessione dei Tribunali di Salerno e di Bari è stato il rinvio di un anno della trattazione delle stesse, disposto dalla Corte costituzionale nel dichiarato intento di consentire al Parlamento l'attuazione di una riforma della disciplina della diffamazione a mezzo stampa.

Si tratta di una tecnica già sperimentata dalla Corte costituzionale nel c.d. caso Cappato (ordinanza n. 207 del 2018), che è stata definita di «incostituzionalità differita»³⁹ o di incostituzionalità «accertata ma non dichiarata»⁴⁰.

Anche nel caso di specie, mi pare che si sia di fronte a una constatazione di incostituzionalità della disciplina vigente⁴¹, pur espressa in termini meno netti rispetto a quanto era avvenuto nell'ordinanza n. 207 del 2018 in relazione all'art. 580 cod. pen. È pur vero che Corte non usa espressioni quali "lesione" o "violazione" dei parametri costituzionali evocati dai rimettenti, ma discorre della necessità e urgenza di una «complessiva rimeditazione» del bilanciamento tra libertà di manifestazione del pensiero del giornalista e tutela della reputazione individuale; bilanciamento del quale constata la sopravvenuta inadeguatezza, «anche alla luce» delle sentenze Cumpănă e Mazăre, Katrami, Belpietro e Sallusti della Corte EDU. E però, se la Corte costituzionale non avesse (implicitamente) constatato l'incostituzionalità delle norme censurate, la decisione sarebbe stata non nel senso del rinvio della trattazione della causa, ma nel senso dell'infondatezza delle questioni sollevate dai rimettenti.

Affermando l'ineludibilità di un nuovo bilanciamento di interessi anzitutto alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull'art. 10 CEDU, la Corte costituzionale mostra invece sia di ravvisare un contrasto tra le norme incriminatrici della diffamazione e la garanzia convenzionale della libertà di espressione – rilevante nel nostro ordinamento *ex art.* 117, primo comma, Cost. – sia di avere escluso che la norma della Convenzione, così come interpretata dalla Corte europea, confligga con altre norme della Costituzione (il che determinerebbe impossibilità di accogliere le questioni di legittimità costituzionale: sentenze n. 348 e 349 del 2007). Alla base delle affermazioni della Corte pare esservi dunque una valutazione di insussistenza di superiori principi costituzionali in grado di bloccare il recepimento del divieto convenzionale di ricorrere – salvo che in casi eccezionali – alla pena detentiva per il delitto di diffamazione a mezzo stampa.

³⁹ BIGNAMI (2020).

⁴⁰ PINARDI (2020), p. 104.

⁴¹ In questo senso anche PINARDI, *ult. cit.*, p. 104; MAZZOLA (2020), p. 547.

Difficile sarebbe stato, del resto, sostenere l'esistenza di un obbligo costituzionalmente imposto di prevedere pene detentive per ogni ipotesi di condotta diffamatoria. Il diritto all'onore e alla reputazione – che peraltro trova tutela anche in ambito convenzionale, nell'art. 8 CEDU – è certo un bene dotato di rilievo costituzionale, riconducibile al novero dei diritti inviolabili della persona (art. 2 Cost.). Ma la Costituzione non prescrive che la tutela dell'onore contro gli abusi della libertà di espressione debba necessariamente attuarsi attraverso la pena detentiva; anzi, la Corte costituzionale – nella recente sentenza n. 37 del 2019 che ha ritenuto legittima la depenalizzazione del contiguo reato di ingiuria, posto a tutela dell'onore individuale – ha addirittura sostenuto che il diritto all'onore è un «diritto fondamentale rispetto al quale non sono ravvisabili obblighi di incriminazione, di origine costituzionale o sovranazionale»,

Nell'ordinanza n. 132, la Corte non si limita ad “agganciarsi” alla giurisprudenza della Corte EDU per valutare come ineludibile la riforma della disciplina della diffamazione a mezzo stampa. Essa reperisce un solido punto di ancoraggio alle proprie affermazioni anche nell'art. 21 Cost. – invocato dal Tribunale di Salerno congiuntamente all'art. 10 CEDU – evidenziando che «la libertà di manifestazione del pensiero costituisce – prima ancora che un diritto proclamato dalla CEDU – un diritto fondamentale riconosciuto come «coessenziale al regime di libertà garantito dalla Costituzione».

Così la Corte ha modo di richiamare la propria giurisprudenza in tema di libertà di stampa⁴², che ha da tempo risalente evidenziato il ruolo fondamentale di tale libertà nel funzionamento del sistema democratico (sentenza n. 1 del 1981), delineando il duplice diritto del giornalista di informare (e di svolgere la propria attività al riparo da «ogni minaccia o coartazione, diretta o indiretta»: sentenza n. 172 del 1972) e dei cittadini a essere informati, così che la forma democratica dello Stato sia «basata su una libera opinione pubblica e sia in grado di svilupparsi attraverso la pari concorrenza di tutti alla formazione della volontà generale» (sentenza n. 206 del 2019, testualmente citata dall'ordinanza n. 132 del 2020). E la Corte non manca di aggiungere una piccola “notazione storica”, a dimostrazione della centralità della libertà di espressione nell'ordinamento costituzionale italiano, ricordando come, nella prima sentenza della sua storia, essa abbia dichiarato l'illegittimità costituzionale di una disposizione di legge proprio in ragione del suo contrasto con l'art. 21 Cost. (sentenza n. 1 del 1956).

Questo articolato richiamo della Corte alla propria giurisprudenza quale (concorrente) base dell'*iter* argomentativo dell'ordinanza n. 132 può essere letto, a mio avviso, non tanto come rivendicazione del «predominio assiologico» (sentenza n. 49 del 2015) della Costituzione sulla CEDU, quanto come ulteriore apertura della Corte a una prospettiva di tutela «integrata» dei diritti fondamentali⁴³, fondata sul congiunto operare dei parametri costituzionali o sovranazionali, o, talora, sull'applicazione dei primi, come integrati e arricchiti dai secondi (tra le pronunce espressive di questo filone, si vedano le

⁴² Sulla quale si veda l'analisi di CARUSO (2013), p. 167 ss.

