



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2022 FASC. I

(ESTRATTO)

ANDREA CARDONE

**PENA DETENTIVA PER LA DIFFAMAZIONE E FUNZIONE
DEMOCRATICA DELLA LIBERTÀ DI ESPRESSIONE:
QUID IURIS OLTRE IL CASO DELLA PROFESSIONE GIORNALISTICA?**

24 FEBBRAIO 2022

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Andrea Cardone

**Pena detentiva per la diffamazione e funzione democratica della libertà di espressione:
quid iuris oltre il caso della professione giornalistica?***

ABSTRACT: *The mandatory application of the punishment of imprisonment for the crime of aggravated defamation is unlawful because the provision of the imprisonment determines an intimidating effect on the function of democratic control which is proper to the journalistic profession. On the other hand, the question of the constitutionality of the rule which provides for the penalty of imprisonment as an alternative to the pecuniary sanction is unfounded because the rule is susceptible of a consistent interpretation. In relation to both of these provisions, the reasoning revolves around the need to protect the democratic role of the journalistic profession and the pluralism of information sources. Particularly in the context of the Internet, however, defamation is often carried out by persons who do not exercise the journalistic profession and against persons without any power. These cases should be considered by the legislator for a more effective protection of reputation and a more reasonable balance with freedom of expression.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L’incostituzionalità dell’indefettibilità della pena detentiva. – 3. La legittimità della pena detentiva alternativa in “casi eccezionali”. – 4. La “giustificazione democratica” imperniata sulla professione giornalistica e i suoi limiti. – 5. Quale spazio residua per il legislatore e quale ruolo per il diritto penale?

1. *Premessa.*

La [sent. n. 150 del 2021](#) ha definito la questione di costituzionalità attraverso cui i giudici rimettenti avevano chiesto alla Corte costituzionale di chiarire se fosse compatibile con la Costituzione, anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo in tema di “Libertà di espressione” (art. 10 Conv. eur. dir. umani), la previsione di pene detentive per il delitto di diffamazione commesso a mezzo della stampa. Il quesito veniva posto con riguardo all’art. 13, L. 8 febbraio 1948, n. 47, come noto recante le “Disposizioni sulla stampa”, che commina la reclusione in via cumulativa rispetto alla pena pecuniaria, allorché la diffamazione a mezzo stampa consista nell’attribuzione di un fatto determinato, e in relazione all’art. 595, comma 3, c.p., che prevede la reclusione in via meramente alternativa rispetto alla pena pecuniaria per il caso di diffamazione realizzata col mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità, ovvero in atto pubblico.

Più in particolare, dei due rimettenti, mentre il Tribunale ordinario di Salerno sollevava dubbi di legittimità costituzionale - in riferimento agli artt. 3, 21, 25, 27 e 117, comma 1, Cost., quest’ultimo in relazione all’art. 10 Conv. eur. dir. umani - sia dell’art. 595, comma 3, c.p. che dell’art. 13, l. n. 47 del 1948, il Tribunale ordinario di Bari prospettava esclusivamente la violazione dell’art. 117, comma 1, Cost., e della interposta disciplina e giurisprudenza convenzionale, in relazione al solo art. 13 cit., essendo la disciplina codicistica richiamata “in combinato disposto” al mero fine di individuare la fattispecie incriminatrice su cui si innesta la speciale circostanza aggravante prevista dalla c.d. “legge sulla stampa”, unica effettiva destinataria delle censure del giudice *a quo*.

In via del tutto preliminare, giova anche sottolineare che il *thema decidendum* definito dalla sentenza derivava dalla riunione dei due giudizi instaurati dalle appena ricordate ordinanze di remissione; riunione disposta con l’ordinanza [Corte cost. 26 giugno 2020, n. 132](#), con cui la Corte, sul modello di quanto recentemente già fatto nel c.d. “caso Cappato”, aveva anche rinviato - invano, come il tempo avrebbe dimostrato - l’udienza pubblica di discussione di circa un anno per consentire al legislatore di esercitare la necessaria discrezionalità per procedere ad “una rimodulazione del bilanciamento sotteso alla disciplina in questa sede censurata, in modo da coniugare le esigenze di garanzia della libertà giornalistica [...] con le altrettanto pressanti ragioni di tutela effettiva della reputazione individuale delle

*  **Online First** [Diritto penale e processo] Contributo pubblicato ai sensi dell’art. 3, comma 13, del regolamento della Rivista.

vittime di eventuali abusi di quella libertà da parte dei giornalisti; vittime che sono oggi esposte a rischi ancora maggiori che nel passato”¹.

La decisione in commento contiene cinque distinte statuizioni.

Con la prima, secondo l’ordine con cui vengono motivate, la Corte dichiara fondata la questione di costituzionalità dell’art. 13, l. n. 47 del 1948 - sollevata dal Tribunale di Salerno - per violazione degli artt. 21 e 117, comma 1, Cost., in relazione all’art. 10 Conv. eur. dir. umani, considerando conseguentemente assorbite sia le censure prospettate dallo stesso giudice *a quo* in relazione agli altri parametri invocati, sia la questione sollevata avverso la stessa norma dal Tribunale di Bari, atteso che la dichiarazione di illegittimità costituzionale della disciplina speciale ne rendeva superfluo l’esame in quanto mirante a sostituire il vigente regime di cumulatività di reclusione e multa con quello diverso di alternatività tra le due sanzioni.

