

QUESTIONI APERTE

Reati commessi col mezzo della stampa periodica

La decisione

Delitti contro l'onore - Diffamazione - Diffamazione a mezzo della stampa periodica - Responsabilità del direttore - Responsabilità per omesso controllo (Cost., artt. 3 e 21; C.p., artt. 57, 595, co. 3; Legge n. 47 del 1948, artt. 1 e 13).

In tema di giornalismo, un quotidiano o un periodico telematico è strutturato come un vero e proprio giornale tradizionale, con una sua organizzazione redazionale e un direttore responsabile e, ancorché l'art. 1 della L. 8 febbraio 1948 n. 47 si limiti a definire il concetto di stampa nella sua accezione tecnica di riproduzione tipografica o comunque ottenuta con mezzi meccanici o fisico-chimici, oggi il termine "stampa" ha anche un significato figurato e, in tal senso, indica i giornali in ogni loro forma divulgativa, che sono strumento elettivo dell'informazione, con conseguente applicabilità della disciplina sui reati commessi col mezzo della stampa periodica anche ai direttori di testate telematiche.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE QUINTA, 11 gennaio 2019 (ud. 23 ottobre 2018) - PISTORELLI, *Presidente* - AMATORE, *Relatore* - CESQUI, *P.G.*, (*Conf.*) - Sgroi e Tritto, *ricorrenti*.

La responsabilità del direttore di periodico telematico ex art. 57 c.p. tra divieto di analogia, "esigibilità" del controllo e prevedibilità dell'esito giudiziario

Il testo, muovendo da una recente sentenza con la quale la Corte di cassazione, sulla scorta del "nuovo" concetto di stampa elaborato dalla pronuncia delle Sezioni unite n. 31022 del 2015, ha ritenuto superato il precedente, unanime, orientamento contrario ed ha affermato l'applicabilità dell'art. 57 c.p. al direttore di una testata giornalistica telematica, affronta le diverse problematiche sollevate dall'estensione al periodico *on line* della disciplina penalistica della stampa. In primo luogo le tensioni con il divieto di analogia *in malam partem*, stante l'ancoraggio alle "riproduzioni tipografiche" contenuto nella definizione di cui all'art. 1 della l. n. 47 del 1948; per altro verso, con particolare riferimento alla posizione del direttore, il rischio di sconfinamento in forme di responsabilità prive di un autentico coefficiente soggettivo. La circostanza per cui la sentenza annotata, al pari di altra conforme e di poco precedente, affermi l'applicabilità dell'art. 57 c.p. per fatti antecedenti alla decisione delle Sezioni unite del 2015, pone infine profili di criticità anche dal punto di vista del principio di prevedibilità dell'esito giudiziario, nella prospettiva della giurisprudenza della Corte EDU.

The liability of the director of an on-line newspaper under Article 57 of the Italian criminal code among prohibition of analogy, "requirability" of control and predictability of judicial decisions

This paper, commenting on a recent judgment by which the Court of Cassation, on the basis of the "new" concept of press drawn up by the Joint Sections in decision no. 31022 of 2015, deemed the previous, unanimous, adverse case-law overruled and stated that Article 57 of the Italian criminal code shall be applied also to the director of an on-line newspaper, deals with the several issues arisen by the extension of criminal regulation concerning press to on-line magazines. First of all, the breach of the prohibi-

tion of in *malam partem* analogy, given the reference to “typographical reproductions” enshrined in the definition provided for in Article 1 of Law no. 47 of 1948; on the other hand, considering in particular the role of the director, the risk of forms of liability lacking in real subjective element. Since the commented judgment, as another decision just before that, applied Article 57 to facts happened before the Joint Sections’ sentence of 2015, problematic issues also rise concerning the principle of predictability of judicial decisions in the perspective of the jurisprudence of the European Court of Human Rights.

SOMMARIO: 1. Le ricadute della sentenza delle Sezioni unite *Sallusti* del 2015. – 2. Internet non è stampa. – 3. Il “nuovo” concetto di stampa. – 3.1. Rilievi critici all’interpretazione delle Sezioni unite: dalla nomofilachia alla “nomopoiesi”? – 4. “Esigibilità” del controllo preventivo da parte del direttore della testata telematica. – 4.1. Dalla responsabilità per omesso impedimento alla responsabilità per “omessa rimozione”? – 5. “Prevedibilità” della responsabilità per omesso controllo.

1. Le ricadute della sentenza delle Sezioni unite *Sallusti* del 2015.

Già in sede di primo commento alla sentenza delle Sezioni unite n. 31022 del 2015¹, se ne sono evidenziati «l’importanza e l’impatto [...] nell’orbita dei mezzi di informazione telematica» nonché i potenziali (e preoccupanti) effetti in ordine al trattamento degli stessi². Nel rispondere affermativamente al quesito circa l’applicabilità ai giornali *on line* registrati delle garanzie accordate alla stampa dall’art. 21, terzo comma, Cost. in materia di sequestro³, il supremo Collegio ha infatti enunciato il principio di diritto secondo cui «la testata giornalistica telematica, in quanto assimilabile funzionalmente a quella tradizionale, rientra nel concetto ampio di stampa e soggiace alla normativa, di rango costituzionale e di livello ordinario, che disciplina l’attività d’informazione professionale diretta al pubblico»⁴. A questo principio la sentenza è giunta sulla base di una (pretesa) interpretazione evolutivo-estensiva

¹ Cass., Sez. un., 29 gennaio 2015, n. 31022, Sallusti e Fazzo, in *Cass. pen.*, 2015, 10, 3437 ss., con nota di PAOLONI, *Le Sezioni unite si pronunciano per l’applicabilità alle testate telematiche delle garanzie costituzionali sul sequestro della stampa: ubi commodum, ibi et incommodum?*; in *Dir. inf.*, 2015, 3, 468 ss., con Osservazioni di ZENO-ZENCOVICH; in *Giur. cost.*, 2015, 3, 1055 ss., con nota di DIOTALLEVI, *La Corte di cassazione sancisce l’“equiparazione” tra giornali cartacei e telematici ai fini dell’applicazione della disciplina in materia di sequestro preventivo: un nuovo caso di “scivolamento” dalla “nomofilachia” alla “nomopoiesi”?*; in *www.penalecontemporaneo.it*, 9 marzo 2016, con nota di MELZI D’ERIL, *Contrordine compagni: le Sezioni Unite estendono le garanzie costituzionali previste per il sequestro degli stampati alle testate on-line registrate*.

² CORRIAS LUCENTE, *Le testate telematiche registrate sono sottratte al sequestro preventivo. Qualche dubbio sulla “giurisprudenza legislativa”*, in *Dir. inf.*, 2015, 6, 1041-1042. Anche MELZI D’ERIL, *Contrordine compagni*, cit., 12-13 parla di «scossa tellurica di non poco momento» per il «piccolo mondo del diritto penale dell’informazione» in caso di adesione alle argomentazioni della sentenza da parte della giurisprudenza successiva.

³ Principio ribadito da Cass. civ., Sez. un., 18 novembre 2016, n. 23469, in *Dir. inf.*, 2016, 4-5, 719.

⁴ Cass., Sez. un., 29 gennaio 2015, n. 31022, Sallusti e Fazzo, cit., 3453; ne consegue che «il giornale *on line*, al pari di quello cartaceo, non può essere oggetto di sequestro preventivo, eccettuati i casi tassativamente previsti dalla legge, tra i quali non è compreso il reato di diffamazione a mezzo stampa».

della nozione di stampa, nella quale finiscono per rientrare, appunto, anche i giornali *on line* registrati. Di qui l'interrogativo sull'esatta portata dell'affermata soggezione di questi ultimi alla normativa ordinaria relativa alla stampa: se cioè agli stessi possa applicarsi, già *de iure condito*, anche la disciplina penalistica, con particolare riferimento alle severe pene previste dall'art. 13 della l. n. 47 del 1948 per la diffamazione specifica e la responsabilità del direttore del periodico *ex art. 57 c.p.*⁵. Conclusione, questa, che si risolverebbe però in una vera e propria analogia *in malam partem*, in contrasto con il principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.⁶.

Questi esiti *in malam partem* si sono in effetti concretizzati nella giurisprudenza successiva della V Sezione della Corte di cassazione. Una prima sentenza⁷, nel ribadire il costante orientamento secondo cui la diffamazione a mezzo *Facebook* integra un'ipotesi aggravata dall'uso di un «altro mezzo di pubblicità» ai sensi dell'art. 595, terzo comma, c.p.⁸, ha escluso la configurabilità dell'aggravante di cui art. 13 della legge sulla stampa, in quanto il *social network* - al pari di *forum*, *blog*, *newsletter*, *newsgroup*, *mailing list* - resta fuori dal nuovo, più ampio concetto di stampa enucleato dalle Sezioni unite nel 2015⁹; in tal modo, tuttavia, sembra implicitamente ammettersi l'applicabilità dell'aggravante suddetta laddove a venire in rilievo sia invece un mezzo telematico di manifestazione del pensiero che in quel concetto rientri¹⁰.

⁵ ZENO-ZENCOVICH, *Osservazioni*, cit., 469; CORRIAS LUCENTE, *Le testate telematiche*, cit., 1042; MELZI D'ERIL, *Contrordine compagni*, cit., 12.

⁶ PAOLONI, *Le Sezioni unite*, cit., 3471 ss.; MELZI D'ERIL, *Contrordine compagni*, cit., 13.

⁷ Cass., Sez. V, 14 novembre 2016, n. 4873, Manduca, in *Foro it.*, 2017, 4, II, 251-252, con nota di PALMIERI.

⁸ In questo senso, Cass., Sez. I, 2 dicembre 2016, n. 50, in *Dir. inf.*, 2017, 1, 117 ss.; Cass., Sez. V, 7 ottobre 2016, n. 2723, in *D&G*, 2017, 23 gennaio; Cass., Sez. V, 13 luglio 2015, n. 8328, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1, 186 ss., con nota di CURRELLI, *La diffamazione su Facebook, tra diritto sostanziale e profili probatori*; Cass., Sez. I, 28 aprile 2015, n. 24431, in *Foro it.*, 2015, 12, II, 691 ss.; Cass., Sez. I, 22 gennaio 2014, n. 16712, *ivi*, 2014, 7-8, II, 410 ss.; Trib. Campobasso, 22 settembre 2017, in *Pluris*. Per considerazioni critiche sull'automatico riconoscimento dell'aggravante, dovendosi invece valorizzare le impostazioni *privacy* adottate nel caso concreto, v. CORRIAS LUCENTE, *La diffamazione a mezzo Facebook*, in *www.medialaws.eu*, 25 febbraio 2013 e ALMA, *La pubblicazione di un messaggio diffamatorio su Facebook integra il delitto di diffamazione aggravata*, in *Dir. inf.*, 2013, 3, 521.