⁴³ Cfr. VIGANÒ (2019), p.492, che discute dell'opportunità di adottare una prospettiva «tendenzialmente monistica» di tutela dei diritti fondamentali, muovendo muove «dal riconoscimento [...] dell'identità dell'oggetto di tutela delle varie disposizioni, costituzionali e sovranazionali» che sanciscono tali diritti.

recenti sentenze n. 32 del 2020 sull'estensione del divieto di retroattività della legge penale sfavorevole alle misure alternative alla detenzione, e n. 44 del 2020 in tema di requisiti di residenza per l'accesso all'edilizia residenziale pubblica). Tant'è che la Corte, nel richiamare la propria giurisprudenza, la "rilegge" in un senso che – sulla falsariga delle considerazioni svolte dalla Corte EDU circa il ruolo della stampa di "cane da guardia" della democrazia – accentua la dimensione della libertà di espressione (non solo di diritto individuale, ma anche di) essenziale strumento di funzionamento del sistema democratico, ponendo l'accento sul ruolo dell'attività giornalistica di «informare i consociati e di contribuire alla formazione degli orientamenti e della pubblica opinione, anche attraverso la critica aspra e polemica delle condotte di chi detenga posizioni di potere». È evidente in questo passaggio la reciproca integrazione, e interazione, tra giurisprudenza sovranazionale e costituzionale.

Dopo avere enunciato a chiare lettere la necessità di una riforma della disciplina della diffamazione a mezzo stampa, che limiti il ricorso alla pena detentiva a ipotesi residuali, la Corte introduce il tema del carattere non assoluto – in ottica tanto costituzionale, quanto convenzionale – della libertà di espressione e dell'inevitabilità di limitazioni all'esercizio di tale diritto, per esigenze di tutela di altri interessi e diritti di rango costituzionale, tra cui, in particolare, la reputazione della persona, protetta sia dall'art. 2 Cost.⁴⁴, sia dall'art. 8 CEDU⁴⁵.

Nel constatare la necessità di un bilanciamento tra libertà di espressione e tutela della reputazione, la Corte non manca di evidenziare come esso debba oggi essere (ri)pensato tenendo conto dell'evoluzione tecnologica dei mezzi di comunicazione e, in particolare, delle potenzialità lesive – per la vittima della diffamazione e per le persone ad essa affettivamente legate – della «rapidissima e duratura amplificazione» degli addebiti diffamatori determinata dai social networks e dai motori di ricerca in internet⁴⁶.

A questo punto la Corte – consapevole della complessità di tale operazione di bilanciamento, non adeguatamente perseguibile in modo adeguato in via giudiziaria, poiché implicante valutazioni di carattere politico e politico criminale – chiama in causa il legislatore, quale soggetto *in primis* deputato a individuare «complessive strategie sanzionatorie in grado, da un lato, di evitare ogni indebita intimidazione dell'attività giornalistica; e, dall'altro, di assicurare un'adeguata tutela della reputazione individuale contro illegittime – e talvolta maliziose – aggressioni poste in essere nell'esercizio di tale attività». Legislatore cui la riforma della disciplina della diffamazione non è certo tema estraneo, vista la presentazione, nella sola attuale legislatura di ben quattro disegni di legge in materia (DDL S 812⁴⁷, C 416, C 1700, DDL S 835).

La Corte non manca di fornire alcune indicazioni generali circa le linee direttrici di una possibile riforma organica della disciplina della diffamazione, anzitutto con

⁴⁴ Sentenze n. 37 del 2019, n. 379 del 1996, n. 86 del 1974 e n. 38 del 1973 della Corte costituzionale.

⁴⁵ *Ex multis*, Corte EDU, sentenza 6 novembre 2018, Vicent del Campo c. Spagna, n. 25527/13, paragrafo 36 ss.

⁴⁶ Si tratta di considerazioni non dissimili da quelle svolte dalla Corte EDU nella sentenza 16 giugno 2015, Delfi AS c. Estonia [GC], n. 64569/09, paragrafo 110 ss.

⁴⁷ Su cui si veda l'analisi di UBIALI, ult. cit., p. 1489 ss.

riferimento al tema oggetto delle questioni di legittimità sottoposte, ossia la previsione della pena detentiva, prescrivendo «il ricorso – nei limiti della proporzionalità rispetto alla gravità oggettiva e soggettiva dell’illecito – a sanzioni penali non detentive»⁴⁸, ma al contempo lasciando al legislatore la possibilità di sanzionare con la pena detentiva le (sole) condotte che, «tenuto conto del contesto nazionale, assumano connotati di eccezionale gravità dal punto di vista oggettivo e soggettivo, fra le quali si iscrivono segnatamente quelle in cui la diffamazione implichi una istigazione alla violenza ovvero convogli messaggi d’odio».

Il riferimento al «contesto nazionale» – letto insieme ad altri passaggi della motivazione dell’ordinanza, in cui si fa riferimento alla necessità di proteggere la reputazione individuale da «maliziose»⁴⁹ aggressioni, e si pone l’accento sulla «sofferenza psicologica» e sui «concreti pregiudizi alla [...] vita privata, familiare, sociale, professionale, politica» causati dalla diffamazione – sembra lasciare spazio alla possibilità del ricorso alla pena detentiva non solo per sanzionare la condotta diffamatoria che si risolve in un discorso d’odio o un’istigazione alla violenza, ma anche per colpire quelle ipotesi particolarmente gravi di diffamazioni “sistematiche”, orchestrate con il preciso intento di delegittimare una determinata persona assunta a bersaglio, che costituiscono un fenomeno non sconosciuto alla realtà italiana, ove non a caso è stata coniata l’espressione di stampo giornalistico “macchina del fango”⁵⁰.

