

Problemi vecchi e nuovi in tema di diffamazione a mezzo stampa¹

Adelmo Manna

1. L'art. 21 Cost. come affermazione del "diritto" di libera manifestazione del pensiero e la legge n. 47 del 1948 come atto sanzionatorio della diffamazione a mezzo stampa

I reati contro l'onore, ed in particolare la diffamazione a mezzo stampa, costituiscono uno degli esempi più evidenti della sussistenza di una profonda differenza fra il diritto scritto ed il c.d. diritto vivente.

Non va infatti sottovalutata la circostanza per cui la diffamazione a mezzo stampa, non solo con riguardo alle aggravanti previste dall'art. 595 c.p., ma anche in rapporto alla pena prevista dalla legge 8 febbraio 1948, n. 47 sulla stampa, all'art. 13, arriva sino addirittura ad una cornice edittale che va da uno a sei anni di reclusione, più, ovviamente, la multa, più, assai meno ovviamente, la c.d. riparazione pecuniaria, che francamente, almeno *prima facie*, stupisce, tenendo conto che, nello stesso anno, la Carta costituzionale, all'art. 21, proclama il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero, con ogni mezzo di diffusione, ed aggiunge che la stampa non può essere soggetta ad autorizzazione o censure, ed il sequestro è consentito solo per atto motivato dell'Autorità giudiziaria ed esclusivamente per i delitti per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizza, ovvero, in particolare, i casi di immagini raccapriccianti. L'unico limite espresso, previsto dalla Carta costituzionale riguarda notoriamente le pubblicazioni e gli spettacoli e le altre manifestazioni contrarie al buon costume, che infatti sono da considerarsi vietati per la Carta medesima.

Da ciò può chiaramente desumersi un regime di almeno apparente "privilegio" per la stampa, conseguente non solo al diritto ad informare, ma anche a quello, appartenente alla collettività, ad essere informati².

Di fronte dunque ad una manifestazione chiaramente libertaria, che sottende ed ispira l'art. 21, per cui l'unico limite espresso è non a caso quello del buon costume, perché evidentemente, nell'ambito dell'Assemblea costituente, l'ideologia cattolica sul punto si fa sentire, resta quindi in un certo senso non facilmente comprensibile come, al contrario, la legge sulla stampa, varata ad-

¹ A proposito del libro di M. Fumo, *La diffamazione mediatica*, Torino, 2012. Questo contributo riproduce la relazione al Convegno su: «Diritto di cronaca: linguaggi e linciaggi tra vecchi e nuovi media», Roma, Federazione Nazionale della Stampa Italiana, 28 maggio 2012.

² Così, in particolare, CRISAFULLI, *Problematica della "libertà d'informazione"*, in *Il politico*, 1964, 285 ss.; sull'art. 21 Cost., cfr. di recente Pace, Manetti, sub Art. 21, in *Commentario della Costituzione* a cura di Branca, Pizzorusso, Bologna, 2006, 57 ss.

dirittura nello stesso anno, sia invece così severa nei confronti della diffamazione.

Forse l'unica spiegazione possibile è quella espressa da un grande penalista del passato, del calibro di Giuseppe Bettiol, che infatti considerava la diffamazione non appartenente alla libertà di manifestazione del pensiero, proprio perché delitto e non diritto e, proprio perché tale, non potesse meritare l'usbergo costituzionale dettato dall'art. 21 Cost.³

A nostro giudizio, può profilarsi anche una seconda spiegazione di un regime sanzionatorio così rigoroso previsto non solo dalla Legge sulla stampa, ma anche dallo stesso codice penale per i reati contro l'onore, ovvero sia il fatto che originariamente l'onore veniva, come suol dirsi, "lavato col sangue", perché era oggetto in genere di duello e quindi, siccome ormai quest'ultima forma di "giustizia privata" è da tempo giustamente ormai bandita, ne sono però rimasti gli effetti per così dire a livello culturale, nel senso che comunque la tutela penale dell'onore risulta di carattere fortemente repressivo⁴.

Di stampo ben diverso si è mostrato però rapidamente il c.d. diritto vivente, che infatti, subito dopo il secondo conflitto mondiale, ha conosciuto un unico caso di un giornalista arrestato e detenuto per il delitto di diffamazione a mezzo stampa, e cioè Guareschi, "reo" di aver trasceso evidentemente nelle critiche all'allora Presidente del Consiglio on. Alcide De Gasperi, che si era recato negli Stati Uniti d'America prima delle elezioni del 1948 per ottenere i finanziamenti per il blocco moderato e quindi per battere elettoralmente il c.d. fronte popolare.