Proprio tale regime di alternatività delle sanzioni pecuniarie e detentive è oggetto della seconda statuizione, con cui la Corte chiarisce che la questione sollevata - sempre dal Tribunale di Salerno - avverso la circostanza aggravante del delitto di diffamazione prevista dall’art. 595, comma 3, c.p. per il caso in cui l’offesa sia recata col mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità, ovvero in atto pubblico - la quale prevede, appunto, la pena della reclusione da sei mesi a tre anni *ovvero* della multa non inferiore a 516 euro - è infondata perché la disciplina codicistica è suscettibile di essere interpretata in maniera conforme alla disciplina costituzionale e convenzionale della libertà di manifestazione del pensiero “nei sensi di cui in motivazione” (di cui si dirà appresso).

La terza statuizione dichiara manifestamente infondata la questione - sollevata dallo stesso Tribunale di Salerno - dell’aggravante codicistica in relazione all’art. 25 Cost., chiarendo la Corte che la lesività della diffamazione, che attenta ad un diritto fondamentale, quale la reputazione della persona, “di primario rilievo nell’ordinamento costituzionale”, può giustificare la previsione di una sanzione detentiva, il cui carattere proporzionato e ragionevole va valutato in base al bilanciamento che il legislatore discrezionalmente effettua tra tale diritto e la libertà di manifestazione del pensiero e non in relazione al principio di offensività ricavabile, appunto, dall’art. 25 Cost.

Parimenti infondata viene, poi, considerata la questione sollevata - sempre, come detto in apertura, dal Tribunale di Salerno avverso l’art. 595, comma 3, c.p. - in relazione all’art. 27, comma 3, Cost. Al riguardo la Corte disattende l’argomento speso dal remittente, secondo cui l’inapplicabilità in concreto della sanzione detentiva, derivante dall’ordinamento convenzionale, la renderebbe inutile dal punto di vista della sua funzione rieducativa, nonché di quella general/special preventiva, osservando che il parametro in questione può essere invocato nel quadro di censure miranti a denunciare il carattere manifestamente sproporzionato della pena rispetto alla gravità del fatto di reato, ma non “a sostegno di dichiarazioni di illegittimità costituzionale miranti a censurare l’ineffettività di comminatorie edittali rispetto agli stessi scopi preventivi della pena, in considerazione della inapplicabilità della pena in essa prevista”².

Da ultimo, infine, la sentenza colpisce con la declaratoria di incostituzionalità consequenziale l’art. 30, comma 4, l. 6 agosto 1990, n. 223, recante la “Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato”, nella parte in cui prevede che “[n]el caso di reati di diffamazione commessi attraverso trasmissioni consistenti nell’attribuzione di un fatto determinato, si applicano ai soggetti di cui al comma 1 le sanzioni previste dall’art. 13 della legge 8 febbraio 1948, n. 47”, dichiarato, appunto, costituzionalmente illegittimo dalla pronuncia in commento.

¹ [Corte cost. ord. 26 giugno 2020, n. 132](#), punto 7.3. del *Considerato in diritto*. Tra i numerosi commenti cfr. *ex multis*, R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2020; A. RUGGERI, *Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato*, in questa *Rivista 2020/II*, 406; M. CASTELLANETA, *La revisione della normativa italiana sulla sanzione del carcere nei casi di diffamazione a mezzo stampa dopo l’ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. int.*, 2020, 1043 ss.

² [Corte cost. 12 luglio 2021, n. 150](#), punto 8 del *Considerato in diritto*.

La motivazione spesa dalla sentenza a sostegno delle prime due statuizioni merita una considerazione più specifica, anche in considerazione della centralità che assume il tema - fondamentale dal punto di vista del diritto costituzionale - del bilanciamento tra libertà d'espressione e reputazione della persona.

2. L'incostituzionalità dell'indefettibilità della pena detentiva

Come detto, la declaratoria d'incostituzionalità principale colpisce la previsione della “legge sulla stampa” (art. 13, l. n. 47 del 1948) che considera le due pene - detentiva e pecuniaria - come cumulative, obbligando così il giudice ad applicarle indefettibilmente entrambe, a meno che, nel caso concreto, non sussistano circostanze attenuanti prevalenti o, almeno, equivalenti rispetto all'aggravante rappresentata dall'attribuzione di un fatto determinato attraverso la stampa.

Secondo la sentenza, infatti, detta obbligatorietà della pena detentiva si pone in contrasto con l'art. 10 Conv. eur. dir. umani e, quindi, per effetto della sua funzione di parametro interposto nel controllo di costituzionalità, con l'art. 117, comma 1, Cost. perché essa - indipendentemente dall'eventuale sospensione condizionale della carcerazione e dalla possibile sostituzione con misure alternative alla detenzione - è divenuta, in forza della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, incompatibile con l'esigenza di evitare che il timore della privazione della libertà personale dissuada la generalità dei giornalisti dall'esercitare “la propria cruciale funzione di controllo sull'operato dei pubblici poteri”.

Sul punto, la sentenza richiama la già ricordata [ordinanza della Corte cost. n. 132 del 2020](#), nella quale la Corte aveva, in effetti, anche al fine di “sostanziare” il monito rivolto al legislatore affinché intervenisse nel novellare il bilanciamento tra diritto di critica/cronaca giornalistica e diritto alla reputazione personale, “anticipato” la propria ricostruzione della giurisprudenza convenzionale, giungendo alla conclusione che la funzione di controllo democratico della stampa non può essere messa a repentaglio dalla previsione di una afflizione necessariamente detentiva per i giornalisti che eccedano nell'esercizio del diritto di cronaca e/o di critica.