Un fenomeno, invece, non ancora pienamente scrutinato dalla giurisprudenza della Corte EDU, la quale si è indubbiamente espressa nel senso della contrarietà all’art. 10 della Convenzione dell’inflizione della pena detentiva al giornalista che abbia propalato notizie non veritiere senza operare un accurato controllo sulla loro attendibilità, così violando l’etica professionale, ma non ha ancora affrontato *ex professo* la questione della compatibilità convenzionale del ricorso a tale pena nei confronti del professionista dell’informazione che, nella piena consapevolezza della falsità di un determinato fatto, ne dia notizia con il preordinato intento di “rovinare la reputazione” di una determinata persona. Lo stesso “caso Sallusti” (v. *supra*, par. 3) pare essere stato letto dalla Corte EDU – a torto o a ragione⁵¹ – come un caso del primo tipo, e non del secondo: eloquenti in questo senso sono il paragrafo 56 della sentenza, ove la Corte dichiara di concordare con il Governo italiano sul fatto che «il ricorrente non aveva osservato l’etica del giornalismo, riferendo informazioni false senza controllarne prima la veridicità», e il paragrafo 19, ove la Corte ricostruisce le giustificazioni poste a base

⁴⁸ Non manca peraltro di evidenziare i profili di problematicità della previsione di sanzioni penali pecuniarie eccessivamente severe, che potrebbero sortire un *chilling effect* sulla libertà di espressione dei giornalisti legati a editori di minori dimensioni, non in grado di sopportare l’imposizione di multe onerose, e, viceversa, essere prive dell’efficacia deterrente rispetto a giornalisti il cui editore di riferimento sia in condizioni di solidità economica tali da poter addirittura avallare una linea editoriale diffamatoria «mettendo a bilancio il pagamento della pena pecuniaria» v. UBIALI, ult. cit., p. 1495 s.

⁴⁹ Elemento quest’ultimo evidenziato anche da CUNIBERTI, ult. cit., p. 136.

⁵⁰ V. MELZI D’ERIL, VIGEVANI (2016), che evocano «le diffamazioni seriali; quelle commesse con l’intento di rovinare la reputazione altrui; quelle assistite dalla consapevolezza della falsità dei fatti narrati» quali ipotesi nelle quali dovrebbe ritenersi consentito il ricorso alla pena detentiva.

⁵¹ V. le differenti conclusioni cui era giunta la Corte di cassazione: *supra*, nota n. 17.

del giudizio della Cassazione di congruità della pena detentiva (e non condivise dai giudici di Strasburgo) identificandole con «la sussistenza della circostanza aggravante della “attribuzione di un fatto determinato”»; la personalità del ricorrente, i suoi precedenti penali (in quanto il ricorrente era recidivo) e il fatto che la pubblicazione di informazioni false aveva leso la reputazione di G.C., un magistrato».

Può dunque dirsi che la Corte EDU non si sia ancora specificamente espressa sul tema della “campagna diffamatoria”⁵²; anzi, avendo sempre essa indicato il discorso d’odio e l’istigazione alla violenza come *ipotesi esemplificative* di legittimità del ricorso alla pena detentiva per la diffamazione a mezzo stampa, non può escludersi che, in futuro, il giudice di Strasburgo enuclei, quale ulteriore ipotesi di liceità (convenzionale) della sanzione detentiva, quella della “campagna diffamatoria”.

Sicché la possibilità – che sembra leggersi in filigrana alla motivazione dell’ordinanza n. 132 della Corte costituzionale – di ricorrere alla pena detentiva nell’ipotesi (estrema) della diffamazione accompagnata dalla dolosa consapevolezza della falsità di quanto affermato, e dal preciso proposito di “distruggere” l’altrui reputazione e credibilità, non può essere considerata *sic et simpliciter* una deviazione dalla giurisprudenza di Strasburgo, ma, semmai, un approfondimento in una direzione non ancora pienamente esplorata da quest’ultima.

Una possibilità (non un obbligo, come reso palese dall’uso dell’avverbio «eventualmente») di cui il legislatore potrebbe tenere conto per eventualmente apportare modifiche⁵³ ai progetti di legge attualmente all’esame delle Camere, che prevedono invece, in relazione ai reati di cui agli artt. 595, comma terzo, cod. pen. e 13 l. n. 47 del 1948, l’abolizione *tout court* della pena detentiva, accompagnata dall’innalzamento delle pene pecuniarie⁵⁴.

⁵² Rileva CUNIBERTI, op. cit., p. 127, come possa ritenersi quantomeno incerto, anche dopo la sentenza Sallusti, se tra le circostanze eccezionali che, secondo la Corte EDU, legittimano il ricorso alla pena detentiva in relazione a condotte diffamatorie possano annoverarsi anche ipotesi particolarmente gravi di diffamazione.

⁵³ In questo senso anche CUNIBERTI, op. cit., p. 137.

⁵⁴ Si veda il DDL S 812 d’iniziativa del Sen. Caliendo (testo susseguente all’esame in Commissione giustizia), contenente disposizioni di modifica dell’art. 13 l. n. 47 del 1948 (per la diffamazione commessa con il mezzo della stampa o di quotidiani online, telegiornali e giornali radio, previsione della sola pena pecuniaria da 5000 a 10.000 euro oppure, in caso di attribuzione di un fatto determinato falso avvenuta nella consapevolezza della sua falsità, da 10.000 a 50.000 euro; pubblicazione della sentenza di condanna ex art. 36 cod. pen. con comunicazione all’ordine professionale per le determinazioni in tema di sanzioni disciplinari; sanzione accessoria dell’interdizione dalla professione di giornalista, da un mese a sei mesi, in caso di recidiva ex art. 99, secondo comma, n. 1 cod. pen; introduzione di una causa di non punibilità legata alla pubblicazione della rettifica ai sensi dell’art. 8 l. n. 47 del 1948) e dell’art. 595 cod. pen. (previsione della sola multa da 3000 a 10.000 euro per l’ipotesi base di diffamazione; fino a 15.000 euro per l’ipotesi aggravata dall’attribuzione di un fatto determinato, con aumento della metà ove l’offesa sia recata con qualsiasi mezzo di pubblicità diverso da quelli contemplati nel novellato art. 13 l. n. 47 del 1948, ovvero in atto pubblico). La proposta C 416, di iniziativa dell’On. Verini e altri, preconizza la riformulazione dell’art. 13 l. n. 47 del 1948, in termini simili a quelli previsti dal DDL 812 e, segnatamente, con l’abolizione della pena detentiva e la previsione della sola pena della multa fino a 10.000 euro, oppure multa da 10.000 a 50.000 se l’offesa consiste nell’attribuzione di un fatto determinato, la cui divulgazione sia avvenuta con la consapevolezza della sua falsità. Anche in questo caso, sono previste la pena accessoria della pubblicazione della sentenza e la causa di non punibilità costituita dalla rettifica. È altresì prevista la trasmissione degli atti al competente ordine

La Corte allarga poi lo sguardo anche alle misure extrapenali, preconizzando il ricorso (anche) e rimedi civilistici e riparatori adeguati (tra cui l'obbligo di rettifica) e a sanzioni disciplinari⁵⁵.