Dopo questo caso, in effetti isolato, si può chiaramente evidenziare come il diritto vivente solo in casi particolarmente gravi ricorra alla pena detentiva, ma sempre nell'ambito dei c.d. benefici di legge, mentre il più delle volte irroga la pena pecuniaria, per cui la sanzione che in effetti costituisce l'unico vero "deterrente", per il cronista e, soprattutto, per la testata giornalistica, diventa, in definitiva, non tanto la riparazione pecuniaria, quanto più in generale il risarcimento del danno, compresa la c.d. provvisoria, anche se bisogna riconoscere che da noi stenta ad affermarsi la problematica relativa ai c.d. danni punitivi⁵.

³ BETTIOL, *Sui limiti penalistici alla libertà di manifestazione del pensiero*, in *Legge penale e libertà del pensiero*, Padova, 1966, 15 ss.

⁴ Cfr. in argomento, DONINI M., *Anatomia dogmatica del duello: "L'onore dal gentiluomo al colletto bianco"*, in *Ind. Pen.*, 2000, 1057 ss.

⁵ In argomento, cfr. ZENO ZENCOVICH, *Il risarcimento esemplare per diffamazione nel diritto americano e la riparazione pecuniaria ex art. 12 della legge sulla stampa*, in *Resp. civ. prev.*, 1983, 40 ss.; ID.,

Da ciò può trarsi il convincimento che per la giurisprudenza la sanzione detentiva, soprattutto ai livelli davvero notevoli giunti con la Legge sulla stampa, diventa una sanzione che non è più al centro del sistema sanzionatorio per i reati in oggetto, in particolare perché i giudici penali considerano i reati contro l'onore e, nel caso specifico, i giornalisti, come autori di reati c.d. dei cavalieri, ovvero sia illeciti che non meritano la privazione della libertà personale, proprio perché i soggetti di riferimento non sono equiparabili ai tradizionali delinquenti ed è questa, almeno a nostro avviso, la ragione per cui si privilegiano sanzioni non private della libertà personale, nell'ambito delle quali primeggia sicuramente il risarcimento del danno, perché l'unica sanzione che ristora in qualche modo la vittima, mentre la pena pecuniaria, essendo diretta allo Stato, non assolve a quest'ultimo compito e comunque non ha certo una reale funzione deterrente.

2. Alla ricerca delle sanzioni più adatte per la diffamazione “mediatica”: il binomio «rettifica - replica» ed i suoi limiti.

In questa situazione è evidente come ci si interroghi su quali siano le sanzioni più adatte in particolare per la diffamazione a mezzo stampa, giacché l'ingiuria e la diffamazione semplice posseggono un regime processuale particolare, in quanto per l'ingiuria e per la diffamazione non aggravate è competente il giudice di pace, con sanzioni *ad hoc*, ove traspare il carattere conciliativo di quest'ultimo tipo di giudice, mentre, se sussistono aggravanti, diventa competente il giudice monocratico ordinario.

E' evidente infatti chela problematica di più rilevante interesse, anche a livello politico-criminale, è quello relativo alla diffamazione a mezzo stampa, perché bisogna coniugare da un lato la libertà di manifestazione del pensiero, con il correlativo diritto ad informare e ad essere informato, ma dall'altro evitare che il soggetto passivo della diffamazione a mezzo stampa sia leso nella sua dignità sociale e soprattutto nel c.d. rapporto di riconoscimento, nel senso che di quest'ultimo si dia, come suol dirsi, una “falsa luce” agli occhi del pubblico⁶.

Pena privata e punitive damages nei recenti orientamenti americani, in *Le pene private*, Milano, 1985, 375 ss.; ID., *Il problema della pena privata nell'ordinamento italiano: un approccio comparatistico ai “punitive damages” di “common law”*, in *Giur. it.*, 1985, IV, 12 ss.; ID., *Revirement della Cassazione sulle sanzioni civili punitive contro la stampa*, in *Dir. inf.*, 1986, 473 ss.

⁶ Sulla lesione dell'onore come violazione del rapporto di riconoscimento, cfr. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974, nonché sulla c.d. “falsa luce” agli occhi del pubblico cfr. PARDOLESI, *Nota a Trib. Roma, 10 marzo 1982*, in *FI*, 1982, I, 1405 ss.; e *Nota a Pret. Roma, 2 giugno 1980*, in *ibid.*, 1980, I, 2046 ss.

In questa prospettiva intendiamo limitare il nostro orizzonte a quanto di recente proposto dal Cons. Fumo nella sua pregevole monografia⁷.

Il chiaro Autore sostiene che il regime sanzionatorio più adatto per la diffamazione a mezzo stampa, tranne ipotesi particolarmente gravi, in cui egli non esclude l'applicazione addirittura della pena detentiva, sarebbe quella relativa al "combinato disposto" della rettifica e del c.d. diritto di replica, fra l'altro previsto dalla "Raccomandazione" n. 13 del 10 luglio 2003 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ("Principi relativi alle informazioni fornite attraverso i mezzi di comunicazione in rapporto ai procedimenti penali").