In particolare, la Corte, nell'ordinanza che ha disposto la riunione dei giudizi e il differimento della trattazione, aveva fatto risalire la genesi della giurisprudenza convenzionale in materia alla sentenza della Grande camera 17 dicembre 2004, *Cumpănă e Mazăre contro Romania*, con cui la Corte di Strasburgo aveva considerato una interferenza sproporzionata con la libertà d'espressione e, pertanto, “non necessaria in una società democratica”, ai sensi dell'art. 10, par. 2, Conv. eur. dir. umani, l'imposizione - nei confronti di due giornalisti, legittimamente condannati per diffamazione per aver accusato un giudice di essere coinvolto in fatti di corruzione - di una pena di sette mesi di reclusione non sospesa, ancorché in concreto non eseguita per effetto di un provvedimento di grazia presidenziale. In detta pronuncia, in particolare, la Corte europea aveva rilevato che “se è vero che gli Stati parte hanno la facoltà, o addirittura il dovere, in forza dei loro obblighi positivi di tutela dell'art. 8 CEDU, di disciplinare l'esercizio della libertà di espressione in modo da assicurare per legge un'adeguata tutela della reputazione delle persone, non devono però farlo in una maniera che indebitamente dissuada i media dallo svolgimento del loro ruolo di segnalare all'opinione pubblica casi apparenti o supposti di abuso dei pubblici poteri (par. 113)”³.

E proprio da tale passaggio, l'[ord. n. 132 del 2020](#) aveva ricavato dal precedente di Strasburgo la conclusione che “il timore di sanzioni detentive produce, secondo la Corte di Strasburgo, un evidente effetto dissuasivo (*'chilling effect'*) rispetto all'esercizio della libertà di espressione dei giornalisti - in particolare nello svolgimento della loro attività di inchiesta e di pubblicazione dei risultati delle loro indagini - tale da riverberarsi sul giudizio di proporzionalità, e dunque di legittimità alla luce della Convenzione, di tali sanzioni (par. 114)”⁴.

³ [Corte cost. 26 giugno 2020, n. 132](#), punto 6.1. del *Considerato in diritto*.

⁴ *Ibidem*.

Giova sottolineare, per le dirette ricadute sulla fattispecie oggetto della pronuncia in commento, che secondo l'[ordinanza n. 132](#), sempre in base alla sentenza europea citata, vi è un solo caso in cui l'imposizione di una pena detentiva per un reato a mezzo stampa è compatibile con la libertà di espressione dei giornalisti, ovvero quando ricorrano "circostanze eccezionali, segnatamente quando altri diritti fondamentali siano stati seriamente offesi, come ad esempio nel caso di diffusione di discorsi d'odio (*hate speech*) o di istigazione alla violenza (par. 115)"⁵.

A tale *leading case* erano, poi, seguite altre pronunce della Corte europea, che avevano ribadito i principi espressi dalla sentenza *Cumpănă* e che l'ordinanza aveva richiamato per argomentare come sia ormai consolidato l'arresto giurisprudenziale per cui, anche a fronte della legittima affermazione di responsabilità penale in capo ai ricorrenti da parte dei giudici degli Stati membri della Convenzione (basata sulla non veridicità e sulla gravità degli addebiti rivolti alle persone offese in assenza dei necessari controlli sull'attendibilità delle fonti da parte del giornalista o del direttore responsabile), è comunque contraria alla tutela convenzionale della libertà d'espressione l'inflizione di una pena detentiva ritenuta sproporzionata, ancorché condizionalmente sospesa ovvero cancellata da un provvedimento di grazia del Presidente della Repubblica⁶.

Alla base dell'accoglimento della questione è, dunque, la giurisprudenza convenzionale⁷ che si origina dalla qualificazione della stampa e, più in generale, della professione giornalistica come *Watchdog of Democracy*⁸, che la sentenza in epigrafe mette in relazione con il diritto vivente italiano, alla stregua del quale, a partire dalla celeberrima sentenza "Decalogo" delle Sezioni Unite della Cassazione⁹, l'operatività della causa putativa di giustificazione dell'esercizio del diritto di cronaca di cui all'art. 59, comma 4, c.p. è subordinata all'assenza di colpa nel controllo delle fonti e, quindi, non preclude l'affermazione di responsabilità penale del giornalista che abbia falsamente confidato - "seppur per un errore evitabile", come si legge nella sentenza - nella verità del fatto attribuito alla persona offesa.

3. La legittimità della pena detentiva alternativa in "casi eccezionali"

⁵ *Ibidem*.

⁶ In proposito l'ordinanza richiama la sentenza Corte eur. dir. umani 6 dicembre 2007, *Katrami c. Grecia*, oltre a due sentenze pronunciate nei confronti dell'Italia che erano state citate dagli stessi giudici remittenti, ovvero Corte eur. dir. umani 24 settembre 2013, *Belpietro c. Italia* e Corte eur. dir. umani 7 marzo 2019, *Sallusti c. Italia*.

⁷ Si tenga, però, presente che l'[ordinanza Corte cost. n. 132 del 2020](#) non aveva trascurato di sottolineare che i ricordati principi affermati dalla Corte di Strasburgo trovavano piena corrispondenza nei numerosi documenti con cui gli organi politici del Consiglio d'Europa raccomandavano agli Stati membri di non prevedere - o abolire, ove esistenti - le sanzioni detentive per il delitto di diffamazione e ciò proprio allo scopo di tutelare più efficacemente la libertà di espressione dei giornalisti e, correlativamente, il diritto dei cittadini a essere informati.

Segnatamente, il riferimento cade sulla "Dichiarazione sulla libertà dei dibattiti politici nei media", adottata il 12 febbraio 2004 dal Comitato dei ministri, nella quale si chiarisce che la pena detentiva non dovrebbe essere applicata se non nei rari casi di grave violazione di altri diritti fondamentali che la rendano strettamente necessaria e proporzionata.