Si tratta di indicazioni che trovano già riscontro nei progetti di legge attualmente all'esame del Parlamento: il DDL S 812 e le proposte C 416 e C 1700 contemplan infatti, oltre alla modifica del regime sanzionatorio penale della diffamazione e all'estensione della disciplina della l. n. 47 del 1948 alle testate giornalistiche telematiche registrate, diverse modifiche alla normativa extrapenale, quali la riformulazione della disciplina della rettifica di cui all'art. 8 l. n. 47 del 1948 (la cui effettuazione può comportare la non punibilità dell'autore della diffamazione); l'abrogazione della riparazione pecuniaria di cui all'art. 12 della medesima legge; l'individuazione di criteri per la determinazione del danno civilistico risarcibile⁵⁶ e disposizioni per il contrasto delle liti civili temerarie, volte a sanzionare iniziative giudiziarie pretestuose intentate contro i giornalisti (modifica dell'art. 96 cod. proc. civ., oppure previsione del pagamento di somme in favore della Cassa delle ammende). La novella dell'art. 96 cod. proc. civ. è altresì oggetto di un quarto progetto di legge (DDL S 835, presentato dal Sen. Di Nicola), mirante a sanzionare chi agisca con malafede o colpa grave in sede di giudizio civile per il risarcimento del danno da diffamazione a mezzo stampa, online o con la radiotelevisione, con al pagamento a favore del convenuto di una somma, non inferiore a un quarto di quella oggetto della domanda risarcitoria.

Del resto, anche il tema delle sanzioni disciplinari è preso in considerazione da almeno alcuni dei progetti di legge in questione: il DDL S 812 e la proposta C 416 contemplan infatti, nel quadro della riscrittura dell'art. 13 l. n. 47 del 1948, la sanzione

professionale per le determinazioni relative alle sanzioni disciplinari. Contenuti analoghi alla proposta di legge C 416 ha la successiva proposta C 1700 presentata dalle On. Liuzzi e Businarolo – che però contiene, oltre alle modifiche all'art. 13 l. n. 47 del 1948 anche una disposizione di modifica all'art. 595 cod. proc. pen., mirante all'abolizione della pena detentiva e all'innalzamento della pena pecuniaria (sono previste la multa fino a 5000 euro per l'ipotesi base; la multa fino a 10.000 euro in caso di attribuzione di un fatto determinato; la multa non inferiore a 2500 euro, con limite massimo dunque di 50.000 euro, ai sensi dell'art. 24 cod. pen., se l'offesa è recata con il mezzo della stampa o con qualsiasi mezzo di pubblicità, ovvero in atto pubblico, nonché l'aumento di pena per l'offesa a un Corpo politico, amministrativo o giudiziario, o ad una sua rappresentanza, o ad una autorità costituita in collegio).

⁵⁵ Critico sul punto CUNIBERTI, op. cit., p. 138, che ne mette in luce sia la scarsa effettività, sia la possibile contrarietà alle indicazioni della sentenza Cumpănă e Mazăre, che aveva evidenziato il possibile *chilling effect* anche di tale sanzione. In realtà, mi pare che il precedente della Corte EDU si sia espresso in senso negativo rispetto alla sanzione interdittiva, ritenendo che la stessa non possa essere giustificata dal mero rischio di reiterazione delle condotte diffamatorie, laddove nei progetti di legge oggi all'esame del Parlamento tale sanzione è prevista in caso di *recidiva* del giornalista ex art. 99, secondo comma, n. 1 cod. pen. e dunque ove la condotta diffamatoria sia *già* stata in precedenza commessa. Auspica, invece, un più ampio uso delle sanzioni interdittive, in quanto atte a garantire un effetto deterrente maggiore della pena pecuniaria, UBIALI, ult. cit., p. 1497.

⁵⁶ Ad esempio, l'art. 1 del DDL S 812, nella versione risultante dopo l'esame in Commissione giustizia, contempla l'introduzione, nella l. n. 47 del 1948, dell'art. 11-bis, che impone la parametrizzazione del danno da diffamazione alla diffusione quantitativa e alla rilevanza nazionale o locale del mezzo di comunicazione, alla gravità dell'offesa e all'effetto riparatorio della pubblicazione e della diffusione della rettifica o smentita.

accessoria dell'interdizione dalla professione di giornalista, da un mese a sei mesi, in caso di recidiva specifica *ex art.* 99, secondo comma, n. 1 cod. pen.

6. ... e il metodo.

A sostegno della propria decisione di “non decidere”, la Corte richiama lo spirito di leale collaborazione istituzionale⁵⁷ e il rispetto dei limiti delle proprie attribuzioni.

La scelta – a fronte di un'incostituzionalità “accertata” delle norme censurate – di non dichiarare fondate le questioni costituzionali sollevate dai Tribunali di Salerno e di Bari è anzitutto spiegabile in termini di *self restraint* della Corte rispetto all'adozione, quanto meno in prima battuta, di una pronuncia che sarebbe stata non priva di controindicazioni, quale che fosse stato il *petitum* accolto.

Ove, infatti, la Corte avesse dichiarato fondate le questioni sollevate dal Tribunale di Salerno, che censura gli artt. 595, terzo comma, cod. pen. e l. n. 47 del 1948 e mira verosimilmente⁵⁸ a conseguire una pronuncia ablativa che caduchi la pena detentiva per la diffamazione a mezzo stampa, si sarebbe potuto determinare quel rischio di «lacune di tutela effettiva per i controinteressi in gioco» paventato nell'ordinanza n. 132.