⁹ Cass., Sez. un., 29 gennaio 2015, n. 31022, Sallusti e Fazzo, cit., 3449: occorre distinguere «l'area dell'informazione di tipo professionale, veicolata per il tramite di una testata giornalistica *on line*, dal vasto ed eterogeneo ambito della diffusione di notizie ed informazioni da parte di singoli soggetti in modo spontaneo. [...] Anche il *social network* più diffuso, denominato *Facebook*, non è inquadrabile nel concetto di «stampa»; ne consegue che *forum*, *blog*, *newsletter*, *newsgroup*, *mailing list* e pagine *Facebook* rientrano «nei generici siti *internet* che non sono soggetti alle tutele e agli obblighi previsti dalla normativa sulla stampa».

¹⁰ Rileva infatti BIRRITTERI, *Diffamazione e Facebook: la Cassazione conferma il suo indirizzo ma apre a un'estensione analogica in malam partem delle norme sulla stampa*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20 aprile 2017, che la Corte ben avrebbe potuto limitarsi a richiamare il costante insegnamento che

Allo stesso modo, occupandosi della posizione di un amministratore di un sito internet (nella specie, un *forum* di discussione), altra pronuncia ne ha escluso la responsabilità *ex art. 57 c.p.*, ritenendo quest'ultimo applicabile solo alla testata giornalistica telematica, perché solo quest'ultima «rientra nella nozione di “stampa” di cui alla l. 8 febbraio 1948, n. 47»¹¹.

Per quanto riguarda direttamente il direttore del periodico telematico, se in una sentenza pure successiva all'ampliamento del concetto di stampa si è ribadita l'impossibilità di ricomprenderlo tra i soggetti responsabili *ex art. 57 c.p.*¹², la decisione qui in commento e altra precedente¹³ esplicitamente affermano la riconducibilità della rivista telematica alla nozione di stampa, come reinterpretata dalle Sezioni unite, dunque l'estensione alla stessa anche delle disposizioni penali, *in primis* proprio la fattispecie di omesso controllo.

In particolare, la sentenza *Dell'Olmo* si è pronunciata in riferimento ad un articolo pubblicato, in forma anonima, su un giornale telematico in data 16 febbraio 2011, per il quale il direttore responsabile della testata era stato condannato in primo grado per diffamazione aggravata *ex art. 595*, commi secondo e terzo, c.p. I Giudici dell'appello, corretto il capo di imputazione mediante l'aggiunta della contestazione di cui all'*art. 57 c.p.*, avevano assolto l'imputato con formula “perché il fatto non è previsto dalla legge come reato”: non emergendo elementi che dimostrassero la materiale redazione dell'articolo in questione da parte dell'imputato¹⁴, quest'ultimo non poteva

esclude l'equiparazione tra stampa e telematica (su cui *infra*, par. 2): nel sottolineare invece la non riconducibilità di *Facebook* alla nozione di stampa come interpretata dalle Sezioni Unite, la sentenza evidenzia il rischio che sia quest'ultima a segnare il confine applicativo dell'*art. 13 l. n. 47 del 1948* e dell'*art. 57 c.p.*, con conseguente «illegittima estensione analogica *in malam partem* di disposizioni incriminatrici che il legislatore [...] ha inteso riservare ai soli stampati prodotti mediante mezzi meccanici o fisico-chimici».

¹¹ Cass., Sez. V, 19 febbraio 2018, n. 16751, in *Cass. pen.*, 2018, 11, 3743 ss., con *Osservazioni* di PEDULLÀ.

¹² Cass., Sez. V, 21 novembre 2017, n. 7885, in *D&G*, 2018, 20 febbraio. V. anche Cass., Sez. V, 28 settembre 2017, n. 52743, Ambrosetti, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20 giugno 2018, con nota di PIETROCARLO, *Concorso in diffamazione del direttore e articolo firmato con pseudonimo: la Cassazione insiste sulla responsabilità “di posizione”*.

¹³ Cass., Sez. V, 11 dicembre 2017, n. 13398, *Dell'Olmo*, in *Foro it.*, 2018, 5, II, 305 ss.

¹⁴ La sentenza d'appello aderisce al condivisibile orientamento secondo il quale la pubblicazione di un articolo senza indicazione dell'autore non dimostra di per sé che tale ne sia il direttore del periodico, il quale può rispondere solo *ex art. 57 c.p.* (laddove, beninteso, questo sia applicabile), in mancanza di elementi che ne provino la paternità dello scritto o il concorso nel reato di diffamazione (cfr. Cass., Sez. V, 4 aprile 2014, n. 31813, in *D&G*, 2014, 21 luglio; in precedenza, Cass., Sez. V, 9 maggio 2007, n. 29410, in *C.E.D. Cass.*, rv. 237437). Nel senso invece che il direttore che consenta la pubblicazione di uno scritto anonimo assume in prima persona la responsabilità del contenuto, rispondendo quindi direttamente per diffamazione, Cass., Sez. V, 10 gennaio 2001, n. 16988, Forleo, in *Cass. pen.*, 2002, 7-8, 2345, con nota critica di LE PERA, *Articolo non firmato e responsabilità del direttore: un pericoloso*

neppure ritenersi responsabile *ex art. 57 c.p.* in qualità di direttore responsabile del giornale *on line*, esulando quest'ultimo dall'ambito applicativo della norma. La Corte di cassazione ha invece censurato quest'ultima affermazione come errore di diritto¹⁵, conseguentemente accogliendo il ricorso proposto dalla parte civile.

Nella decisione che qui si annota, anch'essa relativa a fatti antecedenti alla sentenza *Sallusti* del 2015¹⁶, al direttore di un giornale telematico si contestava l'omesso impedimento del reato di diffamazione a mezzo stampa aggravata (artt. 57, 595, terzo comma, c.p. e 13 l. n. 47 del 1948), per il quale aveva riportato condanna in primo grado. La Corte d'appello, dichiarato il non doversi procedere per intervenuta prescrizione, confermava la condanna agli effetti civili; nel ricorso per cassazione l'imputato eccepiva, fra l'altro, l'impossibilità di applicare nei suoi confronti l'art. 57 c.p. La Corte rigetta il motivo, tramite ampi richiami alla motivazione della sentenza *Sallusti* delle Sezioni unite, alla stregua della quale ritiene che anche la rivista telematica rientri nel concetto di stampa di cui all'art. 1 della l. n. 47 del 1948, con conseguente applicabilità della disposizione codicistica.

Sembrerebbe quindi superato il precedente orientamento unanime della giurisprudenza di legittimità, che all'opposto escludeva il giornale *online* dalla nozione di stampa penalmente rilevante.

2. Internet non è stampa.

L'orientamento da ultimo richiamato, accolto dalla dottrina pressoché unanime e da una giurisprudenza costante fino all'intervento delle Sezioni unite del 2015, esclude ogni assimilabilità fra stampa e telematica, anzitutto sulla base della definizione di «stampa o stampato» quale offerta dall'art. 1 della l. n. 47 del 1948¹⁷. La nozione che se ne ricava si fonda su una duplicità di elementi, uno oggettivo-strutturale e uno soggettivo-finalistico: da un lato la riproduzione tipografica, cioè il processo fisico, chimico o meccanico di cui lo

ritorno alla responsabilità senza colpa. Significativa in tema di responsabilità del direttore per scritti anonimi o firmati con pseudonimo è Cass., Sez. V, 26 settembre 2012, n. 41249, Sallusti e Monticone, in *Cass. pen.*, 2013, 2, 588 ss., con nota di MINO, *La responsabilità penale del direttore alla luce del c.d. caso Sallusti: spunti di riflessione e proposte di riforma*, su cui v. anche MELZI D'ERIL, *La condanna per diffamazione nei confronti di Sallusti: un paio di spunti, oltre le polemiche*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 28 novembre 2012, spec. par. 3, che ne evidenzia le contraddizioni sul punto. Di recente, in argomento, PIETROCARLO, *Concorso in diffamazione*, cit., 125 ss.

¹⁵ Cass., Sez. V, 11 dicembre 2017, n. 13398, Dell'Olmo, cit., 306.

¹⁶ Come si ricava dalla circostanza per cui la sentenza di primo grado sia stata emessa in data 16 maggio 2014.

¹⁷ «Sono considerate stampe o stampati, ai fini di questa legge, tutte le riproduzioni tipografiche o comunque ottenute con mezzi meccanici o fisico-chimici, in qualsiasi modo destinate alla pubblicazione».

stampato rappresenta il prodotto e che consente una rapida riproduzione in numero non determinato di esemplari uguali; dall'altro la destinazione alla pubblicazione, con la quale quel prodotto diviene accessibile ad un numero indeterminato di persone¹⁸. Anche l'art. 21 Cost., secondo la Consulta, assume il termine «stampa» in questa definizione tecnica¹⁹, la quale, a sua volta, acquista validità altresì ai fini dell'art. 57 c.p.²⁰.

Nel caso della telematica manca la riproduzione su molteplici supporti fisici distribuiti fra il pubblico: la visualizzazione avviene invece per il tramite dei terminali collegati alla rete. Se pure è vero che il contenuto delle pagine telematiche è, in alcuni casi, stampabile, ciò non vale a superare la suddetta eterogeneità, in quanto si tratta di una mera eventualità: non tutti i contenuti informatici sono stampabili (si pensi ai video con audio) e, soprattutto, a stampare la schermata è nel caso il destinatario, mentre perché si abbia stampa in senso tecnico occorre che la riproduzione su supporto fisico sia compiuta dall'editore e sia antecedente alla distribuzione, in quanto a questa finalizzata. Né potrebbe l'ampliamento della nozione fondarsi sull'inciso «in qualsiasi modo» riferito alla destinazione alla pubblicazione, dal momento che ad essere «destinate» sono comunque riproduzioni tipografiche: i due termini sono fra di loro interconnessi, il secondo necessariamente presuppone il primo²¹. Neppure l'introduzione della nozione di «prodotto editoriale», su supporto

¹⁸ NUVOLONE, voce *Stampa*, in *Nss. dig. it.*, vol. XVIII, Torino, 1971, 98; MUSCO, voce *Stampa (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Milano, 1990, 634; CORRIAS LUCENTE, *Il diritto penale dei mezzi di comunicazione di massa*, Padova, 2000, 184; Cass., Sez. V, 15 giugno 1983, Cane, in *Cass. pen.*, 1984, 11, 2274-2275.

¹⁹ Così Corte cost., 20 giugno 1961, n. 38, in *Giur. cost.*, 1961, 682 ss., con nota di CHELLI, *Manifestazione, divulgazione ed esercizio di attività economiche connesse alla divulgazione del pensiero*; sul punto si rimanda a PAOLONI, *Le Sezioni unite*, cit., 3464, n. 26.