Analogamente, con la risoluzione 4 ottobre 2007, n. 1577, l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ha esortato gli Stati contraenti ad abolire la pena detentiva per la diffamazione e a garantire che non sia praticato un uso strumentale dei procedimenti penali per diffamazione. La medesima critica all'uso distorto dei procedimenti penali per fatti di diffamazione si trova anche nella successiva risoluzione 24 gennaio 2013, n. 1920, sullo stato della libertà dei media in Europa, sempre dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa.

Infine, per quanto riguarda più da vicino il nostro ordinamento, è da tenere presente che, come l'[ordinanza n. 132 del 2020](#) non omette di considerare, la c.d. "Commissione di Venezia", ovvero la "Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto" - su esplicita richiesta dell'Assemblea parlamentare, intervenuta a seguito della condanna di un giornalista italiano a una pena detentiva confermata dalla Corte di cassazione (condanna che ha, poi, dato origine alla già citata sentenza Sallusti contro Italia) - ha espresso un parere sulla conformità della normativa italiana all'art. 10 Conv. eur. dir. umani (parere n. 715 del 6-7 dicembre 2013), il quale reca tra le conclusioni il rilievo che la vigente legislazione italiana non è pienamente in linea con gli *standards* del Consiglio d'Europa in materia di libertà di espressione, individuando proprio nella previsione della pena detentiva in relazione alla diffamazione a mezzo stampa la principale problematica emersa nell'indagine.

⁸ Corte eur. dir. umani, sent., 27 marzo 1996, *Goodwin c. Regno Unito*, par. 39.

⁹ Cass. Civ., Sez. I, 18 ottobre 1984, n. 5259.

Sul medesimo tema della legittimità della pena detentiva per i reati di diffamazione a mezzo stampa interviene anche la statuizione relativa alla questione di costituzionalità dell'art. 595, comma 3, c.p., il quale, come ricordato in apertura, prevede la possibile irrogazione di pena privativa della libertà personale - la reclusione da sei mesi a tre anni - per il caso in cui la diffamazione risulti aggravata dall'uso della stampa o di qualsiasi altro mezzo di pubblicità, ovvero sia compiuta in atto pubblico.

Come anticipato, la questione viene giudicata infondata perché è possibile una interpretazione conforme a Costituzione, e alla Convenzione europea, della norma scrutinata. Tale interpretazione viene ricostruita dalla sentenza intorno al carattere alternativo della sanzione detentiva, che viene considerato compatibile sia con l'art. 21 Cost., sia con l'art. 10 Conv. eur. dir. umani come interpretato dalla Corte di Strasburgo.

Anche sul punto la sentenza riprende la motivazione anticipata nell'[ordinanza della Corte cost. n. 132 del 2020](#) per chiarire che, se, da un lato, la libertà di espressione - in particolare, come visto, il diritto di critica e di cronaca esercitato dai giornalisti - rappresenta la “pietra angolare dell'ordine democratico”, secondo la felice espressione utilizzata già in passato dalla stessa giurisprudenza costituzionale¹⁰, dall'altro, la reputazione personale è un diritto inviolabile di non inferiore primarietà costituzionale, essendo connaturato alla dignità della persona di cui agli artt. 2 e 3 Cost. ed essendo tutelato dalla stessa Convenzione europea attraverso la garanzia del “Diritto al rispetto della vita privata e familiare” di cui all'art. 8 Conv. eur. dir. umani, da cui la Corte europea ricava, appunto, per orientamento consolidato, la tutela dell'onore e della reputazione dell'individuo¹¹.

In forza di tale premessa, la necessità che possibili attentati all'immagine, e al connesso equilibrio, della persona debbano essere prevenuti dall'ordinamento per mezzo di strumenti idonei e proporzionati comporta, secondo la sentenza, che l'individuazione delle misure opportune avvenga attraverso il bilanciamento con le contrapposte esigenze di tutela della libertà di espressione e, in particolare, del diritto di cronaca e di critica. In tale bilanciamento, ed è questo il passaggio fondamentale della motivazione, non può aprioristicamente “escludersi la sanzione detentiva, sempre che la sua applicazione sia circondata da cautele idonee a schermare il rischio di indebita intimidazione esercitato su chi svolga la professione giornalistica”¹².

Il discrimine in grado di distinguere quali fattispecie possono dar luogo all'applicazione di una pena detentiva viene individuato, ancora una volta, con riferimento alla giurisprudenza convenzionale, secondo la quale - pur nel quadro del ricostruito principio per cui la disciplina penalistica non deve consentire al giudice di comminare privazioni della libertà personale che possano avere una funzione inibitoria rispetto al controllo democratico assicurato dall'attività giornalistica - la repressione della diffamazione compiuta a mezzo della stampa, o di altro mezzo di pubblicità, compiuta attraverso la pena detentiva non è di per sé incompatibile con la tutela della libertà di espressione nei casi in cui la diffamazione si caratterizzi per la sua “eccezionale gravità”¹³.

Come si è già avuto modo di dire, la Corte di Strasburgo, nella propria giurisprudenza, considera eccezionalmente gravi le diffamazioni che contengono discorsi d'odio e di istigazione alla violenza. A tali

¹⁰ [Corte cost. 17 aprile 1969, n. 84.](#)

¹¹ [Corte cost. 26 giugno 2020, n. 132](#), punto 7.2. del *Considerato in diritto*, in cui vengono citate le sentenze Corte eur. dir. umani 6 novembre 2018, *Vicent del Campo c. Spagna*, e Corte eur. dir. umani, Grande camera, 17 dicembre 2004, *Cumpănă e Mazăre c. Romania*, cui *adde*, volendo, la giurisprudenza ricostruita in A. CARDONE - M. OETHEIMER, *sub Art. 10 Cedu*, in AA.VV., *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. Bartole - P. De Sena - V. Zagrebelsky, Padova, 2012, 411 ss., laddove si evidenzia che la giurisprudenza convenzionale è giunta ad individuare la reputazione personale come limite alla libertà d'espressione in base all'art. 10 prima di confermare che tale diritto “rientrasse pienamente nell'ambito di applicazione dell'art. 8 CEDU”.