Il sistema previsto dal Fumo opererebbe in questo modo: premesso il diritto di rettifica da parte della persona offesa, in relazione al quale l'art. 8, primo comma, della l. n. 47/48 sulla stampa prevede anche l'obbligo di pubblicazione della stessa da parte del direttore del periodico, si affiancherebbe ad esso il c.d. diritto di replica, dell'autore della diffamazione, da intendersi "come possibilità di controdeduzione, fondata su coerenti, articolate ed estese argomentazioni logiche, eventualmente fondate su precisi dati fattuali".

Se dunque il soggetto passivo esercita il diritto di rettifica, a cui però risponde il giornalista con il diritto di replica, ciò sarebbe sufficiente, almeno secondo il chiaro Autore, e tranne le ipotesi, da intendersi come *extrema ratio*, in cui invece dovrebbe applicarsi la reclusione, per estinguere il reato e la relativa pena.

Sia tuttavia consentito muovere alcuni rilievi critici a questa nuova prospettiva, sotto un duplice angolo visuale: il primo riguarda proprio la pena della reclusione, che invece, almeno a nostro avviso, e proprio tenendo conto del diritto vivente, ma non solo, dovrebbe essere definitivamente bandita dai reati contro l'onore, proprio perché non è una sanzione che si è dimostrata adatta, sia a livello di prevenzione generale, che a livello di prevenzione speciale, sia per questo tipo di reati sia, soprattutto, per i relativi autori.

Ciò che tuttavia più preme rilevare in questa sede è che il binomio rettifica-replica, non appare sufficiente, il più delle volte, come suol dirsi, a ristabilire la "pace giuridica", giacché sembra un rimedio sproporzionato per difetto, soprattutto tenendo conto della prassi delle rettifiche e delle repliche, giacché le prime spesso posseggono l'"effetto boomerang" addirittura di accentuare la divulgazione della notizia diffamatoria e, per quanto riguarda la replica, il più delle volte essa è di carattere puramente formale, giacché il giornalista tiene conto di quanto osservato dal c.d. soggetto passivo, ma, il più delle volte,

⁷ FUMO, *La diffamazione mediatica*, Torino, 2012, 14 ss. e spec. 21 ss.

rimane della sua idea primigenia, di cui anzi dimostra, con documenti alla mano, la relativa fondatezza.

In tal modo, pertanto, la replica non tende, come suol dirsi, a “reintegrare il bene giuridico offeso”, quindi non vale come c.d. attività di contropinta, che pertanto merita un “premio”, come, *mutatis mutandis* avviene nel caso del recesso attivo⁸.

D’altro canto, un recente caso giudiziario a nostro avviso dimostra come la replica, questa volta ove il giornalista ha riconosciuto la infondatezza della notizia diffamatoria, non ha però avuto l’efficacia di “reintegrare l’onore violato”. Intendiamo riferirci al noto caso Boffo, direttore dell’*Avenire*, che fu diffamato gravemente dall’allora direttore del *Giornale*, il dott. Feltri, che lo accusò di essere stato coinvolto una presunta vicenda giudiziaria, legata a questioni sessuali.

Orbene, dopo che il dott. Feltri fu condannato dall’Ordine dei giornalisti di Milano ad una sanzione interdittiva, decise di riconoscere che la sua fonte d’informazione non era veritiera, ma ciò non comportò una reintegrazione dell’onore violato con riferimento al dott. Boffo, che infatti non a caso non fu reimesso nel suo posto di lavoro, ma anzi scomparve letteralmente dagli onori della cronaca.

Ciò, a nostro avviso, sta a dimostrare come il binomio rettifica-replica, anche quando quest’ultima non è puramente formale ma arriva a riconoscere il torto arrecato all’atro, comunque non è sufficiente a ristabilire la pace giuridica, per cui crediamo che siano più opportune sanzioni di tipo diverso.

3. Verso nuovi equilibri.

Sotto questo profilo, può risultare interessante il disegno di legge in tema di depenalizzazione e meccanismi riparatori, elaborato in seno all’Unione delle Camere Penali e di recente presentato in un convegno a Roma⁹.

In questo progetto di legge si proponeva una depenalizzazione dei reati di ingiuria e di diffamazione, trasformati in illeciti civili, quindi sottratti alla competenza del giudice di pace e del tribunale monocratico ordinario, con sanzioni di carattere risarcitorio, comprensive anche dei c.d. danni punitivi.

Questa proposta viene incontro ai voti di alcuni settori della dottrina, sia civilista, che penalista¹⁰.

⁸ Cfr. da ultimo, in generale, ed esaurientemente, SEMINARA, *Il delitto tentato*, Milano, 2012.