²⁰ PADOVANI, *Il momento consumativo nei reati commessi col mezzo della stampa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 806.

²¹ In questo senso ZENO-ZENCOVICH, *La pretesa estensione alla telematica del regime della stampa: note critiche*, in *Dir. inf.*, 1998, 1, 16 ss.; CORRIAS LUCENTE, *Il diritto penale*, cit., 259 ss.; SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su Internet*, in *Dir. inf.*, 1998, 4-5, 751; ID., voce *Internet (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali VII, Milano, 2014, 584 ss.; SCOPINARO, *Internet e delitti contro l'onore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 2, 634; BISORI, *I delitti contro l'onore*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa, vol. VIII, *I delitti contro l'onore e la libertà individuale*, Torino, 2010, 88; MELZI D'ERIL, *Roma locuta: la Cassazione esclude l'applicabilità dell'art. 57 c.p. al direttore della testata giornalistica on line*, in *Dir. inf.*, 2010, 6, 904 ss.; SALVADORI, *La normativa penale della stampa non è applicabile, de jure condito, ai giornali telematici*, in *Cass. pen.*, 2011, 9, 2985 ss.; PISA, *Profili di responsabilità penale del direttore di periodici telematici*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 4, 461 ss.; MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, Napoli, 2013, 41-42; PACILEO, PETRINI, *Reati contro la persona*, t. II, *Contro l'onore e la reputazione*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da Grosso, Padovani, Pagliaro, Milano, 2016, 94.

cartaceo o informatico (art. 1 l. n. 62 del 2001), al quale si applicano talune disposizioni della legge sulla stampa, concernenti le indicazioni sugli stampati e la registrazione (artt. 2 e 5 l. n. 47 del 1948), vale a superare la suddetta eterogeneità, come invece ritenuto da taluni giudici di merito, che proprio sulla base della riforma del 2001 hanno affermato l'estensione al giornale telematico dell'intera normativa relativa alla stampa anche a fini penali²². Come sostenuto in dottrina²³, e confermato da un successivo intervento normativo (art. 7, comma 3, d.lgs. n. 70 del 2003), l'obiettivo della l. n. 62 del 2001 è quello di consentire l'accesso ai contributi per l'editoria anche ai prodotti editoriali elettronici: a tale limitato fine deve quindi intendersi l'estensione della disposizione concernente l'obbligo di registrazione, che per le testate telematiche configura piuttosto un onere²⁴, al cui assolvimento è subordinata la fruizione dei contributi pubblici.

Di qui l'esclusione dell'applicabilità, anzitutto, della fattispecie di responsabilità per omesso controllo *ex art. 57 c.p.* al direttore della testata telematica²⁵ (analogamente a quanto avviene per il direttore del radio e telegiornale²⁶), al gestore di un *blog*²⁷, al fornitore dei servizi in rete (*Internet Service Provider*)²⁸,

²² Trib. Firenze, 13 febbraio 2009, in *Dir. inf.*, 2009, 6, 911 ss.

²³ ZENO-ZENCOVICH, *I «prodotti editoriali» elettronici nella l. 7 marzo 2001 n. 62 e il preteso obbligo di registrazione*, in *Dir. inf.*, 2001, 2, 166-167.

²⁴ COSTANZO, *La stampa telematica (tuttora) tra ambiguità legislative e dissensi giurisprudenziali*, in *Giur. cost.*, 2010, 6, 5248.

²⁵ Cass., Sez. V, 5 novembre 2013, n. 10594, Montanari, in *Cass. pen.*, 2015, 3, 1202 ss.; Cass., Sez. V, 28 ottobre 2011, n. 44126, Hamai, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 4, 1608 ss., con nota di PETRINI, *Il direttore della testata telematica, tra horror vacui e prospettive di riforma: sperando che nulla cambi*; Cass., Sez. V, 16 luglio 2010, n. 35511, Brambilla, in *Cass. pen.*, 2011, 9, 2980 ss., con nota di SALVADORI, *La normativa penale della stampa*, cit.

²⁶ Cass., Sez. V, 19 aprile 2017, n. 27823, Berlinguer, in *C.E.D. Cass.*, rv. 270557; Cass., Sez. V, 6 ottobre 2014, n. 50987, *ivi*, rv. 261907. Si esclude altresì che il direttore del telegiornale possa rispondere *ex art. 30 l. n. 223 del 1990*, stante la natura tassativa dell'elencazione dei soggetti responsabili contenuta nella disposizione (cfr. anche Cass., Sez. II, 23 aprile 2008, n. 34717, *ivi*, rv. 240687).

²⁷ App. Torino, 23 aprile 2010, riportata in PEZZELLA, *La diffamazione. Le nuove frontiere della responsabilità penale e civile e della tutela della privacy nell'epoca delle chat e dei social forum*, Torino, 2016, 634. Il giudice di prime cure aveva invece affermato l'equiparazione, a fini penali, tra direttore del periodico a stampa e colui che gestisce un sito internet destinato ad ospitare opinioni altrui (c.d. *blog*) (Trib. Aosta, 26 maggio 2006, n. 553, in *Giur. mer.*, 2007, 4, 1065 ss., con nota di SALVADORI, *I presupposti della responsabilità penale del blogger per gli scritti offensivi pubblicati su un blog da lui gestito*, cui si rimanda anche per l'insussistenza, *de iure condito*, di un obbligo giuridico rilevante *ex art. 40*, secondo comma, c.p. in capo al *blogger*).

²⁸ Ancora Cass., Sez. V, 16 luglio 2010, n. 35511, Brambilla, cit., 2981. Sul punto v. anche MANNA, *Considerazioni sulla responsabilità penale dell'Internet provider in tema di pedofilia*, in *Dir. inf.*, 2001, 2, 148. Secondo BARTOLI, *Brevi considerazioni sulla responsabilità penale dell'Internet Service Provider*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 5, 603-604, invece, l'impossibilità di estendere all'ISP l'art. 57 c.p. non dipende dal tenore letterale di quest'ultimo, bensì dalla «dissomiglianza funzionale» rispetto al direttore del periodico: l'Autore, anche sulla base delle vicende relative al documento informatico, dubita infatti

stante il divieto di analogia *in malam partem*. Per la medesima ragione, si è negata la ricorrenza dell'aggravante prevista dall'art. 13 della l. n. 47 del 1948 (diffamazione a mezzo stampa consistente nell'attribuzione di un fatto determinato), ad esempio, con riferimento alla diffamazione a mezzo *Facebook*²⁹, nonché del reato di stampa clandestina (art. 16 della suddetta legge) con riferimento ai giornali *on line*³⁰. Per altro verso, alla non assimilabilità della telematica alla stampa consegue, secondo l'orientamento qui in parola, la sequestrabilità dei siti internet anche al di fuori dei tassativi casi previsti dalla legge sulla stampa, quindi ad esempio anche in caso di diffamazione, non operando le garanzie costituzionali di cui all'art. 21, terzo comma, Cost.³¹.

Altro profilo valorizzato, al fine di negare che il direttore del periodico *on line* possa rispondere del reato di cui all'art. 57 c.p., è quello della cosiddetta interattività della rete, per tale intendendosi la sua «organizzazione anarchica e decentralizzata e la sua accessibilità su scala mondiale»³², con conseguente pluralità di connessioni tra reti e computer diversi e trasmissione di enormi quantità di dati³³: a fronte della possibilità di interferire sui testi in rete, il compito di controllo del direttore del giornale telematico risulterebbe estremamente gravoso, se non vano e la sua condotta, quindi, di problematica esigibilità³⁴. Si tratta di cadenze argomentative analoghe a quelle sulla base delle quali si esclude la responsabilità dell'ISP per omesso impedimento dei reati commessi in rete dagli utenti: non solo non è rinvenibile nel dato normativo un obbligo giuridico – essendo invece la disciplina delle diverse figure di fornitori di servizi in rete significativamente formulata “in negativo”³⁵, nel senso di escludere, quale regola generale, forme di responsabilità³⁶ –; non solo

della non assimilabilità tra realtà virtuale e carta stampata.

²⁹ Cass., Sez. V, 14 novembre 2016, n. 4873, Manduca, cit.

³⁰ Cass., Sez. III, 10 maggio 2012, n. 23230, in www.penalecontemporaneo.it, 8 ottobre 2012, con nota di PICCICHÈ, *Giornali online e reato di stampa clandestina*.

³¹ Cass., Sez. V, 5 novembre 2013, n. 10594, Montanari, cit.; Cass., Sez. III, 11 dicembre 2008, n. 10535, in *Giur. cost.*, 2009, 3, 2111 ss., con nota di GIUNTA, *I forum davanti alla Cassazione: incertezze giurisprudenziali sulla nozione costituzionale di stampa*.

³² SEMINARA, *La pirateria su Internet e il diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, 1-2, 72, che parla di «creazione di un “villaggio globale”» in luogo dei singoli Stati nazionali.

³³ Cfr. PICOTTI, *Fondamento e limiti della responsabilità penale dei Service-Providers in Internet*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 3, 380, il quale tuttavia critica le conseguenze che se ne traggono in termini di circoscrizione dell'eventuale sfera di responsabilità penale dei fornitori di servizi in rete.

³⁴ In questi termini Cass., Sez. V, 16 luglio 2010, n. 35511, Brambilla, cit., 2981.

³⁵ Così MASSARO, *La responsabilità colposa*, cit., 44.

³⁶ Cfr. artt. 14 ss. del d.lgs. n. 70 del 2003, i quali, con riferimento alle attività di *access provider* e *mere conduit*, *caching* e *hosting*, affermano la non responsabilità del prestatore delle medesime, a meno che non sia origine delle informazioni trasmesse, non ne selezioni il destinatario o non selezioni o modifichi le informazioni medesime, non modifichi le informazioni temporaneamente memorizzate o ometta di

quell'obbligo non può ricavarsi dalla natura pericolosa dell'attività esercitata, tale non potendosi considerare quella dell'ISP³⁷; ma, anche in una prospettiva *de iure condendo*, non potrebbe porsi a carico di quest'ultimo un generale obbligo di impedire la commissione di reati, a causa della impossibilità ed inesigibilità di un controllo efficace, sotto il profilo sia "tecnico", stante, appunto, l'interattività della rete, sia "giuridico", non potendosi, ad esempio, prendere cognizione della corrispondenza telematica³⁸.