¹² [Corte cost. 12 luglio 2021, n. 150](#), punto 6.2. del *Considerato in diritto*.

¹³ *Ibidem*, laddove vengono citate le sentenze Corte eur. dir. umani, Grande camera, 17 dicembre 2004, *Cumpănă e Mazăre c. Romania*, par. 115; Corte eur. dir. umani 5 novembre 2020, *Balaskas c. Grecia*, par. 61; 11 febbraio 2020, *Atamanchuk c. Russia*, par. 67; Corte eur. dir. umani 7 marzo 2019, *Sallusti c. Italia*, par. 59; Corte eur. dir. umani 24 settembre 2013, *Belpietro c. Italia*, par. 53; Corte eur. dir. umani 6 dicembre 2007, *Katrami c. Grecia*, par. 39.

fattispecie, la pronuncia in commento somma la considerazione che possono giustificare l'inflizione di sanzioni detentive anche le "campagne di disinformazione condotte attraverso la stampa, internet o i social media, caratterizzate dalla diffusione di addebiti gravemente lesivi della reputazione della vittima, e compiute nella consapevolezza da parte dei loro autori della - oggettiva e dimostrabile - falsità degli addebiti stessi"¹⁴.

Ancora una volta la motivazione appare tutta giocata sulle implicazioni democratiche della libertà d'espressione, tanto che la sentenza ha cura di precisare che "chi ponga in essere simili condotte - *eserciti o meno la professione giornalistica (corsivo nostro)* - certo non svolge la funzione di 'cane da guardia' della democrazia, che si attua paradigmaticamente tramite la ricerca e la pubblicazione di verità 'scomode'; ma, all'opposto, crea un pericolo per la democrazia, combattendo l'avversario mediante la menzogna, utilizzata come strumento per screditare la sua persona agli occhi della pubblica opinione. Con prevedibili conseguenze distorsive anche rispetto agli esiti delle stesse libere competizioni elettorali"¹⁵.

La via per l'interpretazione conforme a Costituzione e a Convenzione della disciplina codicistica della pena detentiva per la diffamazione a mezzo stampa è, dunque, quella di ritenere che la previsione astratta e l'applicazione concreta di sanzioni privative della libertà personale siano ammissibili solo ed esclusivamente quando non possono, ragionevolmente, produrre effetti di indebita intimidazione nei confronti dell'esercizio della professione giornalistica, deprimendone la sua essenziale funzione di controllo democratico, tipico delle società pluraliste contemporanee. Secondo la sentenza, infatti, se si limita la previsione della pena detentiva ai citati casi di "eccezionale gravità" - che la Corte precisa essere "assai lontani dall'ethos della professione giornalistica" - il bilanciamento effettuato risulta ragionevole perché, in via generale, "la prospettiva del carcere resterà esclusa per il giornalista, *così come per chiunque altro (corsivo nostro)* che abbia manifestato attraverso la stampa o altri mezzi di pubblicità la propria opinione"¹⁶.

4. La "giustificazione democratica" imperniata sulla professione giornalistica e i suoi limiti

A questo punto della trattazione, dovrebbe risultare chiaro come tutta l'argomentazione spesa dalla Corte per motivare l'incostituzionalità della pena detentiva indefettibile e, all'opposto, la legittimità della sanzione carceraria alternativa e limitata ai casi di "eccezionale gravità", sembri essere incentrata sulla tutela costituzionale di quella particolare forma di libertà di manifestazione del pensiero che si estrinseca nell'esercizio professionale del diritto di critica e del diritto di cronaca da parte dei giornalisti. Così come appare chiaro che essa riposa, in definitiva, su una concezione "funzionalistica" della libertà di espressione, tipica della formulazione dell'art. 10 Conv. eur. dir. umani¹⁷ ma lontana dall'impostazione originaria dei Costituenti¹⁸ - incentrata prevalentemente sulla strumentalità della libertà d'espressione rispetto alla manifestazione del pensiero come predicato intangibile della persona umana¹⁹ - per quanto ad essa la giurisprudenza costituzionale si fosse negli anni progressivamente avvicinata²⁰.

¹⁴ *Ibidem.*

¹⁵ *Ibidem.*

¹⁶ *Ibidem.*

¹⁷ Cfr., per tutti, M. OETHEIMER, *L'harmonisation de la liberté d'expression en Europe*, Paris, 2001, 65 ss.

¹⁸ Secondo la celebre impostazione di C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, ripresa da Alessandro Pace, in A. PACE - M. MANETTI, *Commentario della Costituzione. Art. 21. Rapporti civili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, Bologna, 2006, 37 ss.

¹⁹ E per questo criticata, negli eccessi dell'impostazione "individualistica", da P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 227 ss. e A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1988, 96 ss.

²⁰ Come già rilevato in A. CARDONE, *L'incidenza della libertà d'espressione garantita dall'art. 10 C.e.d.u. nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2012, 12 ss.

Quanto detto si comprende bene non solo dai riferimenti giurisprudenziali alle decisioni della Corte di Strasburgo, che - non a caso - riguardano tutti casi di giornalisti professionisti condannati dagli Stati membri della Convenzione con pene detentive considerate sproporzionate o irragionevoli anche a fronte della legittimità dell'accertamento della loro responsabilità penale, ma anche, forse soprattutto, dalla motivazione che la stessa Corte costituzionale aveva "anticipato" nella più volte richiamata [ordinanza Corte cost. n. 132 del 2020](#).