Non solo, infatti, la stessa Corte EDU ritiene che vi siano ipotesi in cui l'applicazione della pena detentiva è compatibile con l'art. 10 CEDU, in particolare nel caso della diffamazione a mezzo stampa che costituisca discorso d'odio o istigazione alla violenza, ma si potrebbe forse addirittura argomentare che l'eliminazione, anche in tali circostanze, della detentiva possa determinare un deficit di tutela⁵⁹, potenzialmente problematico rispetto alla stessa giurisprudenza della Corte di Strasburgo, cui non sono estranee considerazioni circa la necessità di una risposta penale effettiva e dissuasiva, in

⁵⁷ Che, come nota GATTA (2020) «si inserisce in una più ampia linea di tendenza della giurisprudenza costituzionale, orientata alla collaborazione con le istituzioni e tra le istituzioni».

⁵⁸ Sulla possibile ambiguità del *petitum* v. *supra*, par. 3.

⁵⁹ È pur vero che alla diffamazione a mezzo stampa che si traduca anche in un *hate speech* o in un'istigazione alla violenza potrebbe applicarsi la circostanza aggravante della finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso prevista dall'art. 604-ter cod. pen. (ex art. 3 del decreto-legge 26 aprile n. 122, conv. in l. 25 giugno 1993, n. 205, c.d. legge Mancino). Ma tale aggravante – oltre ad avere un ambito applicativo solo parzialmente coincidente con l'eccezione delineata dalla Corte EDU – comporta un mero aumento della pena, sicché ove, per effetto di una pronuncia ablativa della Corte, la diffamazione a mezzo stampa risultasse punibile solo con la pena pecuniaria, essa comporterebbe solo un aumento dell'importo della multa, e non l'applicazione della pena detentiva. La possibilità di applicare una pena detentiva a fatti di diffamazione a mezzo stampa caratterizzati da finalità di discriminazione o di odio resterebbe dunque subordinata alla possibilità di inquadrare le relative condotte nell'art. 604-bis cod. pen., che punisce le condotte di «propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa» (ma che, come nota CUNIBERTI, op. cit., p. 126, non pare potersi applicare all'incitamento all'odio rivolto a un singolo individuo e indipendentemente dalla sua origine etnica, appartenenza nazionale o credo religioso); oppure nell'art. 414 cod. pen., che incrimina l'istigazione a delinquere (ma che risulterebbe applicabile solo ove la condotta diffamatoria integrasse l'istigazione a commettere uno o più reati).

riferimento a condotte di incitamento all'odio (v., di recente, sentenza 14 gennaio 2020, Beizaras e Levickas c. Lituania, n. 41288/15⁶⁰).

Si è poi già detto (*supra*, par. 5) come anche l'ipotesi della "campagna diffamatoria", ossia della propalazione di informazioni false, attuata nella consapevolezza della loro falsità e con il preciso intento di affossare la reputazione di determinati soggetti "bersaglio" possa forse essere considerata – anche sulla base di alcune indicazioni contenute nell'ordinanza n. 132 – una fattispecie caratterizzata da un disvalore tale da giustificare la conservazione della pena detentiva.

Un intervento della Corte nel senso di una totale eliminazione della pena detentiva sarebbe dunque stato non privo di controindicazioni.

Ma anche se la Corte avesse accolto in prima battuta il *petitum* formulato dal Tribunale di Bari (che non aspira all'eliminazione totale della pena detentiva), la sua pronuncia avrebbe potuto prestare il fianco a critiche di eccessiva manipolatività rispetto al trattamento sanzionatorio originariamente prefigurato dal legislatore per la diffamazione a mezzo stampa.

Come già esposto⁶¹, il Tribunale di Bari ha censurato l'art. 13 l. n. 47 del 1948, che punisce la diffamazione a mezzo stampa con la reclusione da uno a sei anni, congiuntamente con la multa non inferiore a cinquecentomila lire [258 euro], chiedendo alla Corte di sostituire, nell'art. 13, della congiunzione "e" con la congiunzione "o", rendendo così la pena detentiva alternativa anziché cumulativa rispetto alla pena pecuniaria, sulla falsariga della previsione di alternatività contenuta nell'art. 595, terzo comma, cod. pen. in relazione alla diffamazione a mezzo stampa non consistente nell'attribuzione di un fatto determinato.

Un intervento della Corte del tipo auspicato dal rimettente, adottato senza preventiva "messa in mora" del legislatore, avrebbe potuto essere percepito come eccessivamente invasivo della discrezionalità legislativa nella determinazione del trattamento sanzionatorio. Si sarebbe trattato, infatti, non di sostituire il trattamento sanzionatorio previsto dall'art. 13 l. n. 48 del 1947 con un diverso statuto sanzionatorio, già previsto dall'ordinamento in relazione ad altra fattispecie comparabile e idoneo a fornire una «grandezza predata»⁶² (schema, questo, già sperimentato nelle sentenze n.

⁶⁰ In tale pronuncia, la Corte EDU ha riscontrato una violazione degli artt. 8 e 14 CEDU, sotto il profilo della discriminazione nel rispetto della vita privata, in ragione del rifiuto delle autorità lituane di aprire un procedimento penale, ai sensi dell'art. 170 del codice penale lituano (che punisce l'incitamento all'odio o alla discriminazione con la pena pecuniaria o la pena detentiva, fino a un massimo tre anni), nei confronti di utenti di Facebook che avevano postato frasi inneggianti alla morte di due omosessuali, a commento di una foto degli stessi che li ritraeva nell'atto di baciarsi. In tale pronuncia, la Corte ha affermato che, pur costituendo le sanzioni penali *extrema ratio* rispetto ai discorsi d'odio, a fronte dell'incitamento all'aggressione dell'integrità fisica e morale dei ricorrenti, verificatosi in specie, sussisteva un obbligo positivo di criminalizzazione di tali condotte, ai sensi degli artt. 8 e 14 CEDU.