Si è peraltro osservato come simili considerazioni, nel loro riferirsi alla categoria della "inesigibilità"³⁹, meritano di essere meglio precisate, potendo altrimenti risultare pleonastiche: se l'essenza stessa della posizione di garanzia non può che rinvenirsi nel concetto di potere, giuridico prima che naturalistico, il requisito dell'esigibilità della condotta, intesa come insieme di poteri di intervento, sia giuridici sia naturalistici, non si colloca su un piano distinto rispetto all'obbligo rilevante *ex art. 40*, secondo comma, c.p. Di qui l'opportunità di verificare puntualmente la possibilità di introdurre specifiche fattispecie *ad hoc* di responsabilità per omesso controllo, anziché fare riferimento ad una inesigibilità della condotta necessariamente derivante dalla interattività propria di internet. Con specifico riferimento alla multiforme categoria dell'ISP, simili interventi normativi non sembrano del tutto preclusi, a condizione che si distinguano le varie tipologie di attività svolta, che si circoscrivano le ipotesi di responsabilità ai soli casi in cui l'attività medesima veda un ruolo non meramente "passivo" del *Provider*, che si individuino esattamente i soggetti responsabili e i relativi obblighi di diligenza⁴⁰.

attivarsi prontamente per la loro rimozione qualora disposta dall'autorità giudiziaria o amministrativa, non sia effettivamente a conoscenza della illiceità dell'informazione memorizzata in modo duraturo. Il quadro normativo è chiuso da una disposizione (art. 17) che, in generale, esclude obblighi di sorveglianza e di ricerca di indicatori di attività illecite. In argomento SEMINARA, voce Internet, cit., 593 ss.; BARTOLI, *Brevi considerazioni*, cit., 602-603.

³⁷ Ancora SEMINARA, voce Internet, cit., 597; BARTOLI, *Brevi considerazioni*, cit., 602; *contra*, SGUBBI, Parere pro veritate, in *Dir. inf.*, 2009, 4-5, 746. In generale, sulla non annoverabilità della precedente attività pericolosa fra le fonti dell'obbligo di garanzia, v. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, X ed., Padova, 2017, 163-164; GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. I, Torino, 2014, 262-263.

³⁸ SIEBER, *Responsabilità penali per la circolazione di dati nelle reti internazionali di computer - II*, trad. a cura di Sforzi, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, 4, 1218 ss.; SEMINARA, *La pirateria su Internet*, cit., 99 ss.; BARTOLI, *Brevi considerazioni*, cit., 603; Trib. Milano, 18 marzo 2004, in *Giur. mer.*, 2004, 9, 1713 ss., con nota di RESTA, *La responsabilità penale del provider: tra laissez faire ed obblighi di controllo*.

³⁹ Per il rilievo attribuito alla categoria della esigibilità nella legislazione tedesca in materia di responsabilità degli operatori su internet, v. FORNASARI, *Il ruolo della esigibilità nella definizione della responsabilità penale del provider*, in *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di Internet*, a cura di Picotti, Padova, 2004, 423 ss.

⁴⁰ In questo senso MASSARO, *La responsabilità colposa*, cit., 47 ss.; l'Autrice fa al riguardo riferimento

3. Il “nuovo” concetto di stampa.

Sulla questione dell'estensione alla telematica delle garanzie costituzionali previste per la stampa è intervenuta nel 2015, come anticipato, la Corte di cassazione nella sua più alta composizione, innovando rispetto alle conclusioni della giurisprudenza precedente. Muovendo dalla constatazione della «evidente situazione di conflitto con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.» cui quest'ultima darebbe luogo, consentendo «un irragionevole trattamento differenziato dell'informazione giornalistica veicolata su carta rispetto a quella diffusa in rete», le Sezioni unite affermano la necessità di «discostarsi dall'esegesi letterale del dettato normativo e privilegiare una interpretazione estensiva dello stesso, sì da attribuire al termine “stampa” un significato evolutivo»⁴¹. Di qui la valorizzazione del «concetto di stampa in senso figurato» che indica «i giornali» e trova i suoi requisiti nella testata e nella regolare periodicità della pubblicazione (struttura), da un lato, nella finalità di raccolta, commento, analisi di notizie di attualità dirette al pubblico (scopi della pubblicazione), dall'altro: al ricorrere di questi, il giornale è tale indipendentemente dalla tecnica di diffusione, trovando l'attività giornalistica la sua essenza nello scopo informativo⁴². Il disposto dell'art. 1 della legge sulla stampa, condizionato dall'evoluzione tecnologica dell'epoca, non osta a questa interpretazione estensiva; gli stessi presupposti di cui alla disposizione del 1948, secondo la sentenza, sono altresì riscontrabili nello stesso giornale telematico, ove intesi secondo un «differente approccio»: la “riproduzione” come potenziale accessibilità di tutti al contenuto, la “pubblicazione” come fruibilità da parte di un numero indeterminato di utenti⁴³.

A supporto di tale ricostruzione, la sentenza del 2015 richiama inoltre una serie di interventi normativi che, pur nella loro non organicità, dimostrerebbero il superamento della nozione “gutenberghiana” di stampa e l'assunzione di centralità, quale criterio di riferimento, da parte della finalità informativa dell'attività giornalistica⁴⁴. Fra questi lo stesso art. 1 della l. n. 62 del 2001, che

alla nota vicenda *Google-Vivi Down* in quanto emblematica, fra l'altro, della possibilità-necessità di differenziare tra le eterogenee attività dei fornitori di servizi in rete. Nel senso della possibilità di tipizzare specifiche regole di comportamento e obblighi di controllo da parte del *Provider* anche PICOTTI, *La responsabilità penale dei Service-Providers in Italia*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 4, 505-506.

⁴¹ Cass., Sez. un., 29 gennaio 2015, n. 31022, Sallusti e Fazzo, cit., 3449.

⁴² *Ibid.*, 3450.

⁴³ *Ibid.*, 3451.

⁴⁴ Il riferimento è, fra l'altro, alla disciplina della testata giornalistica televisiva e radiofonica, in gran parte ricalcata su quella della stampa cartacea (sull'incongruità della normativa di cui alla l. n. 223 del 1990, in punto di trattamento sanzionatorio della diffamazione specifica e di individuazione delle relative re-

le Sezioni unite interpretano in modo difforme da quanto visto, nel senso della previsione di un «obbligo di registrazione della testata *on line*» funzionale all'individuazione delle responsabilità civili, penali ed amministrative connesse alle pubblicazioni, nonché all'operatività delle relative garanzie costituzionali⁴⁵.

Questa assimilazione del giornale telematico a quello tradizionale, entrambi riconducibili al “nuovo” concetto, ampio, di stampa, ai fini delle responsabilità e garanzie previste per quest'ultima a livello ordinario e costituzionale, precisa il Supremo collegio, vale unicamente per i contenuti riferibili direttamente alla redazione, non per commenti eventualmente inseriti dagli utenti, cioè da soggetti estranei alla redazione medesima. Allo stesso modo, come anticipato, continuano a rimanere fuori dalla nozione figurata di stampa le ipotesi di divulgazione di notizie ed informazioni da parte di singoli in modo spontaneo tramite *blog, forum, social network, newsletter, newsgroup, mailing list*: questi ultimi, infatti, non rientrano nel *genus* informazione professionale⁴⁶.

L'interpretazione evolutiva del termine «stampa» proposta dalle Sezioni unite, secondo alcuni⁴⁷, ha il merito di fare correttamente chiarezza, sia pur solo con riguardo alla specifica questione concernente l'estensione di garanzie e responsabilità, nel settore della comunicazione e informazione a mezzo internet, dominato da plurimi profili di incertezza relativi alla natura delle attività ad esso riconducibili, alle coperture costituzionali, ai limiti e alle responsabilità. In ciò, la lettura sostanzialistico-funzionalistica della libertà di informazione ad opera della Cassazione si accosta a quella sulla base della quale la Corte costituzionale ha affermato il principio del pluralismo informativo, quale presidio del diritto all'informazione⁴⁸: entrambe le Corti hanno cioè “aggiornato” il riferimento testuale alla sola «stampa» nell'art. 21 Cost., sia pur, nella sentenza delle Sezioni unite, a scapito delle peculiarità della rete, relegate a margine. Questo, però, non inficerebbe la correttezza delle conclusioni, per due ragioni: anzitutto perché la svalutazione di quelle peculiarità è limitata alle attività informative che non potrebbero distinguersi da altre dello stesso tipo che utilizzano mezzi diversi; in secondo luogo, perché troppo spesso la unici-

sponsabilità, anche nel confronto con la legislazione sulla stampa, v. però FIORAVANTI, voce *Televisione, stampa e editoria. I reati televisivi*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIV, Torino, 1999, 163 ss.) e alla legge istitutiva dell'Agcom, la quale ha introdotto un unitario Registro degli operatori della comunicazione (ROC).

⁴⁵ Cass., Sez. un., 29 gennaio 2015, n. 31022, Sallusti e Fazzo, cit., 3452.

⁴⁶ *Ibid.*, 3449 e 3453.

⁴⁷ CARETTI, *La Cassazione pone, meritoriamente, alcuni punti fermi in tema di regolazione dell'informazione via internet*, in *Quad. cost.*, 2015, 4, 1013-1016.

⁴⁸ A partire da Corte cost., 6 luglio 1960, n. 59, in *Giur. cost.*, 1960, 759 ss.

tà di internet ha rappresentato e rappresenta un «alibi» all'introduzione di una disciplina organica⁴⁹.

La maggioranza dei commenti alla sentenza n. 31022 del 2015, tuttavia, ne ha rilevato i profili di criticità, formulando osservazioni che possono altresì estendersi alla decisione annotata, nella misura in cui quest'ultima, sulla scorta delle motivazioni delle Sezioni unite, afferma l'applicabilità dell'art. 57 c.p. al direttore di una testata telematica registrata.

3.1. Rilievi critici all'interpretazione delle Sezioni unite: dalla nomofilachia alla “nomopoiesi”?

Pur apprezzandosi da taluno l'esito estensivo delle garanzie costituzionali cui la decisione del 2015 è pervenuta, si sono mossi dei rilievi critici alla netta distinzione, funzionale all'individuazione del perimetro applicativo di quelle garanzie nel settore della telematica, fra l'area dell'informazione di tipo professionale, rientrando nel “nuovo” concetto di stampa e, dall'altro lato, l'eterogeneo ambito della divulgazione di notizie e informazioni da parte di singoli in modo spontaneo tramite *blog, forum, newsletter, newsgroup, mailing list e social network*⁵⁰. Tale distinzione viene infatti giudicata fallace e destituita di fondamento giuridico⁵¹, perché la stessa categoria di informazione professionale non trova riscontro nel dato normativo, con conseguente incertezza individuazione *ex ante* dei soggetti qualificabili come testate di informazione professionale⁵². A ciò si aggiunge come il diritto di cronaca, in quanto facoltà ricompresa nel più generale diritto di manifestazione del pensiero *ex art. 21 Cost.*, spetti a chiunque e non soltanto a chi rivesta un determinato *status* professionale, rilevando ai fini della sua configurabilità non già un requisito

⁴⁹ Ancora CARETTI, *La Cassazione*, cit., 1016. Sul punto però *infra*, al richiamo della n. 59.