L'ordinanza al riguardo aveva, infatti, lungamente argomentato la centralità della libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento costituzionale, ricordando la significativa circostanza storica che la prima sentenza della Corte costituzionale (come noto, la [Corte cost. n. 1 del 1956](#)) avesse dichiarato l'incostituzionalità di una norma (l'art. 2 T.U.L.P.S.) proprio per contrasto con l'art. 21 Cost. e sottolineando che "nell'ambito di questo diritto, la libertà di stampa assume un'importanza peculiare, in ragione del suo ruolo essenziale nel funzionamento del sistema democratico ([sentenza n. 1 del 1981](#)), nel quale al diritto del giornalista di informare corrisponde un correlativo 'diritto all'informazione' dei cittadini"²¹.

Venivano conseguentemente richiamate anche altre pronunce con cui la Corte aveva negli anni chiarito che il diritto a essere informati rappresenta uno dei principi fondanti della forma di stato democratica, alla cui base riposa la libera formazione dell'opinione pubblica, assicurata "dal pluralismo delle fonti cui attingere conoscenze e notizie [...] in modo tale che il cittadino possa essere messo in condizione di compiere le sue valutazioni avendo presenti punti di vista differenti e orientamenti culturali contrastanti ([sentenza n. 112 del 1993](#), richiamata dalla [sentenza n. 155 del 2002](#))" ([sentenza n. 206 del 2019](#))²².

Non meraviglia, dunque, che il percorso motivazionale della sentenza sia costruito con riferimento all'attività dei giornalisti, perché l'esercizio della professione giornalistica rappresenta l'archetipo della "vigilanza democratica" che la tutela costituzionale della libertà di manifestazione del pensiero consente di esercitare sui detentori del pubblico potere. Ed infatti la stessa [ordinanza n. 132](#) aveva affermato che "non v'è dubbio [pertanto] che l'attività giornalistica meriti di essere 'salvaguardata contro ogni minaccia o coartazione, diretta o indiretta' ([sentenza n. 172 del 1972](#)) che possa indebolire la sua vitale funzione nel sistema democratico, ponendo indebiti ostacoli al legittimo svolgimento del suo ruolo di informare i consociati e di contribuire alla formazione degli orientamenti della pubblica opinione, anche attraverso la critica aspra e polemica delle condotte di chi detenga posizioni di potere"²³.

Rispetto all'architettura del ragionamento fin qui ricostruito - che, come visto, considera incostituzionale la pena detentiva perché, salvo casi eccezionali, rischia di intimidire l'attività del giornalista professionista in quanto "cane da guardia" dei detentori di potere - merita di essere evidenziato che vi sono alcuni elementi di contesto che portano a ritenere come non sempre - quando la libertà di espressione si manifesta in maniera lesiva dell'onore e della reputazione altrui - l'orizzonte interpretativo delineato dalla sentenza possa trovare applicazione.

In primo luogo, infatti, la diffamazione non sempre è posta in essere da giornalisti professionisti, ma può, e di sovente viene, realizzata da pubblicitari (non professionisti) o, ancor più spesso, da soggetti che non sono affatto giornalisti. Basti pensare a quanto avviene quotidianamente su *blog*, *social network* e, più in generale, sul *web*, in cui ognuno è autore e editore di sé stesso e in questa veste può arrecare grave nocimento all'immagine altrui. Di tale contesto è, peraltro, consapevole la stessa sentenza, la quale considera espressamente che "aggressioni illegittime a tale diritto [alla reputazione] compiute attraverso la stampa, o attraverso gli altri mezzi di pubblicità cui si riferisce l'art. 595, comma 3, cod. pen. - la radio, la televisione, le testate giornalistiche online e gli altri siti internet, i social media, e così via -, possono incidere grandemente sulla vita privata, familiare, sociale, professionale, politica delle vittime. E tali danni sono suscettibili, oggi, di essere enormemente amplificati proprio dai moderni

²¹ [Corte cost. 26 giugno 2020, n. 132](#), punto 7.1. del *Considerato in diritto*.

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*.

mezzi di comunicazione, che rendono agevolmente reperibili per chiunque, anche a distanza di molti anni, tutti gli addebiti diffamatori associati al nome della vittima”²⁴.

In secondo luogo, non sempre i soggetti offesi dalla diffamazione aggravata possono essere considerati “detentori di posizioni di potere”. Soprattutto nella rete, infatti, spesso ad essere lesi nella propria reputazione e nel proprio onore sono anche semplici cittadini investiti dall’incontinenza altrui. E, del resto, la stessa nozione di “potere” dovrebbe essere oggetto di una qualche perimetrazione, perché la premessa basata sulla necessità di non inibire l’attività giornalistica a fini di controllo democratico è idonea a sorreggere la conclusione dell’incostituzionalità della pena detentiva solo se la persona offesa è, se non necessariamente titolare di mandato rappresentativo (ad esempio, un sindaco) o titolare di pubblico potere (ad esempio, un magistrato), per lo meno titolare di pubbliche funzioni (ad esempio, un rettore), mentre rappresenta una base meno solida per raggiungere la medesima conclusione al di fuori di queste ipotesi, come avviene, ad esempio, per le persone colpite da diffamazione semplicemente per la loro notorietà (artistica, sportiva, etc.).

A ciò si aggiunga che la rivoluzione digitale e un certo servilismo rispetto al potere politico hanno progressivamente sottratto al giornalismo d’inchiesta quelle vesti di *Watchdog of Democracy*²⁵ che la sentenza, come visto, pone alla base sia della declaratoria di incostituzionalità dell’art. 13 della “legge sulla stampa”, sia dell’interpretazione conforme dell’art. 595, comma 3, c.p.