⁹ MANNA, *Depenalizzazione e condotte riparatorie*, in *piccole-Grandi Riforme del processo penale*, Roma, 12 luglio 2012.

Siamo tuttavia dell'avviso che se la tutela civile può essere sufficiente per l'ingiuria e la diffamazione, diventa una risposta sanzionatoria sproporzionata per difetto, per quanto attiene alla diffamazione a mezzo stampa, o comunque con altro mezzo di pubblica diffusione, come la diffamazione radiotelevisiva.

In entrambi i casi, infatti il legislatore ha mostrato decisamente di optare per una tutela penale, proprio a causa della diffusività del mezzo di informazione, che ovviamente comprende anche *internet*, per cui la questione, come invece avviene nell'ipotesi dell'ingiuria e della diffamazione c.d. semplice, non possiede un raggio d'azione delimitato, per il quale sono sufficienti rimedi civilistici, proprio perché, in definitiva, riguarda una dimensione interpersonale, ma, nel caso della diffamazione con i su ricordati mezzi di diffusione, proprio a causa di questi ultimi, la tutela penale appare più giustificata.

Non appaiono, invece, giustificate le sanzioni previste per tali tipi di diffamazione, e cioè in primo luogo la pena privativa della libertà personale che, come abbiamo potuto constatare, risulta del tutto inadeguata al tipo di reati in oggetto, come altrettanto è a dirsi per quanto attiene alla pena pecuniaria, soprattutto se resta come quella attuale, cioè a dire a c.d. somma complessiva.

Residuano, pertanto, o il risarcimento del danno, come pena principale, magari esteso ai c.d. danni punitivi, oppure le sanzioni interdittive, da intendersi come pene principali.

Nel progetto elaborato per l'Unione delle Camere Penali abbiamo ritenuto di utilizzare come sanzione principale quella interdittiva, proprio per evitare che il risarcimento del danno, soprattutto se esteso ai danni punitivi, rischiasse di comportare un onere troppo gravoso soprattutto per le testate giornalistiche c.d. locali, con il rischio che scomparissero dal mercato.

La sanzione interdittiva, inoltre, che non dovrebbe essere sospendibile condizionalmente, per avere efficacia sia general- che special-preventiva, riguarda direttamente l'autore della diffamazione e non ricade quindi sull'impresa giornalistica, per cui sembra rispettare maggiormente il principio della personalità della responsabilità penale.

¹⁰ Per la prima, cfr. ZENO ZENCOVICH, *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile - Uno studio comparato*, Napoli, 1985; e, per la seconda, sia consentito il rinvio a MANNA, *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, Padova, 1989, spec. 651 ss., nonché, più di recente, ID., *Tutela penale della personalità*, Bologna, 1993, 157 ss.; *contra*, tuttavia, SIRACUSANO P., voce *Ingiuria e diffamazione*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 30 ss., soprattutto sulla base del rango del bene giuridico protetto, che tuttavia, almeno a nostro avviso, non può considerarsi un indice sicuro della necessità della tutela penale, perché altrimenti ricadremmo nei tanto criticati "obblighi costituzionali" di tutela penale, su cui cfr. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 484 ss.

Anche la sanzione interdittiva tuttavia deve contenere dei precisi limiti di legge e soprattutto non deve mai comportare l'interdizione perpetua dalla professione, perché ciò significherebbe una sorta di "ergastolo", se non peggio, per il giornalista medesimo.

La sanzione interdittiva, quindi, deve essere determinata sia nel minimo che nel massimo edittale.

Accanto tuttavia alla sanzione interdittiva, si è proposto di utilizzare il meccanismo risarcitorio, come alternativa alla c.d. *poena criminalis*, laddove l'autore della diffamazione, prima del dibattimento, decida di risarcire i danni alla vittima, compresi, ovviamente, quelli cod. punitivi, ma, laddove sia sprovvisto di mezzi economici, decida di prestare per un tempo fissato dal giudice un lavoro a favore della comunità.

In tal modo ci sembra non solo che si eviti la tradizionale e per molti versi inutile pena detentiva, ma soprattutto, che si sostituisca ad essa una serie di misure più moderne e più efficaci a livello preventivo.

4. Il bene giuridico dell'onore tra concezione fattuale e concezione normativa ed il reato di diffamazione tra pericolo e danno.