⁵⁰ MELZI D'ERIL, *Contrordine compagni*, cit., 9 ss., per l'estraneità al tessuto normativo della distinzione in parola e per l'impossibilità di intendere l'attività giornalistica limitata alle sole testate registrate. L'Autore ritiene invece che le garanzie di cui all'art. 21, terzo comma, Cost. vadano estese alle pagine *web* che presentino i caratteri di trasparenza e riconoscibilità propri degli stampati (*ex art. 2 della legge sulla stampa*), cioè quando siano esplicitati autore e data di immissione in rete (p. 14; in precedenza ID., *Il sequestro di siti on-line: una proposta di applicazione analogica dell'art. 21 Cost. “a dispetto” della giurisprudenza*, in *Dir. inf.*, 2014, 2, 153 ss.). *Contra* SEMINARA, voce Internet, cit., 590: è paradossale affermare una netta diversità tra stampa e telematica per escludere le responsabilità penali e, al tempo stesso, assimilarle per ampliare le garanzie: si tratta di due impostazioni inconciliabili, tali per cui la prospettiva non può che essere *de iure condendo*.

⁵¹ In questi termini CORRIAS LUCENTE, *Le testate telematiche*, cit., 1050-1051.

⁵² ZENO-ZENCOVICH, *Osservazioni*, cit., 468-469: il riferimento dell'Autore è, ad esempio, ai fornitori di servizi di posta elettronica che, nella propria *home page*, offrono anche notizie di attualità. Condivide invece la distinzione, sia pur solo in una prospettiva *de iure condendo*, PAOLONI, *Le Sezioni unite*, cit., 3467, in considerazione delle peculiarità dei periodici *on line* (su cui v. PISA, *Profili di responsabilità*, cit., 460).

soggettivo, bensì quello, oggettivo, della disponibilità di un mezzo idoneo alla diffusione di messaggi ad un numero potenzialmente indeterminato di destinatari⁵³.

Soprattutto, per quel che qui più rileva, si dubita della possibilità di considerare l'operazione ermeneutica compiuta alla stregua di una interpretazione estensiva, come le Sezioni unite hanno cura di ribadire a più riprese⁵⁴: superando il dato letterale segnato dall'art. 1 della legge sulla stampa⁵⁵, essa si risolve invece in una vera e propria analogia⁵⁶. Da un lato, è «lampante» la carenza, rispetto ai dati telematici, del binomio elemento oggettivo-elemento finalistico su cui si fonda la definizione legislativa di stampa⁵⁷. Dall'altro lato, neppure sembra del tutto praticabile il tentativo di «approcciarsi» diversamente, in particolare, al primo dei suddetti elementi: intendere la riproduzione come «potenziale accessibilità», in considerazione del fatto che «la produzione di un testo su *internet* è funzionale alla possibilità di riprodurre e leggerne il contenuto sul proprio *computer*»⁵⁸, significa obliterare la necessaria materialità della pubblicazione e far scolorire l'aspetto strutturale proprio della nozione legale in quello meramente funzionale; ciò, oltretutto, in contrasto con la stessa giurisprudenza costituzionale, la quale, nel definire concretamente il regime giuridico dei diversi mezzi di manifestazione del pensiero, ai fini delle tutele di cui all'art. 21 Cost., ha attribuito rilievo determinante proprio alle specifiche

⁵³ DIOTALLEVI, *La Corte di cassazione*, cit., 1067-1068. Sulla titolarità del diritto di cronaca non limitata alla categoria dei giornalisti v. PACE, PETRANGELI, voce *Cronaca e critica (diritto di)*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, 2001, 310.

⁵⁴ Cass., Sez. un., 29 gennaio 2015, n. 31022, Sallusti e Fazzo, cit., 3449-3450. Giova qui ricordare la massima «*in dubio pro analogia*», secondo cui nel dubbio se una certa lettura sia qualificabile come interpretazione o analogia, in materia penale dovrebbe propendersi per la seconda opzione: così DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, 112-113. Di vero e proprio *escamotage*, a proposito della qualificazione di quella che in realtà è analogia come interpretazione estensiva e/o evolutiva, parla MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, IV ed., Padova, 2017, 105: ciò, a sua volta, preclude il rimedio della *quaestio legitimatis* per contrasto con l'art. 25, secondo comma, Cost. Sul punto v. anche ID., *Il lato oscuro del diritto penale*, Pisa, 2017, 46.

⁵⁵ CORRIAS LUCENTE, *Le testate telematiche*, cit., 1050 parla al riguardo di «via oltremodo azzardata»; DIOTALLEVI, *La Corte di cassazione*, cit., 1067 di esegesi «inammissibil[e]». La sentenza, d'altra parte, afferma che le «definizioni legali [...] sono semplici generalizzazioni destinate ad agevolare l'applicazione della legge in un determinato momento storico», per cui è consentito, tramite interpretazione estensiva, discostarsi dalle stesse e «accreditare al dato normativo un senso e una portata corrispondenti alla coscienza giuridica e alle necessità sociali del momento attuale» (Cass., Sez. un., 29 gennaio 2015, n. 31022, Sallusti e Fazzo, cit., 3449).

⁵⁶ «Palese» per CORRIAS LUCENTE, *Le testate telematiche*, cit., 1050; «occulta» secondo PAOLONI, *Le Sezioni unite*, cit., 3471.

⁵⁷ Ancora CORRIAS LUCENTE, *Le testate telematiche*, cit., 1049.

⁵⁸ Cass., Sez. un., 29 gennaio 2015, n. 31022, Sallusti e Fazzo, cit., 3451.

caratteristiche tecnico-strutturali di ciascuno⁵⁹. È dunque la mancanza di una riproduzione tipografica, o comunque realizzata con mezzi meccanici o fisico-chimici, a stridere con la qualificazione dell'interpretazione proposta come meramente estensiva⁶⁰.

Anche il richiamo compiuto dalle Sezioni unite ai dati normativi dai quali emergerebbe l'acquisizione, da parte del diritto positivo, del significato figurato di stampa come informazione professionale, non pare del tutto probante: si tratta infatti di interventi normativi limitati, con i quali il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, ha voluto rendere applicabili, in alcuni casi a ben determinati fini - come si è visto a proposito dell'introduzione della nozione di prodotto editoriale -, singoli aspetti della normativa sulla stampa anche ad altri *media*. Lungi dal deporre nel senso della assimilabilità fra giornale cartaceo e giornale telematico, quindi, essi sembrano piuttosto prestarsi ad una lettura diametralmente opposta⁶¹. Allo stesso modo, la circostanza per cui il progetto di riforma in materia di diffamazione⁶² preveda l'estensione delle disposizioni della l. n. 47 del 1948 alle testate giornalistiche radiotelevisive e *on line* registrate, limitatamente ai contenuti redazionali, nonché ampli il novero dei soggetti responsabili *ex art. 57 c.p.*, includendovi anche il direttore delle stesse, conferma che, *de iure condito*, la testata telematica esorbita dalla nozione di stampa⁶³.

Ne consegue la contrarietà al principio di legalità penale, in particolare al divieto di analogia *in malam partem*, dell'affermazione secondo cui il giornale telematico soggiace (anche) alla normativa ordinaria prevista per la stampa, ove con ciò si ritengano ad esso applicabili le ipotesi di responsabilità penale contenute in quella normativa, come appunto afferma la sentenza qui annotata in riferimento all'art. 57 c.p. E come, d'altra parte, sembrano ritenere le stesse Sezioni unite del 2015: lo si ricava dal silenzio circa le ipotesi di reato contestate agli indagati nel procedimento in cui il supremo Collegio è interve-

⁵⁹ DIOTALLEVI, *La Corte di cassazione*, cit., 1063-1064: il riferimento è a Corte cost., 9 giugno 1972, n. 105, in *Giur. cost.*, 1972, 3-4, 1202: «che “tutti” abbiano diritto di manifestare il proprio pensiero “con ogni mezzo”, non può significare che tutti debbano avere, in fatto, la materiale disponibilità di tutti i possibili mezzi di diffusione, ma vuol dire, più realisticamente, che a tutti la legge deve garantire la giuridica possibilità di usarne o di accedervi, con le modalità ed entro i limiti resi eventualmente necessari dalle peculiari caratteristiche dei singoli mezzi».

⁶⁰ PAOLONI, *Le Sezioni unite*, cit., 3473.

⁶¹ *Ibid.*, 3471: ciò sulla base dell'argomento per cui *ubi voluit dixit, ubi noluit tacuit*.

⁶² D.d.l. n. 1119-B, all'esame del Senato, su cui v. GULLO, *La tela di Penelope. La riforma della diffamazione nel Testo unificato approvato dalla Camera il 24 giugno 2015*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2016, 1, 31 ss.

⁶³ Cfr. Cass., Sez. V, 16 luglio 2010, n. 35511, Brambilla, cit., 2981; CORRIAS LUCENTE, *Le testate telematiche*, cit., 1051.

nuto in sede cautelare - artt. 57 e 595 c.p. e l. n. 47 del 1948, in relazione ad un articolo comparso su una testata giornalistica *online* - e, all'opposto, dalla cura nel sottolineare, a più riprese, che quella proposta è un'interpretazione estensiva e non analogica⁶⁴. Ulteriore conferma si trae dalla connessione garanzie-responsabilità che caratterizza la normativa sulla stampa e che le Sezioni unite ribadiscono, estendendola altresì all'informazione telematica, con esplicito riferimento anche alle responsabilità «penali»⁶⁵.

Si spiega perché si sia immediatamente vista nella decisione del 2015 una conferma della tendenza verso la «giurisprudenza legislativa»⁶⁶ e dello «scivolamento» [...] della funzione di «nomofilachia» [...] verso forme di «nomopoiesi»⁶⁷: al dichiarato scopo di evitare un *vulnus* all'art. 3 Cost.⁶⁸, si rischia però di determinarne uno all'art. 25, secondo comma, Cost.⁶⁹. In ciò la sentenza sembra potersi accostare, *mutatis mutandis*, alla pronuncia, sempre delle Sezioni unite, in tema di colpa medica, nella quale si afferma che dall'art. 12 delle preleggi deriva unicamente il divieto di «andare “contro” il significato delle espressioni usate, con una modalità che sconfinerebbe nell'analogia», mentre non è precluso all'interprete «andare “oltre” la letteralità del testo», ove ciò sia «necessario per giungere ad un risultato costituzionalmente adeguato»⁷⁰. Muovendo da questa premessa, il supremo Collegio giunge alla con-

⁶⁴ Così PAOLONI, *Le Sezioni unite*, cit., 3472-3473.