E non si può nemmeno omettere di considerare che, come si dirà meglio più avanti, il tutto avviene in un quadro in cui i percorsi formativi dell’opinione pubblica sono molto cambiati rispetto al passato e in cui il ruolo della professione giornalistica, soprattutto per i grandi stravolgimenti generati dalla rete, è certamente recessivo rispetto agli altri fattori che condizionano e influenzano la formazione dei convincimenti da parte della collettività.

5. *Quale spazio residua per il legislatore e quale ruolo per il diritto penale?*

Con quanto da ultimo osservato non si intende affatto mettere in discussione la bontà delle argomentazioni utilizzate, né delle conclusioni raggiunte, dalla sentenza in commento, ma ipotizzare che le considerazioni di contesto avanzate possano essere apprezzate dal legislatore che, per quanto tardivamente, decida di intervenire per introdurre il ragionevole bilanciamento tra libertà d’espressione e tutela della reputazione auspicato dalla [ordinanza della Corte cost. n. 132/2020](#). È, però, il caso di sottolineare che sulla concreta praticabilità di tale intervento non è dato nutrire molte speranze, atteso, da un lato, che il legislatore non ha raccolto il monito della Corte durante la pendenza del giudizio - e, quindi, sotto la scure della dichiarazione di incostituzionalità, puntualmente arrivata - e considerato, dall’altro, che la normativa che risulta dalla dichiarazione di incostituzionalità dell’art. 13 e dall’interpretazione conforme dell’art. 595, comma 3, c.p. è autosufficiente e applicabile senza la stretta necessità di novelle legislative.

Un solo aspetto della motivazione della sentenza, in realtà, sembra suscitare alcune perplessità nella prospettiva di una possibile riforma dell’istituto. Si tratta dei due passaggi riportati in corsivo nei paragrafi precedenti in cui la Corte, *incidenter tantum*, sembra assimilare, ai fini del regime sanzionatorio, la posizione del giornalista professionista, che realizzi la diffamazione aggravata dalle pagine di una testata, poco importa se cartacea o *online*, e quella del *quisque de populo*, che leda l’onore e la reputazione altrui effettuando commenti sui *social network* o scrivendo su un *blog*, magari indirizzando la propria aggressione contro soggetti sprovvisti di qualsiasi posizione di potere²⁶.

²⁴ [Corte cost. 12 luglio 2021, n. 150](#), punto 6.2. del *Considerato in diritto*.

²⁵ Sul punto si veda il feroce atto d’accusa mosso al giornalismo americano contemporaneo da H. THOMAS, *Watchdogs of Democracy? The Waning Washington Press Corps and How It Has Failed the Public*, New York, 2006.

²⁶ Gli esempi potrebbero essere numerosi e non meritano dispendio di caratteri: basterà pensare alle plurioffensive diffamazioni che si leggono quotidianamente sui *social networks* nelle “discussioni” sull’obbligo vaccinale e/o sul c.d. *green-pass*.

Chi scrive, infatti, nutre qualche dubbio che quello indicato dalla sentenza in commento sia davvero il più ragionevole bilanciamento tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela della reputazione personale anche per le diffamazioni che, sempre più frequentemente, si consumano nel contesto della rete per effetto delle incontinenze di soggetti estranei all'esercizio della professione giornalistica. In particolare lascia perplessi che, come dice la sentenza, “la prospettiva del carcere rest[i] esclusa per il giornalista, *così come per chiunque altro*” (*corsivo nostro*) anche quando le affermazioni diffamatorie (i) non provengono da chi è professionalmente impegnato e obbligato ad alimentare il pluralismo dell'informazione, (ii) si realizzano al di fuori della stampa, sia essa cartacea o *online*, (iii) colpiscono persone alle quali non sono riconducibili specifiche posizioni di potere, né sotto forma di mandato rappresentativo (esempio del sindaco), né di potere dello Stato (esempio del magistrato), né di titolarità di pubbliche funzioni (esempio del rettore).

Quando ricorrono queste circostanze, infatti, non sembra che la “giustificazione democratica” sia in grado di allontanare il punto di equilibrio del bilanciamento così tanto dalla tutela della reputazione personale da far ritenere che la pena detentiva possa essere applicata solo nelle circostanze eccezionali rappresentate dall'*hate speech*, dall'istigazione alla violenza e dalle campagne di disinformazione.

E questo perché, da un lato, chi realizza tali condotte nel contesto descritto non svolge affatto quella funzione di “cane da guardia” dei detentori di potere che giustifica l'esclusione della pena detentiva indefettibile, dall'altro, perché anche la singola diffamazione, come la stessa sentenza mostra di ben considerare, può produrre gravi lesioni pur se realizzata al di fuori di campagne di disinformazione e senza che ricorrano discorsi d'odio o di violenza.

In sintesi, ciò su cui chi scrive vorrebbe provare a portare la riflessione - come si diceva, soprattutto nella prospettiva di un intervento legislativo, non probabile, ma cionondimeno necessario per i motivi che si stanno esponendo - è che la limitazione dell'applicabilità della pena detentiva ai soli tre casi individuati come eccezionali dalla sentenza (che pure ha il merito di aver integrato l'ancor più ristretto catalogo della giurisprudenza di Strasburgo) appare un ragionevole bilanciamento nel caso del giornalista professionista, o finanche pubblicista, perché, come evidenzia la stessa pronuncia, quelle fattispecie definiscono comportamenti “assai lontani dall'*ethos* della professione giornalistica”, ma rappresenta un punto di equilibrio insoddisfacente per la pluralità di diffamazioni aggravate che quotidianamente vengono consumate, soprattutto nella rete, da parte di soggetti che non sono impegnati professionalmente nel pluralismo informativo e che dirigono le proprie aggressioni contro individui che non sono - e non devono essere - soggetti a uno specifico controllo democratico da parte dell'opinione pubblica.