Ulteriore profilo affrontato nel libro del Cons. Fumo è quello relativo alle caratteristiche strutturali del bene giuridico onore e della consequenziale identificazione dei reati *de quo agitur* come reati di danno¹¹. Orbene, nel pensiero del chiaro autore si annida, almeno a nostro avviso, una sorta di antinomia, perché, se è pur vero che giustamente viene riconosciuto come l'onore, e dunque anche la reputazione, sia "evanescente" in quanto mutevole, incerta, *inafferrabile*, precaria. Senza dubbio essa è materia fragile", tanto è vero che si condivide l'opinione di chi sostiene come l'onore costituisca un bene inafferrabile¹². Se quindi ci si pone sulla stessa falsariga di Maurach, per il quale, come è ormai noto, il bene dell'onore è quello più difficile da maneggiare con i "guanti di legno" del diritto penale¹³, appare in un certo senso illogico ritenere poi che i reati contro l'onore costituiscono reati di danno, perché, così operando, inevitabilmente si sposa la tradizionale concezione dell'onore come sentimento, che comporta inevitabilmente che la sussistenza del reato

¹¹ FUMO, *op. cit.*, 7 ss. e 97 e ss.

¹² Così ad es. SIRACUSANO P., *op. cit.*, 43 ss., che tuttavia almeno a nostro avviso, non ne trae le dovute conseguenze, soprattutto in rapporto al principio di stretta legalità, giacché l'inafferrabilità del bene giuridico non può a sua volta comportare ricadute sulla stessa capacità delimitativa dello stesso bene giuridico in rapporto alla struttura della fattispecie.

¹³ MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Bes. Teil*, Hannover, 1952.

dipende dalla percezione come offensivo dell'addebito da parte del soggetto passivo. In tal modo, però, la rilevanza penale della fattispecie dipende paradossalmente dall'opinione della vittima, il che francamente appare inaccettabile e ciò spiega la ragione per cui la giurisprudenza ha implicitamente superato questa visione tradizionale dei reati contro l'onore, giacchè ormai da tempo si sostiene che debba essere il giudice penale a valutare, secondo massime di esperienza, se l'addebito in oggetto possa considerarsi o no offensivo del bene in discorso. In tal modo, tuttavia, forse non ci si avvede chiaramente che si è verificata una trasformazione implicita della struttura dei reati in analisi, che da reati di danno si sono inevitabilmente mutati in reati di pericolo, giacchè non è più il soggetto passivo, bensì il giudice arbitro della rilevanza penale della fattispecie concreta¹⁴.

Il passaggio infatti dalla concezione fattuale alla concezione normativa dell'onore, inteso non più come sentimento, bensì come *valore*, comporta inevitabilmente un'anticipazione della tutela penale, perché, trattandosi di un *valore* non potrà che essere il giudice l'interprete del valore medesimo, proprio perché possiede quelle conoscenze tecnico normative che in genere sono inevitabilmente carenti nel soggetto passivo.

5. La c.d. putatività del diritto di cronaca e l'utilizzazione a questo riguardo del c.d. dolo eventuale: rilievi critici.

Un altro aspetto che merita a nostro avviso di essere approfondito, sempre nella prospettiva dello stimolante volume in questione, che, sia detto per inciso, ci consente di affrontare spesso in una luce nuova argomenti già sviluppati in materia, riguarda una tematica da sempre assai spinosa e che trova in genere divisa dottrina e giurisprudenza. Si tratta del problema relativo alla c.d. putatività del diritto di cronaca, ovvero sia circa l'errore sulla verità dell'addebito offensivo, che notoriamente per la dottrina costituisce un'ipotesi di colpa impropria¹⁵, tuttavia non penalmente rilevante, proprio perché i reati contro l'onore sono notoriamente reati puniti solo a titolo di dolo. La giurisprudenza

¹⁴ Così in particolare già MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974; più di recente in argomento, per il passaggio dalla concezione fattuale alla concezione normativa dell'onore e circa le relative conseguenze a livello giurisprudenziale, sia consentito il rinvio a MANNA, *Tutela penale della personalità*, Bologna, 1993, 67 ss.

¹⁵ Sulla c.d. colpa impropria, nella manualistica, sia consentito il rinvio a MANNA, *Corso di diritto penale*, PG, II, Padova, 2012, 228 ss., e gli AA. ivi citati; da ultimo, in generale sulla colpa, cfr. GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012; nonché, CANEPA A., *Imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto fra illecito e colpevolezza*, Torino, 2011.

za, invece, subordina, come è noto, la non punibilità alla dimostrazione, da parte del giornalista, dell'“uso legittimo delle fonti di informazione”¹⁶, nel senso che il cronista deve dimostrare di aver fatto tutto quanto era in suo potere per accertarsi della veridicità della notizia. Se ciò non è avvenuto, il soggetto in questione non potrà beneficiare dell'art. 59 c.p., e quindi sarà punibile a titolo di diffamazione “dolosa”. Il problema infatti risiede proprio qui, cioè a dire che si punisce a titolo di dolo una condotta sostanzialmente inosservante di una regola cautelare e, quindi, strutturalmente colposa. Si intende chiaramente la *ratio* della giurisprudenza, ovvero sia quello di evitare una eccessiva messe di assoluzioni, legate al fatto che il cronista non sarebbe obbligato, secondo almeno la dottrina, a dimostrare di aver controllato le fonti di informazione. In tal modo, tuttavia, si ribadisce come si punisce a titolo di dolo un caso di colpa impropria, e ciò spiega ad esempio perché lo stesso Vassalli in un altro pregevole saggio ebbe a sostenere semmai l'introduzione, *de jure condendo*, della c.d. diffamazione colposa¹⁷.