⁶⁵ Cass., Sez. un., 29 gennaio 2015, n. 31022, Sallusti e Fazzo, cit., 3452.

⁶⁶ ZENO-ZENCOVICH, *Osservazioni*, cit., 469, giudizio condiviso da CORRIAS LUCENTE, *Le testate telematiche*, cit., 1051-1052 e MELZI D'ERIL, *Contrordine compagni*, cit., 10.

⁶⁷ DIOTALLEVI, *La Corte di cassazione*, cit., 1070-1071. Sulla giurisprudenza «gius-creativa» e sulle tensioni con il principio di stretta legalità v. MANNA, *Il lato oscuro*, cit., 44-45; ID., *Corso di diritto penale*, cit., 120.

⁶⁸ Dubita della effettiva opportunità dell'estensione alla “stampa telematica” delle garanzie costituzionali, quindi dell'effettiva sussistenza, diversamente opinando, di una lesione al principio di uguaglianza, PAOLONI, *Le Sezioni unite*, cit., 3475 ss. L'Autrice ritiene infatti che la non operatività delle garanzie trovi il suo *pendant* nella mancata previsione delle responsabilità e degli obblighi posti invece per la “stampa tradizionale”.

⁶⁹ MELZI D'ERIL, *Contrordine compagni*, cit., 13.

⁷⁰ Cass., Sez. un., 21 dicembre 2017, n. 8770, Mariotti, in *Cass. pen.*, 2018, 5, 1459; si tratta della sentenza con la quale le Sezioni unite sono intervenute a dirimere il contrasto insorto in seno alla IV Sezione sul nuovo art. 590-sexies c.p., introdotto dalla c.d. legge Gelli-Bianco (l. n. 24 del 2017), la quale ha contestualmente abrogato l'art. 3, primo comma, della c.d. legge Balduzzi (l. n. 189 del 2012). Per la ricostruzione del contrasto si rimanda a MASSARO, *La legge Balduzzi e la legge Gelli-Bianco sul banco di prova delle questioni di diritto intertemporale: alle Sezioni unite l'ardua sentenza*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 4 dicembre 2017, 12. Sulla sentenza Mariotti v., oltre agli Autori citati *infra*, RISCATO, *Le Sezioni unite salvano la rilevanza in bonam partem dell'imperizia “lieve” del medico*, in *Giur. it.*, 2018, 4, 948 ss.; BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento: una proposta per limitare la colpa medica*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 24 maggio 2018. Più in generale, sulla complessa problematica di riferimento, v. MASSARO, *L'art. 590-sexies c.p., la colpa per imperizia del medico e la camicia di Nesso dell'art. 2236 c.c.*, in *questa Rivista (web)*, 2017, 3 nonché

clusione per cui, nonostante l'abrogazione della legge Balduzzi e l'assenza, nel testo del nuovo art. 590-sexies c.p., di ogni riferimento alla gradazione della colpa, «la norma in esame continui a sottendere la nozione di “colpa lieve”, in linea con quella che l'ha preceduta»⁷¹. Anche a proposito di quest'ultima decisione non si è mancato di sottolineare il “prezzo” pagato sul piano dei principi⁷², dubitandosi della effettiva possibilità di introdurre per via interpretativa un elemento non previsto dalla lettera della legge, travalicandone i limiti, con conseguente ampliamento della sfera del penalmente rilevante⁷³. La Corte, si è detto, afferma l'ammissibilità dell'interpretazione *praeter legem* purché non *contra legem*, ma finisce per riscrivere il testo di legge *in malam partem*, dunque con un'interpretazione *contra legem*⁷⁴; un intervento, dunque, «radicalmente» creativo, che prescinde dal testo e collide col principio di legalità penale⁷⁵. Ciò anche considerando che – e si tratta di rilievo valevole altresì per la questione della nozione penalistica di stampa – l'art. 12 disp. prel., letto in combinato disposto con il successivo art. 14, sembrerebbe piuttosto porre un argine, in materia penale, all'interpretazione non solo *contra*, ma anche *ultra legem*⁷⁶: in questo ambito, ove l'art. 25, secondo comma, Cost. «declina una

EAD., *La responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario. Quale rilevanza per il grado della colpa penale?*, in *Temi penali*, a cura di Trapani, Massaro, vol. II, *Delitti contro la persona. Delitti contro il patrimonio*, Torino, 2018, spec. 151 ss.

⁷¹ Cass., Sez. un., 21 dicembre 2017, n. 8770, Mariotti, cit., 1464.

⁷² CAPUTO, *Le Sezioni Unite alle prese con la colpa medica: nomofilachia e nomopoiesi per il gran ritorno dell'imperizia lieve*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 1, 359 ss., il quale condivide la soluzione fatta propria dalla sentenza, dissentendo però dal «metodo» con cui vi perviene. Analogamente ROIATI, *Il compromesso interpretativo praeter legem delle Sezioni unite in soccorso del nuovo art. 590-sexies c.p.*, in *questa Rivista*, 2018, 2, 426.

⁷³ CUPELLI, *L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni unite: un'interpretazione 'costituzionalmente conforme' dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in *Cass. pen.*, 2018, 5, 1483 ss.

⁷⁴ PIRAS, *Un distillato di nomofilachia: l'imperizia lieve intrinseca quale causa di non punibilità del medico*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20 aprile 2018, 10. Di «attività analogica *in malam partem*» parla anche CAPUTO, *Le Sezioni Unite*, cit., 361.

⁷⁵ Così BLAIOTTA, *Niente resurrezioni, per favore. A proposito di S.U. Mariotti in tema di responsabilità medica*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 28 maggio 2018, 2 e 7, fortemente critico nei confronti della sentenza Mariotti. Anche CAPUTO, *Le Sezioni Unite*, cit., 361 evidenzia la pericolosità dell'esercizio ermeneutico in discorso e il suo porsi in tensione con i principi di riserva di legge e soggezione a quest'ultima del giudice. Di «opera creativa di una norma che non esisteva» parla anche BRUSCO, *Responsabilità medica penale: le Sezioni Unite applicano le regole sulla responsabilità civile del prestatore d'opera*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 5, 650, ritenendo però che si tratti di una conseguenza inevitabile della inadeguatezza legislativa e ravvisando l'unico rischio nella mutevolezza delle interpretazioni giurisprudenziali. In generale, sulla questione della attività “creativa” delle norme penali ad opera del giudice, v. TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico. Riflessioni su Cesare Beccaria e l'interpretazione della legge penale 250 anni dopo*, in *questa Rivista (web)*, 2017, 1, spec. 20 ss.

⁷⁶ Ancora CUPELLI, *L'art. 590-sexies c.p.*, cit., 1485, n. 20.

versione particolarmente rigida» del principio di separazione dei poteri⁷⁷, deve considerarsi particolarmente stringente il vincolo alla *littera legis* a la *narrow reading*⁷⁸.

Entrambe le vicende si caratterizzano, invero, per un “difetto” della *littera legis* connotata, nel caso del nuovo art. 590-*sexies* c.p., da una formulazione quantomeno infelice⁷⁹, alla quale, secondo alcuni, solo la Corte costituzionale avrebbe potuto porre rimedio⁸⁰; nel caso della normativa in materia di stampa, da un innegabile anacronismo, che solo il legislatore però, per quanto discutibilmente inerte sul punto⁸¹, può superare⁸².

⁷⁷ Cfr. Corte cost., 23 novembre 2016-26 gennaio 2017, n. 24, in *Giur. cost.*, 2017, 1, 176.

⁷⁸ In questi termini MANES, *Dalla “fatispecie” al “precedente”: appunti di “deontologia ermeneutica”*, in *Cass. pen.*, 2018, 6, 2227: quando si supera il senso letterale, «è possibile che l'interpretazione sia sbagliata, è probabile che essa non sia prevedibile, ed è certo che non sia legittima». Secondo TRAPANI, *Creazione giudiziale*, cit., 18 ss., l'esigenza di una interpretazione strettamente letterale si ricava altresì dalla natura eccezionale delle norme penali incriminatrici, in quanto eccezioni alla regola generale della inviolabilità della libertà personale (art. 13, primo comma, Cost.), per cui dovrebbe logicamente escludersi, prima che l'interpretazione analogica, la stessa interpretazione estensiva. Anche dall'art. 7 C.E.D.U. si ricava il principio per cui il diritto penale «*must not be extensively construed to the detriment of an accused*», rappresentando il divieto di analogia solo un esempio di tale principio (v., di recente, Corte EDU, Sez. III, 17 ottobre 2017, Navalnyy c. Russia, ric. n. 101/15, par. 54). Nel senso invece che non possa vietarsi un «inevitabile spazio d'interpretazione estensiva», DONINI, *Europeismo giudiziario*, cit., 113. Contro un divieto di interpretazione estensiva si esprime anche MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., 105.

⁷⁹ RISICATO, *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 7 giugno 2017 ha subito evidenziato il carattere ossimorico e il difetto di congruenza dell'art. 590-*sexies* c.p. *Tranchant* i giudizi di LUPO, *Le Sezioni unite della Cassazione sulla responsabilità penale del sanitario: la nuova disciplina è meno favorevole di quella precedente*, in *Diritto e salute*, 2018, 2, 38: la disposizione è «scritta così male da avere un contenuto per nulla chiaro»; e di PIRAS, *Imperitia sine culpa non datur. A proposito del nuovo art. 590 sexies c.p.*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 1 marzo 2017: l'art. 590-*sexies* c.p. «nasce affetto da schizofrenia... neonatale». Di «*rebus*» parla CUPELLI, *L'art. 590-*sexies* c.p.*, cit., 1474; di «dato letterale estremamente complesso, quasi enigmatico» e «norma imperscrutabile», CALETTI, MATTHEUDAKIS, *La Cassazione e il grado della colpa penale del sanitario dopo la riforma “Gelli-Bianco”*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 10, 1371.

⁸⁰ V. la requisitoria del Sostituto Procuratore generale presso la Corte di cassazione Baldi all'udienza del 21 dicembre 2017, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 22 dicembre 2017, 6: «L'interpretazione giurisprudenziale orientata al rispetto della Costituzione non può fare miracoli, non può arrivare a coprire tutto, soprattutto quando la lettera della legge si presenti ostile». Condivide la soluzione in parola CAPUTO, *Le Sezioni Unite*, cit., 362.

⁸¹ La «colpevole inerzia del legislatore» è il dato da cui muove Cass., Sez. un., 29 gennaio 2015, n. 31022, Sallusti e Fazzo, cit., 3449.