⁶¹ *Supra*, par. 4.

⁶² Secondo un recente, ma ormai consolidato orientamento, la Corte costituzionale – pur continuando a riconoscere un'ampia discrezionalità al legislatore nella determinazione del trattamento sanzionatorio – ha progressivamente esteso il proprio sindacato a ipotesi in cui la pena comminata dal legislatore appaia manifestamente sproporzionata non tanto in rapporto alle pene previste per altre figure di reato, quanto piuttosto in rapporto – direttamente – alla gravità delle condotte abbracciate dalla fattispecie astratta, senza

236 del 2016⁶³ e n. 40 del 2019⁶⁴) ma di trasporre all'art. 13 l. n. 47 del 1948 una "logica sanzionatoria predata" (quella dell'alternatività e non della cumulatività della pena detentiva), già presente nell'art. 595, terzo comma, cod. pen.

Questa "trasposizione di logiche" è invero un'operazione che la Corte ha già compiuto nel recente passato, segnatamente nella sentenza n. 222 del 2018⁶⁵, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 216, ultimo comma, del R.D. 6 marzo 1942, n. 267 nella parte in cui prevedeva l'applicazione, alla condanna per bancarotta fraudolenta, delle pene accessorie dell'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e dell'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa «per la durata di dieci anni», anziché «fino a dieci anni», ritenendo possibile sostituire il trattamento sanzionatorio (giudicato sproporzionato) previsto dalla disposizione censurata prendendo a punto di riferimento gli artt. 217 e 218 che prevedono le medesime pene accessorie, ma di durata stabilita dal giudice «fino a» un massimo determinato dalla legge⁶⁶.

Tale operazione è stata tuttavia compiuta, nella sentenza n. 222 del 2018: a) dopo che la Corte aveva dichiarato inammissibili, nella precedente sentenza n. 134 del 2012, analoghe questioni di legittimità costituzionale dell'art. 216 della legge fallimentare, per deferenza alla discrezionalità del legislatore, al contempo auspicando un intervento di quest'ultimo; b) sul rilievo che nessuna riforma era *medio tempore* intervenuta; c)

che sia necessaria l'evocazione di uno specifico *tertium comparationis* da parte del rimettente, se non al limitato fine di assistere la Corte nell'individuazione del trattamento sanzionatorio che possa sostituirsi, in attesa di un sempre possibile intervento del legislatore, a quello dichiarato incostituzionale (v. in particolare, sentenze n. 236 del 2016 in tema di alterazione di stato, n. 222 del 2018 in tema di pene accessorie per la bancarotta fraudolenta, e n. 40 del 2019 sul reato di produzione e traffico di stupefacenti).

⁶³ Ove la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 567, secondo comma, cod. pen., nella parte in cui prevede la pena edittale della reclusione da un minimo di cinque a un massimo di quindici anni, anziché la pena edittale della reclusione da un minimo di tre a un massimo di dieci anni, utilizzando quale «grandezz[a] già rinvenibil[e] nell'ordinamento» per effettuare la "sostituzione" del trattamento sanzionatorio, le pene previste dal primo comma del medesimo art. 567.

⁶⁴ Ove è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 73, comma 1, del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza), nella parte in cui in cui prevede la pena minima edittale della reclusione nella misura di otto anni anziché di sei anni, giudicando corretta l'impostazione del rimettente che «trae[va] l'indicazione della misura della pena minima per i fatti non lievi anzitutto dalla previsione introdotta con l'art. 4-bis del d.l. n. 272 del 2005 per i medesimi fatti, che ancora conserva viva traccia applicativa nell'ordinamento in considerazione degli effetti non retroattivi della sentenza n. 32 del 2014» osservando altresì che «sei anni è altresì la pena massima [...] prevista dal vigente comma 4 dell'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 per i fatti di non lieve entità aventi ad oggetto le sostanze di cui alle tabelle II e IV previste dal richiamato art. 14 del d.P.R. n. 309 del 1990. Sempre in sei anni il legislatore aveva altresì individuato la pena massima per i fatti di lieve entità concernenti le droghe "pesanti", vigente il testo originario del d.P.R. n. 309 del 1990, misura mantenuta come limite massimo della pena per i fatti lievi anche dal successivo d.l. n. 272 del 2005 che pure ha eliminato dal comma 5 la distinzione tra droghe "pesanti" e droghe "leggere".»

⁶⁵ Si vedano LEONE (2019), p. 183 ss.; REPETTO (2020), p. 155 s.

⁶⁶ La Corte ha considerato che «la medesima logica, già presente e operante nel sistema, [potesse] agevolmente essere trasposta all'interno dell'art. 216 della legge fallimentare».

corredando il proprio intervento di una «clausola di transitorietà»⁶⁷, ossia facendo salva la possibilità di un successivo intervento legislativo volto a individuare una soluzione sanzionatoria anche diversa da quella risultante dalle statuizioni della Corte, purché rispettosa dei principi costituzionali.

Nel nostro caso, invece, la Corte avrebbe dovuto compiere analoga operazione senza previa “messa in mora” del legislatore, con un intervento sul quale sarebbe stato lecito aspettarsi critiche.

A fronte di una simile prospettiva, la scelta della Corte di “non decidere” (o meglio, di non decidere subito) a fronte di un pur ravvisato contrasto delle norme censurate con l’assetto costituzionale può essere a mio avviso letta anche in un secondo significato: non solo come segno di “deferenza” rispetto alla discrezionalità del legislatore, ma anche come “messa in mora” dello stesso, che fondi, in caso di mancato intervento del Parlamento nel termine assegnato dall’ordinanza n. 132, la “legittimazione” della Corte a intervenire in materia⁶⁸, o con una pronuncia ablativa, a dispetto dei vuoti di tutela che essa creerebbe (ove fosse accolta la soluzione prospettata dal Tribunale di Salerno)⁶⁹ o con una pronuncia manipolativa (ove si facesse luogo alla soluzione patrocinata dal Tribunale di Bari)⁷⁰ onde scongiurare un’eccessiva compressione della libertà di stampa, ferma restando sempre la possibilità del successivo intervento legislativo.