Fumo, invece ricorre, evidentemente per superare l'antinomia che deriva dalla impostazione tradizionale a livello giurisprudenziale, che, nei casi in cui il cronista non abbia controllato le fonti di informazione, egli non debba certo essere punito a titolo di colpa, per le ragioni indicate, bensì a titolo di dolo eventuale, in quanto si sarebbe rappresentato come un evento possibile quello dell'offesa alla reputazione, e, non controllando le fonti di informazione, ne avrebbe conseguentemente “accettato il rischio”¹⁸. Orbene, a parte le perplessità anche di ordine costituzionale che si possono muovere al dolo eventuale¹⁹, qui la questione è più specifica e riguarda, a nostro avviso, il momento rappresentativo del dolo, giacché, trattandosi di un errore sulla veridicità dell'addebito, e quindi, sulla sussistenza in fatto di uno dei requisiti del diritto di cronaca, inevitabilmente l'errore esclude il dolo, perché vizia il momento rappresentativo, ed è per questa ragione che i casi tradizionalmente definiti di colpa impropria sono, in realtà, vere e proprie ipotesi di colpa, e non di dolo,

¹⁶ In argomento, nella dottrina, risultano sempre attuali le autorevoli riflessioni di VASSALLI G., *Prova della verità dei fatti e uso legittimo delle fonti di informazione*, in *Giust. pen.*, 1950, II, 483 ss.; ed ora anche in ID., *Scritti giuridici*, II, *La parte speciale del diritto penale - il diritto penale del tempo di guerra*, Milano, 1997, 83 ss.

¹⁷ VASSALLI G., *Libertà di stampa e tutela penale dell'onore*, in *Scritti in memoria di A. Giuffrè*, IV, Milano, 1967, 873 ss.

¹⁸ FUMO, *op. cit.*, 108 ss.

¹⁹ Sia consentito sul punto, il rinvio a MANNA, *Colpa cosciente e dolo eventuale. L'indistinto confine e la fine del principio di stretta legalità*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, 2012, 197 ss.; nonché, ID., *Corso*, cit., 346 ss. e gli autori ivi citati.

perché, seppur il soggetto ha voluto l'evento, tuttavia il momento rappresentativo, che pure compone il dolo, è escluso, appunto, dall'errore. Per questa ragione non sembra praticabile la strada del dolo eventuale, in quanto, lo si ribadisce, l'errore vizia in radice il momento rappresentativo, che pertanto non può valere a sostenere un'ipotesi, seppure molto controversa come il dolo eventuale, ove tuttavia è necessario che sia presente anche, se non addirittura "quantomeno" il momento rappresentativo²⁰.

6. La mancata estensione dell'art. 57 c.p. al direttore del periodico *on line*.

Ove invece siamo perfettamente d'accordo con il Cons. Fumo, fra l'altro relatore della sentenza della Cassazione che ha affermato questo principio, è relativamente alla non estensibilità della responsabilità del direttore del giornale ex art. 57 c.p., anche al direttore del periodico *on line*²¹. In effetti, se il discorso fosse limitato a una disamina dell'art. 57 c.p., si potrebbe, per converso affermare che la rubrica, che recita "Reati commessi col mezzo della stampa periodica", ovviamente non vincola l'interprete, per cui, sotto questo primo profilo sarebbe al contrario possibile un'estensione dell'art. 57 c.p. anche al direttore del periodico *on line*. Se tuttavia, si approfondisce l'indagine, con riferimento alla surricordata legge sulla stampa del 1948 n. 47, ed in particolare all'art. 3, che si riferisce alle caratteristiche che qualificano il direttore responsabile, ne consegue pianamente come l'eventuale estensione dell'art. 57 al direttore del periodico *on line* non costituirebbe affatto una interpretazione c.d. estensiva, ma in realtà un'analogia in *malam partem*, anche perché integrerebbe un'ipotesi di analogia c.d. esterna²², in quanto in tal modo si travalicherebbero i limiti della *littera legis* contrassegnati dall'art. 57 e dall'art. 3 da ultimo citato.