⁸² Così già MASSARO, *La responsabilità colposa*, cit., 43. Anche CORRIAS LUCENTE, *Le testate telematiche*, cit., 1052, pur concordando sul carattere squilibrato della normativa settoriale, dubita che il rimedio possano essere «sentenze ardite».

4. “Esigibilità” del controllo preventivo da parte del direttore della testata telematica.

Richiamandosi alle motivazioni della sentenza *Sallusti* delle Sezioni unite, in particolare alla nozione figurata di stampa e ai suoi requisiti di struttura e scopi dell’informazione, la decisione qui in commento riconduce quindi esplicitamente e direttamente la testata giornalistica telematica all’art. 1 della l. n. 47 del 1948, con conseguente possibilità per il direttore della stessa di essere chiamato a rispondere per omesso controllo *ex art. 57 c.p.* Anche in questo caso si precisa che si tratta di mera interpretazione evolutiva, non già di analogia, giustificata dalla violazione del principio di uguaglianza cui darebbe altrimenti luogo una differenziazione del regime applicabile al giornale *online* rispetto a quello cartaceo. A differenza però della sentenza delle Sezioni unite, qui il richiamo all’art. 3 Cost. si pone immediatamente e direttamente come fondamento per un ampliamento della sfera di rilevanza penale: sembra assistersi cioè ad un capovolgimento della direzione del principio di uguaglianza, un’inversione di senso del medesimo, per cui la riscontrata disparità tra situazioni ritenute omogenee non è più rimediata tramite una assimilazione *in bonam*, bensì *in malam partem*⁸³.

Così aggirato il primo “ostacolo” che, secondo l’orientamento tradizionale, si frapponeva all’annoverabilità del direttore del giornale *online* fra i soggetti responsabili *ex art. 57 c.p.*, resta da considerare il secondo argomento su cui faceva leva il precedente orientamento contrario, fondato sulla interattività della rete: a fronte della impossibilità di impedire la pubblicazione da parte degli utenti di commenti diffamatori, l’applicazione dell’art. 57 c.p. si tradurrebbe nella pretesa di una condotta impossibile ovvero in una responsabilità automatica ed oggettiva⁸⁴. Si tratta di un profilo che, come si è visto, le stesse Sezioni unite del 2015 non avevano omesso di considerare, precisando che le responsabilità (e le garanzie), previste per la stampa dalle norme di rango ordinario (e costituzionale), possono riferirsi unicamente ai contenuti redazionali, non anche a quanto inserito direttamente dai lettori estranei alla redazione⁸⁵.

⁸³ Il riferimento è a PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 526-527, a proposito delle questioni di legittimità costituzionale *in malam partem* per pretesa contrarietà all’art. 3 Cost.

⁸⁴ Cfr. Cass., Sez. V, 28 ottobre 2011, n. 44126, Hamauì, cit., 1609.

⁸⁵ Prende in considerazione il profilo in parola Cass., Sez. V, 11 dicembre 2017, n. 13398, Dell’Olmo, cit., 307, ritenendo che l’articolo, pur anonimo, debba qualificarsi come contenuto redazionale, con conseguente possibilità di esercizio di un preventivo controllo da parte del direttore quanto al contenuto dello stesso.

Al riguardo occorre considerare anche il progetto di riforma dell'art. 57 c.p.⁸⁶ il quale, nell'estendere il novero dei soggetti responsabili a ricomprendere anche direttore o vicedirettore della testata giornalistica radiofonica, televisiva ed *online* registrata, limita la responsabilità «ai contenuti prodotti, pubblicati, trasmessi o messi in rete dalle stesse redazioni». Si potrebbe dire quindi che la soluzione fatta propria dalla giurisprudenza più recente, in un certo senso, “anticipi” quella che dovrebbe essere la nuova normativa, salva però una differenza di non poco momento: con il “nuovo” art. 57 c.p., infatti, si introduce (*rectius*: dovrebbe introdursi) altresì la possibilità, sempre limitatamente ai contenuti redazionali, di delegare le funzioni di controllo; con riferimento all'attuale art. 57 c.p. – che secondo le decisioni qui in discorso deve oggi applicarsi anche alla testata telematica – una giurisprudenza granitica esclude invece del tutto l'istituto della delega di funzioni, competendo in via esclusiva al direttore responsabile il controllo sul contenuto del periodico unitariamente considerato⁸⁷. Il ricorso alla delega, invece, soprattutto nei casi di aziende giornalistiche di grandi dimensioni e a breve periodicità (si pensi ai quotidiani nazionali), rappresenta sempre più una soluzione necessitata se si vuole evitare il rischio di forme di responsabilità oggettiva del direttore, risultando per contro il suo rifiuto «acritico e concettualistico»⁸⁸.

Si tratta, invero, di uno dei molteplici profili di criticità che connotano le applicazioni giurisprudenziali dell'art. 57 c.p., le quali sembrano imputare al direttore del periodico un illecito privo di un effettivo coefficiente soggettivo⁸⁹, finendo per sanzionare non già un fatto ma una posizione⁹⁰. Ricorrenti sono infatti le prese di posizione che, oltre ad escludere la delega di funzioni, negano rilevanza all'effettiva organizzazione interna dell'azienda giornalistica e alle eventuali difficoltà organizzative, ritenendo del tutto priva di fondamento

⁸⁶ Art. 2, comma 1, d.d.l. n. 1119-B.

⁸⁷ Cass., Sez. V, 27 settembre 2004, n. 46786, Graldi, in *Giur. it.*, 2005, 1703 ss., con nota di LOMBARDO, *In tema di delega delle funzioni di vigilanza del direttore responsabile*; Cass., Sez. V, 11 novembre 2009, n. 7407, Bianchi, in *Cass. pen.*, 2010, 11, 3877; Cass., Sez. V, 16 ottobre 2014, n. 51111, in *C.E.D. Cass.*, rv. 261737.

⁸⁸ MUSCO, voce *Stampa*, cit., 644-645. Prendono in considerazione la delega delle funzioni di controllo da parte del direttore, pur con alcune perplessità, anche FIANDACA, *È «ripartibile» la responsabilità penale del direttore di stampa periodica?*, in *Foro it.*, 1983, I, 572-573 e GROSSO, voce *Stampa. II) Disposizioni penali sulla stampa*, in *Enc. giur.*, vol. XXXIV, Roma, 1993, 5-6.

⁸⁹ FALCINELLI, *Ipsè dixit: si stampi!*, in *Giur. it.*, 2005, 2391-2392; MASSARO, *La responsabilità colposa*, cit., 16 ss.

⁹⁰ MAGRO, *La responsabilità del direttore di stampa periodica e il problema della determinazione della condotta tipica nei reati omissivi*, in *Cass. pen.*, 1992, 5, 1240. L'Autrice denuncia una inversione metodologica nell'accertamento del reato: «la colpa si presume, ed è implicita nell'omissione, l'omissione è implicita nella verifica dell'evento-reato, la verifica dell'evento non si fonda su un nesso di derivazione di tipo causale».

ogni questione relativa alla “esigibilità” del controllo⁹¹. Si è invece evidenziato come, se non si vuole «sopraspedere al rispetto dei più elementari criteri della responsabilità colposa»⁹², è alle caratteristiche e dimensioni dell’azienda giornalistica che deve guardarsi nel riempire di contenuti il concetto di “controllo” richiesto al direttore⁹³, valorizzandosi soprattutto il profilo dell’adempimento, da parte del direttore, dell’obbligo di “corretta organizzazione”⁹⁴.

Proprio le caratteristiche del giornale telematico rendono fondato il timore che, in questo specifico contesto, gli accennati rischi di degradare la colpa da fondamento della responsabilità a mera etichetta siano ancora più significativi⁹⁵, anche laddove la responsabilità sia circoscritta ai soli contenuti redazionali. Non può trascurarsi come l’essenza stessa del periodico *online* risieda in un’esigenza di aggiornamento costante e immediato delle notizie⁹⁶: ove si richiedesse al direttore, specie di una testata di livello nazionale, la lettura diretta e personale di tutto il materiale pubblicato e di accertarne personalmente la veridicità, egli, ancor più dell’omologo “cartaceo”, potrebbe finire col rispondere «per ciò solo»⁹⁷. Se davvero, come la più recente giurisprudenza sembra ormai ritenere, anche la testata telematica rientra nel concetto penalistico di stampa, ne esce rafforzata l’esigenza di strumenti di ripartizione delle funzioni di controllo, nonché di una lettura dell’art. 57 c.p. autenticamente rispondente al principio di personalità della responsabilità penale.

⁹¹ Cass., Sez. V, 20 giugno 2007, n. 31491, Marchesini, in *C.E.D. Cass.*, rv. 237579; Cass., Sez. V, 9 luglio 2008, n. 33472, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 7, 885 ss., con nota di MINO, *Responsabilità penale del direttore del giornale ed “esigibilità” del controllo*, Cass., Sez. V, 2 maggio 2016, n. 42309, in *Dejure*.

⁹² L’espressione è ripresa da FIANDACA, *È «ripartibile» la responsabilità*, cit., 571.

⁹³ MUSCO, voce *Stampa*, cit., 643-644; GROSSO, voce *Stampa*, cit., 5; MASSARO, *La responsabilità colposa*, cit., 20.

⁹⁴ Ancora MASSARO, *La responsabilità colposa*, cit., 22-23; sia consentito un rinvio anche a CECCHINI, *La diffamazione. Tutela penale della reputazione e responsabilità per omesso controllo nelle offese “a mezzo stampa” e “a mezzo internet”*, in *Temi penali*, cit., 190-191.

⁹⁵ Di inesigibilità della condotta ex art. 57 c.p. da parte del direttore del giornale *online* parla MELZI D’ERIL, *Contrordine compagni*, cit., 12.

⁹⁶ Come sottolinea PAOLONI, *Le Sezioni unite*, cit., 3477-3478. In considerazione di ciò, l’Autrice ritiene giustificato il differente trattamento di giornali cartacei e telematici: alle responsabilità previste per i primi fanno riscontro garanzie che, invece, non si estendono ai secondi, in mancanza di corrispondenti responsabilità; i maggiori margini di intervento dell’Autorità giudiziaria, inoltre, si giustificerebbero sulla base della maggiore offensività dei reati commessi sul *web*.

⁹⁷ Già PISAPIA, *La nuova disciplina della responsabilità per reati commessi a mezzo stampa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, 321, in sede di primo commento al nuovo testo dell’art. 57 c.p., introdotto dalla l. n. 127 del 1958, ammoniva circa il rischio di ripiegamenti su forme di colpa presunta conseguente ad un simile modo di intendere il «controllo necessario ad impedire».