Tutto ciò con il vantaggio – rispetto alla soluzione costituita dalla declaratoria di inammissibilità delle questioni, con monito al legislatore – di garantire una decisione *di merito*, in caso di mancato intervento del legislatore, nello stesso processo di costituzionalità ove le questioni sono state sollevate, senza dover attendere che, a seguito di una pronuncia di inammissibilità, essa vengano riproposte, dallo stesso o da altro giudice⁷¹.

⁶⁷ Così PACE (2020), p. 383 ss.

⁶⁸ Si vedano le considerazioni di PACE, ult. cit., p. 372 ss. e sulla legittimazione della Corte a intervenire anche in senso manipolativo, così incidendo sulla discrezionalità del legislatore, a fronte della prova dell’inerzia del legislatore, a fronte di una precedente sollecitazione a porre rimedio al *vulnus* costituzionale riscontrato dal giudice costituzionale.

⁶⁹ Pronuncia che ritiene maggiormente probabile CUNIBERTI, ult. cit., p. 139.

⁷⁰ Pronuncia prefigurata da GATTA, ult. cit.

⁷¹ Come notato da BIGNAMI, ult. cit., a commento dell’ordinanza n. 207 del 2018 sul c.d. caso Cappato, «è palese allora il progresso che il primato della Costituzione guadagna dalla nuova tecnica decisoria [dell’ordinanza a incostituzionalità differita]. A mente fredda, infatti, non si può non riconoscere che vi è qui tutt’altro che una pilatesca volontà di procrastinare la decisione. Al contrario, pur accompagnandosi al doveroso rispetto degli spazi propri del legislatore, la Corte nella sostanza inverte il più consolidato trend delle inammissibilità per discrezionalità legislativa, in quanto ad un tempo: a) impedisce l’applicazione della norma incostituzionale nel giudizio a quo; b) ne paralizza [...] l’efficacia su un piano più generale; e infine c) garantisce che, in tempi certi, essa sarà dichiarata illegittima, ove la legge non abbia provveduto ad emendarla dal vizio che l’ordinanza motivatamente riscontra». Nel senso della condivisibilità della scelta della Corte costituzionale operata nell’ordinanza n. 132 del 2020 v. CUNIBERTI, ult. cit., p. 135. In senso critico si esprime invece MAZZOLA, ult. cit., p. 551 ss., secondo cui «pronunce costituzionali di siffatta maniera danno prova dell’anima politica della Corte che, in quanto organo di garanzia della Costituzione, non dovrebbe avere».

7. Aspettando la decisione della Corte costituzionale: quale compito per il giudice comune?

A chiusura dell'ordinanza n. 132, la Corte costituzionale, oltre a precisare che, fino all'udienza del 22 giugno 2021, i giudizi *a quibus* rimarranno sospesi – come del resto desumibile dal disposto dell'art. 23, secondo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale) – soggiunge che, per altri giudizi analoghi, spetterà ai giudici valutare se sollevare questioni di legittimità costituzionale delle norme censurate dai Tribunali di Salerno e di Bari, ove le ritengano rilevanti e non manifestamente infondate «alla luce dei principi sopra enunciati», «così da evitare, nelle more del giudizio di costituzionalità, l'applicazione delle disposizioni censurate».

La dottrina non ha mancato di cogliere in questa chiusa un «incoraggiamento in tal senso a mezza bocca indirizzato ai giudici stessi, seppur presentato in forma comunque rispettosa del ruolo istituzionale ad essi spettante»⁷².

E invero, da un lato, l'accertamento dell'inadeguatezza, sul piano costituzionale, del bilanciamento tra libertà di espressione e tutela della reputazione, contenuto nell'ordinanza n. 132, costituisce un pregnante indizio che ciascun giudice potrà e dovrà porre a fondamento della propria valutazione di non manifesta infondatezza di analoghe questioni di legittimità costituzionale degli artt. 595, terzo comma, cod. pen. e 13 l. n. 47 del 1948.

Dall'altro lato, ove alla valutazione di non manifesta infondatezza si aggiunga quella di rilevanza di tali questioni, il promovimento di ulteriori incidenti di costituzionalità appare la soluzione preferibile rispetto a provvedimenti di rinvio del processo in attesa della decisione della Corte costituzionale o addirittura di “sospensione impropria” del processo.

Indicazioni in quest'ultimo senso si traggono anche dalla recente ordinanza n. 202 del 2020, concernente l'ammissibilità, nel giudizio costituzionale attualmente pendente sul taglio alle c.d. pensioni d'oro realizzato con l'art. 1, commi 260 e 261, della legge 30 dicembre 2018, n. 145 (Legge di bilancio 2019), di interventi *ad adiuvandum* spiegati da soggetti titolari di trattamenti pensionistici decurtati, che, pur non essendo parti nel processo all'origine dell'incidente di costituzionalità, avevano incardinato analoghi giudizi di merito, nei quali non era stata sollevata questione di legittimità costituzionale, ma era stata disposta la sospensione c.d. impropria del processo, proprio in ragione della pendenza del giudizio innanzi alla Corte costituzionale.

La Corte, nel dichiarare inammissibili gli interventi, sul rilievo che gli intervenienti erano titolari non di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio, ma di un interesse semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalla norma oggetto del dubbio di costituzionalità⁷³, ha “censurato” la

⁷² RUGGERI (2020), p. 407.

⁷³ Secondo l'orientamento costante della Corte (*ex plurimis*, sentenze n. 158 del 2020 con allegata ordinanza letta all'udienza del 10 giugno 2020, n. 119 del 2020, n. 30 del 2020 con allegata ordinanza letta all'udienza

prassi della c.d. sospensione impropria del processo, ritenendola «provvedimento difforme da[lle] univoche indicazioni normative» rinvenibili nell'art. 23, secondo comma, l. n. 87 del 1953, che configura come necessaria la sospensione del giudizio (solo) nel caso in cui sia ordinata la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, e nell'art. 24, primo comma, della stessa legge, che prescrive che l'ordinanza di rigetto dell'eccezione di illegittimità costituzionale sia «adeguatamente motivata»⁷⁴.