Sempre in tema di direttore responsabile, bisogna registrare un altro contrasto fra dottrina e giurisprudenza, e fra l'altro anche la stessa dottrina si è spesso

²⁰ Sulla necessità che comunque venga sempre individuato nel dolo il momento rappresentativo, che invece talvolta soprattutto dalla giurisprudenza viene negletto o, addirittura, "presunto" come in particolare avviene nei reati economici, soprattutto se di carattere collegiale, cfr. PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1265 ss.; nonché, anche in ID., *Diritto penale*, I, *Scritti di Parte generale*, Milano, 2003, 301 ss.

²¹ In argomento, anche per le opinioni contrarie nella giurisprudenza, cfr. FUMO, *op. cit.*, 62 ss., cui si rinvia anche per i necessari riferimenti alle sentenze sia di legittimità che di merito.

²² Sulla differenza fra analogia interna ed esterna: DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale*, Milano, 2006, spec. 111 ss. La sentenza comunque che ha escluso l'estensibilità dell'art. 57 c.p. al direttore del periodico via internet, ove estensore è stato il Cons. Fumo è Cass., Sez. V, 16 luglio 2010, Brambilla, in *Mass. Uff.*, n. 248507.

mostrata divisa. Trattasi del problema dell'applicabilità della delega di funzioni anche alle imprese giornalistiche con riguardo, quindi all'art. 57 c.p. Crediamo che la risposta negativa all'applicabilità della delega²³ non sia condivisibile giacchè a ben considerare un'impresa giornalistica, soprattutto se di medie o, addirittura, grandi dimensioni, è equiparabile a qualunque altra impresa, per cui non si deve la ragione per cui, applicandosi sicuramente l'istituto della delega, o, a seconda dei punti di vista, del trasferimento di funzioni²⁴, nell'ambito del diritto penale dell'impresa, ciò non debba avvenire anche nel caso dell'impresa giornalistica. Ciò infatti consente di evitare che nella concreta prassi giurisprudenziale la responsabilità del direttore del giornale si "appiattisca" su quella del giornalista, dando così luogo ad un'ipotesi di responsabilità oggettiva "occulta", perché sostanzialmente di "posizione", che rischia di tradire non solo la lettera ma anche la *ratio* della riforma dell'art. 57 c.p.

Va infatti considerato che soprattutto nelle imprese giornalistiche di grandi dimensioni, dove sussistono delle anche importanti redazioni locali, e tenendo anche conto dei tempi estremamente ridotti in cui deve operare l'organizzazione di un quotidiano, ne consegue che il direttore responsabile della testata, che spesso risiede a centinaia di chilometri di distanza dalla sede locale del giornale, non possa essere concretamente in grado di controllare detta sezione locale ed è questa, a nostro avviso, la ragione decisiva per applicare l'istituto della delega anche al direttore responsabile della stampa periodica, proprio allo scopo di rendere effettivo l'addebito di colpa, che caratterizza la riforma dell'art. 57 c.p., e non invece un mero *flatus vocis*.

7. La responsabilità penale per omissione del c.d. *internet provider* in un recente e discusso caso giurisprudenziale.

Da ultimo, troviamo sostanzialmente un'intesa con il Cons. Fumo anche in relazione alla responsabilità penale per omissione del c.d. *internet provider*:

²³ In dottrina POLVANI M., *La diffamazione a mezzo stampa*, Padova, 1998, 237; in senso viceversa, almeno a certe condizioni, favorevole, CARLETTI, *I reati a mezzo stampa*, Torino, 1996, 139 ss.; CORRIAS LUCENTE G., *Il diritto penale dei mezzi di comunicazione di massa*, Padova, 2000, 204 ss.; LOMBARDO M., *In tema di delega delle funzioni di vigilanza del direttore responsabile*, in *Giur. it.*, 2005, 170 ss.; il primo però che ha posto autorevolmente il problema e lo ha risolto in senso positivo, è FIANDACA, *E' "ripartibile" la responsabilità penale del direttore di stampa periodica*, in *Foro It.*, I, 1983, 570 ss.; in giurisprudenza, sono contrarie, ad es. Cass., Sez. V, 11 novembre 2009, Bianchi, in *Mass. Uff.*, n. 246093; Id., Sez. V, 27 settembre 2004, Grandi, *ivi*, 230597; Id., Sez. V, 30 aprile 2003; Id., Sez. V., 11 aprile 1986, 2871, D'Amato, *ivi*, 172414.

²⁴ In tale ultimo senso cfr.: il pregevole volume di FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale d'impresa*, Firenze, 1985; tuttavia per taluni rilievi critici in rapporto ad alcune "estremizzazioni" della tesi fiorelliana, sia consentito il rinvio a MANNA, *Corso*, cit., 137 ss.

Anch'egli infatti si mostra critico nei confronti della sentenza del Tribunale di Milano, che ha condannato in particolare l'amministratore delegato della società Google per il reato di trattamento illecito dei dati personali, pur assolvendolo dal concorso mediante omissione nel reato di diffamazione²⁵.