Sempre a parere di chi scrive, dunque, non sarebbe inopportuno che il legislatore intervenisse a differenziare, dal punto di vista del regime sanzionatorio, le fattispecie in questione, presidiando il pluralismo informativo e la valenza democratica della professione giornalistica con una ristretta elencazione di eccezioni al “divieto di pena detentiva”, ma lasciando più spazio alla prospettiva della privazione della libertà personale per gli autori di fatti di reato che non possono in alcun modo invocare l'argomento della “giustificazione democratica”.

Detto altrimenti, che l'errore evitabile escluda la prospettiva del carcere per coloro che esercitano la professione giornalistica, se non nei tre casi eccezionali più volte ricordati, costituisce un ragionevole compromesso rispetto alla tutela dell'onore e della reputazione perché il giornalista professionista o pubblicista contribuisce con il proprio lavoro ad alimentare quel pluralismo delle fonti di informazione che rappresenta una delle basi di ogni ordinamento democratico.

Ma lo stesso non può dirsi per il *quisque de populo* che diffama malcapitati in maniera incontinente e randomizzata su *platform*, *social network* e *blog*, il quale, al contrario, merita di sentire la pressione dell'ordinamento sulle sue modalità espressive e sui contenuti delle sue affermazioni, non perché questi debbano essere inibiti o repressi, ma perché non vi è motivo che la tutela dell'onore e della reputazione di chi può subire le sue aggressioni arretri in mancanza della “giustificazione democratica” che sorregge il diverso bilanciamento che deve essere riservato alla professione giornalistica e, più in generale, a chi opera nelle fonti di informazione.

In estrema sintesi, nei due contesti le esigenze generalpreventive e specialpreventive della pena sono diverse e, conseguentemente, diverso dovrebbe essere il regime sanzionatorio prescelto dal legislatore.

Quanto fin qui detto pone una più generale questione, che non può essere trattata analiticamente in questa sede, ma nemmeno elusa, circa il ruolo del diritto penale nella disciplina della manifestazione del pensiero in rete.

Come noto, in tutto il mondo la dottrina si sta interrogando su come provare, con la regolazione pubblica, a porre rimedio al dilagare della logica privatistica e mercantilistica che presiede alla gestione delle piattaforme e dei *social network* in cui si realizza la comunicazione politica e si esplicano le libertà di informazione (di essere informati, ma anche di informare), con le connesse patologie, di cui la diffamazione è certamente una di quelle più gravi e più diffuse. E questo perché è sempre più condivisa l'idea che l'effettivo tasso di democraticità dell'ordinamento non dipende più soltanto dalla disciplina dei tradizionali mezzi di informazione, ma dal presidio democratico che l'ordinamento è in grado di porre ai percorsi con cui, sempre più spesso e in maniera destrutturata, l'opinione pubblica si forma in rete e nella rete è oggetto di manipolazioni e di condizionamenti ad opera di nuove oligarchie tecnologiche²⁷.

Sul punto, in termini generali, pare a chi scrive condivisibile l'approccio proposto dalla c.d. *New School Speech Regulation*, la quale propone di superare, perché inefficace nel contesto del *web*, il tradizionale sistema regolatorio basato su "*criminal penalties, civil damages, and injunctions to regulate individual speakers and publishers*"²⁸. La transizione verso un diverso modello di disciplina delle arene pubbliche della rete - fatto di un insieme di *self and co-regulation*, di istituti anticoncentrazionistici e di tutela della *privacy*²⁹ - presuppone, però, che alcune distorsioni nell'uso delle potenzialità offerte dalle nuove tecnologie siano efficacemente contrastate.

In questa prospettiva, il diritto penale continua ad avere un ruolo centrale e l'istituto della diffamazione non può deflettere dalla sua funzione general e specialpreventiva. Per rendersene conto è sufficiente tenere a mente alcune modalità con cui la comunicazione e la manifestazione del pensiero si svolgono quotidianamente in rete. Come ben sintetizza l'efficace metafora del filosofo sudcoreano Han, gli individui che esercitano la libertà di espressione su *platform, social networks* e *blos* assumono la sembianza di uno sciame, ossia un insieme subitaneo, instabile e volatile di soggetti che si aggregano attorno a un bersaglio polemico per attaccarlo in modo virulento e irriflesso, prima di disperdersi nuovamente³⁰.

Tra questi individui quasi mai ci sono giornalisti professionisti. Tra i bersagli non necessariamente ci sono detentori di pubblico potere. Tra i luoghi virtuali in cui queste diffamazioni avvengono raramente ci sono testate giornalistiche *online*. Eppure, certamente, si pongono, rispetto a tali condotte, problemi di democraticità complessiva dell'ordinamento, anche se in una prospettiva diversa da quella messa dalla Corte al centro della motivazione della sentenza in commento.

V'è, dunque, spazio perché il tema della pena detentiva a tutela della reputazione personale continui ad essere discusso e, magari, finalmente affrontato dal legislatore.

²⁷ Cfr., volendo, P. CARETTI - A. CARDONE, *Diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era della convergenza*, Bologna, 2019, 237 ss.

²⁸ J.M. BALKIN, *Old-School/New-School Speech Regulation*, in *Harvard Law Review*, (127) 2014, 2296 ss.

²⁹ Sul punto sia consentito rinviare a A. CARDONE, "*Decisione algoritmica*" vs *decisione politica*? A.I., *Legge, Democrazia*, Napoli, 2021, 82 ss. e 105 ss.

³⁰ B.C. HAN, *In the Swarm. Digital Prospects*, Boston, 2017.