La *ratio* sottesa al (reiterato) invito ai giudici a sollevare questioni di legittimità di norme già censurate innanzi alla Corte costituzionale non è solo quella di consentire alle parti di processi analoghi – che si vedono precluso l'intervento nel giudizio di costituzionalità già pendente – di “interloquire” innanzi alla Corte, ma anche quella di non privare quest'ultima della possibilità di esaminare, su sollecitazione di altri rimettenti, eventuali ulteriori profili del *thema decidendum* già portato alla sua attenzione (diversi *petita*, diversi parametri costituzionali di riferimento).

E allora, tornando al caso della diffamazione a mezzo stampa, alla luce delle sollecitazioni della Corte, anche in questa fase “interlocutoria”, di attesa della decisione di merito sulla legittimità del “carcere per i giornalisti”, il giudice comune è chiamato, ove dubiti della conformità a Costituzione degli artt. 595, terzo comma, cod. pen. e 13 l. n. 47 del 1948, a sollecitarne l'ulteriore sindacato da parte della Corte, anche seguendo percorsi argomentativi, evocando parametri costituzionali e formulando *petita* diversi da quelli già sottoposti, così contribuendo all'attuazione della giurisdizione costituzionale e, con essa, alla garanzia dei diritti fondamentali.

Bibliografia

BIGNAMI, Marco (2018): [“Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un’ordinanza ad incostituzionalità differita”](#), *Questione Giustizia*, 19 novembre 2018.

CARUSO, Corrado (2013): *La libertà di espressione in azione* (Bologna, BUP).

CUNIBERTI, Marco (2020): [“La pena detentiva per la diffamazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell’uomo: l’ordinanza della Corte costituzionale n. 132 del 2020”](#), *Osservatorio AIC*, 5, pp 121-139.

GATTA, Gian Luigi (2020): [“Carcere per i giornalisti: la Corte costituzionale adotta lo ‘schema-Cappato’ e passa la palla al Parlamento, rinviando l’udienza di un anno”](#), *Sistema Penale*, 10 giugno 2020.

del 15 gennaio 2020, n. 159 e n. 98 del 2019, n. 217, n. 180 e n. 77 del 2018, n. 70 e n. 33 del 2015), ora recepito nel novellato art. 4, comma 7 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale.

⁷⁴ Secondo la Corte, tuttavia, «tale difformità, generando una questione di natura squisitamente endoprocessuale, trova rimedio nei mezzi di impugnazione che consentono alla parte di riattivare il corso del processo erroneamente sospeso e non può ridondare in un titolo di legittimazione di quella stessa parte agli effetti dell'intervento in un giudizio incidentale di legittimità costituzionale promosso altrove», pena l'alterazione della struttura incidentale del giudizio di legittimità costituzionale.

GIUDICI, Andrea (2013): ["Il caso Belpietro c. Italia: la pena detentiva per la diffamazione è contraria all'art. 10 CEDU"](#), *Diritto Penale Contemporaneo*, 26 settembre 2013.

GULLO, Antonio (2013): *Diffamazione e legittimazione dell'intervento penale. Contributo a una riforma dei delitti contro l'onore* (Roma, Aracne).

GULLO, Antonio (2019): Art. 595, in PADOVANI, Tullio (a cura di), *Codice penale* (Milano, Giuffrè Francis Lefevre) pp. 3907-3940.

LEONE, Stefania (2019): "La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a «rime possibili»", *Quaderni costituzionali*, 1, pp. 183-186.

LONATI, Simone (2020): ["Diffamazione a mezzo stampa e applicazione della pena detentiva: ancora qualche riflessione a margine del cd. caso Sallusti in \(perenne\) attesa di un intervento del legislatore"](#), *Media Laws*, 1, pp. 69-83.

MAZZOLA, Alessandra (2020): ["Decide che deciderà: la Corte costituzionale torna a adoperare la tecnica inaugurata con il "caso Cappato"'"](#), *Consulta online*, 3, pp. 545-554.

MELZI D'ERIL, Carlo (2013): ["La Corte europea condanna l'Italia per sanzione e risarcimento eccessivi in un caso di diffamazione. Dalla sentenza qualche indicazione per la magistratura, il legislatore e le parti"](#), *Diritto Penale Contemporaneo*, 12 novembre 2013.

PACE, Leonardo (2020): *L'adequatezza della legge e gli automatismi* (Napoli, ES).

PACILEO, Vincenzo (2013): ["Contro la decriminalizzazione della diffamazione a mezzo stampa. Note a margine del "caso Sallusti"'"](#), *Diritto Penale Contemporaneo*, 16 maggio 2013.

PEZZELLA, Vincenzo (2020): *La diffamazione. Le nuove frontiere della responsabilità penale e civile e della tutela della privacy nell'epoca dei social, delle fake news e degli hate speeches* (Torino, Utet).

PINARDI, Roberto (2020): ["La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato"](#) *Forum di Quaderni costituzionali*, 3, pp. 103-107.

REPETTO, Giorgio (2020): ["Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative"](#), AA. VV., *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, *www.giurcost.org*, pp. 153-159.

RUGGERI, Antonio (2020): ["Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato \(nota minima a margine di Corte cost. n. 132 del 2020\)"](#), *Consulta Online*, 2, pp. 406-407.

MELZI D'ERIL, Carlo e VIGEVANI, Giulio Enea (2016): "Per i giornalisti il carcere è un'eccezione", *Il Sole 24 Ore*, 29 marzo 2016.

UBIALI, Maria Chiara (2020): "Diffamazione a mezzo stampa e pena detentiva: la Corte costituzionale dà un anno di tempo al Parlamento per trovare un punto di

equilibrio tra libertà di espressione e tutela della reputazione individuale, in linea con i principi costituzionali e convenzionali”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, pp. 1475-1500.

VIGANÒ, Francesco (2012): “[Sulle motivazioni della Cassazione nel caso Sallusti](#)”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 24 ottobre 2012.

VIGANÒ, Francesco (2019): “La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali”, *Quaderni costituzionali*, 2, pp. 481-499.