In particolare il Nostro giustamente ritiene inapplicabile il modello ricavabile dall'art. 40 c.p.v. c.p., proprio perché l'*internet provider* non essendo in grado di controllare tutto ciò che viene messo in rete, non può, per converso, essere imputato *ex art. 40 cpv c.p.*, giacché altrimenti il dovere rischierebbe di andare come suol dirsi *ultra posse*. Da notare però che l'estensore della sentenza di primo grado esclude anch'egli, nonostante il parere contrario della Procura di Milano, una responsabilità *ex art. 40 cpv c.p.* dell'*internet provider* per il delitto di diffamazione, ma lo ritiene responsabile per il delitto di trattamento illecito dei dati personali per non aver informato correttamente colui che ha inserito la notizia diffamatoria in rete delle condizioni contrattuali per l'inserimento dei dati memorizzati. Ebbene nemmeno quest'ultima soluzione ci appare condivisibile, sia perché trasforma surrettiziamente un reato di azione in un reato omissivo proprio, senza tener conto della norma definitiva relativa al trattamento dei dati personali, che non comporta condotte di carattere omissivo. Né appare, peraltro, condivisibile, il ricorso all'art. 40 cpv c.p., ovvero sia, qualificando il reato *de quo agitur* come reato commissivo mediante omissione, perché ciò incontrerebbe gli stessi ostacoli che abbiamo incontrato con riferimento alla c.d. diffamazione imputata mediante omesso impedimento dell'evento, proprio perché in entrambi i casi, l'evento da impedire costituisce, in realtà, il reato, per cui assistiamo ad un'ulteriore ipotesi di analogia in *malam partem* giacché nel nostro ordinamento, *ex art. 55 c.p.p.*, soltanto gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria hanno il compito di impedire la commissione di reati, ai quali è da aggiungere anche il direttore responsabile della stampa periodica, ma non sicuramente altri soggetti pena, appunto, una chiara violazione del principio di stretta legalità.

Si tratterà ora di verificare che cosa avverrà in sede di appello, ove ci si augura che la sentenza venga riformata per le ragioni che abbiamo indicato sino ad ora.

²⁵ Trib, Milano, Sez. IV, 24 febbraio 2010, Drummond e altri, in *Giur. cost.*, 2010, 1840 ss., con nota di MANNA, *La prima affermazione a livello giurisprudenziale della responsabilità penale dell'internet provider; spunti di riflessione tra diritto e tecnica*; in tema per l'appunto anche FUMO, *op. cit.*, 56 ss.

8. Conclusioni: è lecito che il diritto penale continui ad essere spesso “servente” alle esigenze processuali ed in particolare a quelle probatorie?

Certamente, anche quest’ultimo argomento induce probabilmente ad una riflessione nei rapporti fra diritto e processo penale, nel senso che il diritto penale sempre più “soggiace” alle esigenze probatorie, giacchè la giurisprudenza, per ragioni peraltro comprensibili legate cioè alla tutela della vittima, tenta sovente di evitare la strada maestra che, nel caso di specie, sarebbe costituita dal concorso di persone a livello attivo e con un dolo particolarmente carico per giustificare la responsabilità penale dell’*internet provider*, ma le conseguenti difficoltà probatorie consigliano evidentemente la giurisprudenza di trovare delle c.d. “scorciatoie” che tuttavia rischiano di mettere in serio pericolo le garanzie individuali, con il rischio ulteriore che la sentenza magari poi non regga ad un più accorto vaglio nei successivi gradi.

Più in generale, il pregevole volume di Maurizio Fumo ci ha dato la possibilità, in questa sede, sia di rivedere problemi già arati sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, in tema di “diffamazione mediatica”, ma magari con nuove soluzioni che o l’autore o da altri o la stessa giurisprudenza di recente hanno affacciato, oppure di confrontarsi con questioni giuridiche nuove, che derivano essenzialmente dallo sviluppo tecnologico, che non può non incidere anche sulla materia che qui ci occupa, come dimostra ormai lo sconfinato terreno legato ad *internet* ed al c.d. *cyber - crime*²⁶.

²⁶ Cfr. di recente in argomento PICOTTI, *Internet e responsabilità penali*, in Pascuzzi (a cura di), *Diritto e Informatica*, Milano, 2002; ID., *La responsabilità penale dei service provider in Italia*, in *Dir. Pen. Proc.*, 1999, 501 ss.; ID. (a cura di), *Il diritto penale dell’informatica nell’epoca di internet*, Padova, 2004; in senso parzialmente diverso, cfr.: SIEBER, *Responsabilità penale per la circolazione di dati nelle reati internazionali di computer. Le nuove slide di internet*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1993, 763 ss.; nonché SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su internet*, in *Dir. inf.*, 1998, 745 ss.