4.1. Dalla responsabilità per omesso impedimento alla responsabilità per “omessa rimozione”?

La citata sentenza *Dell’Olmo* prende altresì in considerazione l’ipotesi in cui, in sede di merito, si accerti l’impossibilità, per il direttore, di esercitare un controllo preventivo sul contenuto di articoli postati in forma anonima sulla rivista telematica, nonostante la predisposizione delle opportune accortezze tecnico-organizzative praticabili. Anche in questo caso, precisano i Giudici di legittimità, il direttore potrebbe comunque rispondere *ex art. 57 c.p.* a fronte della permanenza sulla rivista telematica – nel caso di specie, protrattasi per oltre un anno – dell’articolo diffamatorio che egli avrebbe potuto e dovuto rimuovere⁹⁸. Al di là della circostanza per cui, nella fattispecie concreta *sub iudice*, tale obbligo di rimozione dell’articolo, acquisitane la conoscenza, gravasse sull’imputato anche in qualità di amministratore del sito su cui il giornale era pubblicato⁹⁹, l’affermazione secondo la quale la responsabilità del direttore possa delinarsi nella consueta alternativa tra art. 57 c.p. e concorso *ex art. 110 c.p.*, anche nell’ipotesi di impossibilità di un controllo preventivo, sembra destare alcune perplessità.

La giurisprudenza di merito che, contrariamente al precedente orientamento unanime delle sentenze di legittimità, aveva affermato l’applicabilità dell’art. 57 c.p. anche alle testate telematiche, confrontandosi con l’impossibilità per il direttore di impedire la pubblicazione di commenti diffamatori, aveva sostenuto l’obbligo di una verifica successiva delle inserzioni già avvenute, con eliminazione di quelle offensive. La Corte di cassazione, però, con la sentenza *Hamaui*, aveva stigmatizzato questa operazione come una indebita trasformazione della fattispecie di cui all’art. 57 c.p., con la quale si imputava al direttore una condotta diversa da quella tipizzata dal legislatore¹⁰⁰. Forse consapevole di questo precedente, la sentenza *Dell’Olmo* ha subito cura di precisare che la responsabilità *ex art. 57 c.p.* in relazione alla permanenza dell’articolo, dunque alla sua omessa rimozione, non dà luogo alla trasformazione della fattispecie. Ciò perché l’offesa alla reputazione, quando realizzata con un articolo pubblicato sul *web*, non si esaurirebbe nella sola pubblicazione, cioè nell’inserzione dello scritto nella rete telematica, ma «continua per tutto il tempo di permanenza» dello stesso: di qui la necessità di valutare il compor-

⁹⁸ Cass., Sez. V, 11 dicembre 2017, n. 13398, *Dell’Olmo*, cit., 307.

⁹⁹ Principio affermato da Cass., Sez. V, 14 luglio 2016, n. 54946, Maffei, in *Foro it.*, 2017, 4, II, 253 ss. con nota di DI CIOMMO, *Responsabilità dell’Internet hosting provider, diffamazione a mezzo Facebook e principio di tassatività della norma penale: troppa polvere sotto il tappeto*.

¹⁰⁰ Cass., Sez. V, 28 ottobre 2011, n. 44126, *Hamaui*, cit., 1609-1610.

tamento del direttore con riferimento all'uno e all'altro momento¹⁰¹. Sembrerebbero però maggiormente condivisibili le conclusioni della sentenza *Hamaui*. Per quanto concerne la configurabilità della diffamazione a mezzo internet come illecito di durata, se ne è effettivamente sostenuta la natura di reato permanente¹⁰², anche se questa ricostruzione non convince del tutto. Piuttosto, sembra possa parlarsi, come a proposito dell'(allora) ingiuria realizzata con più espressioni offensive, di reato eventualmente permanente, nel quale cioè l'offesa sia fatta perdurare in concreto dall'agente, senza che ciò costituisca requisito essenziale per l'esistenza del reato: categoria della quale, tuttavia, si contesta la reale autonomia, in quanto si limita a registrare un dato meramente fenomenico¹⁰³. Secondo l'opinione comune il reato permanente presuppone, almeno di regola, un bene comprimibile, capace di ritornare integro al cessare dell'offesa il cui protrarsi, a sua volta, è dovuto alla perdurante condotta volontaria del soggetto attivo; non può invece aversi reato permanente laddove il bene sia suscettibile solo di distruzione o diminuzione, mentre non rileva la sua natura di bene materiale o immateriale¹⁰⁴. Quale che sia la nozione di reputazione dalla quale si prendano le mosse¹⁰⁵, non sembra possa predicarsene la possibilità di compressione e successiva riespansione: in particolare, sia che si parli di messa in pericolo dell'opinione che gli altri hanno del soggetto diffamato, sia di effettiva lesione del "rapporto di riconoscimento" o dell'onore come "bene personalistico costituzionalmente orientato", il periodo di tempo nel quale l'articolo diffamatorio sia rimasto in rete, che identificherebbe la "durata del reato", non coincide con la "durata del

¹⁰¹ Cass., Sez. V, 11 dicembre 2017, n. 13398, Dell'Olmo, cit., 307-308.

¹⁰² In questo senso BUFFA, *Responsabilità del gestore del sito Internet. Nota a margine della sentenza di Cassazione n. 54946*, in *www.questionegiustizia.it*, 9 gennaio 2017. Già PADOVANI, *Il momento consumativo*, cit., 829 non escludeva la possibilità di qualificare la diffamazione a mezzo stampa come reato permanente, quando la pubblicazione assumesse la forma della esposizione, consistente nella esibizione del testo in luogo pubblico o aperto al pubblico.

¹⁰³ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 428; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Bologna, 2019, 215.

¹⁰⁴ È la posizione risalente a CAMPUS, *Studio sul reato permanente*, Sassari, 1902, 25, il quale identificava la permanenza nello «stato di compressione del diritto». Individuano un tratto caratterizzante del reato permanente nella possibilità di compressione del bene tutelato GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, vol. II, *La struttura della fattispecie legale oggettiva*, II ed., Milano, 1950, 202; BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, XI ed., Padova, 1982, 551; RAMPIONI, voce *Reato permanente*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1987, 857; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 427; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 213.

¹⁰⁵ Per una sintesi delle diverse teorie elaborate in ordine alla nozione di onore quale oggetto di tutela penale, nonché per i necessari riferimenti bibliografici, sia consentito rinviare a CECCHINI, *La diffamazione*, cit., 170 ss.

danno” (potenziale o effettivo), come appunto avviene nei reati permanenti¹⁰⁶. Nell’ipotesi di diffamazione semplice, d’altra parte, in caso di divulgazione dell’esternazione offensiva in momenti successivi, il reato si consuma con la percezione da parte della seconda persona, rilevando le successive ai fini della gravità del reato *ex art.* 133 c.p.¹⁰⁷.

Per altro verso, occorre considerare che il momento consumativo della fattispecie di cui all’art. 57 c.p. coincide con la commissione di un reato col mezzo della stampa¹⁰⁸. Ammesso – e non concesso – che la disposizione si applichi anche al periodico telematico, ci si deve quindi chiedere quando possa ritenersi commesso il reato di diffamazione a mezzo internet. Secondo la prevalente giurisprudenza la diffamazione, che è reato di evento, si consuma nel momento in cui i terzi percepiscono l’esternazione offensiva e, nel caso di immissione di quest’ultima in un sito *web*, nel momento in cui sia attivato il collegamento¹⁰⁹; quando però il sito in questione sia, per sua natura, destinato ad essere normalmente visionato in tempi assai ravvicinati da un numero indeterminato di soggetti, come appunto un giornale telematico, il requisito della comunicazione con più persone si presume¹¹⁰. Con l’inserimento in rete del contenuto diffamatorio, pertanto, il reato può considerarsi commesso¹¹¹ e la fattispecie di cui all’art. 57 c.p. – ove, si ripete, applicabile – consumata. Ciò trova altresì conferma nel comportamento che si esige dal direttore, consistente nel «controllo necessario ad impedire che col mezzo della pubblicazione siano commessi reati»: e tale è il controllo che, ove effettuato, avrebbe evitato il verificarsi dell’evento – cioè la commissione del reato a mezzo stampa

¹⁰⁶ Il riferimento è a CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova, 1933, 251, n. 1.

¹⁰⁷ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, XVI ed. a cura di Grosso, Milano, 2016, 258; SPASARI, voce *Diffamazione e ingiuria (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, 486; STRACUSANO, voce *Ingiuria e diffamazione*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, 42; BISORI, *I delitti contro l’onore*, cit., 78; PACILEO, PETRINI, *Reati contro la persona*, cit., 65.

¹⁰⁸ PADOVANI, *Il momento consumativo*, cit., 800 ss. avverte sull’esigenza di tener concettualmente distinti i due problemi, pur innegabilmente connessi, del momento consumativo del reato del direttore e del reato commesso a mezzo stampa.

¹⁰⁹ Cass., Sez. V, 29 maggio 2015, n. 38099, in *D&G*, 2015, 21 settembre: ne consegue, ai fini della tempestività della querela, se non una assoluta contestualità tra immissione in rete e cognizione da parte del diffamato, almeno una loro prossimità temporale, salvo che l’offeso non dimostri il contrario.

¹¹⁰ Cass., Sez. V, 4 aprile 2008, n. 16262, in *Cass. pen.*, 2009, 4, 1545; in senso analogo, con riferimento a registri per natura destinati ad essere normalmente visionati da più persone, Cass., Sez. V, 6 luglio 2015, n. 3963, in *C.E.D. Cass.*, rv. 265815. Sul punto PACILEO, PETRINI, *Reati contro la persona*, cit., 99 ss.

¹¹¹ Allo stesso modo per cui nella diffamazione a mezzo stampa il *tempus commissi delicti* si individua nella prima diffusione, intesa come distribuzione al pubblico: PADOVANI, *Il momento consumativo*, cit., 830.

- secondo le cadenze proprie della causalità omissiva¹¹².

Commesso il reato con la pubblicazione del contenuto diffamatorio rispetto al quale non sia configurabile un controllo preventivo, non può quindi più farsi questione di responsabilità *ex art. 57 c.p.* per successiva mancata rimozione, ma, eventualmente, solo di responsabilità “*ex post*”¹¹³ per un reato già commesso; quest’ultima, tuttavia, in mancanza di un’apposita fattispecie, può configurarsi solo a titolo di concorso e presuppone il dolo in capo al direttore (come appunto affermato dalla sentenza *Maffeis* a proposito del gestore del sito internet¹¹⁴). Viene qui in rilievo, infatti, quella che è la funzione propria dell’art. 57 c.p., il *quid novi* che apporta al sistema. Posto che un obbligo di impedimento rilevante ai sensi dell’art. 40, secondo comma, c.p. potrebbe configurarsi in capo al direttore, a fronte del complesso di poteri attribuitigli dalla legge e dal contratto, anche laddove non vi fosse la disposizione codicistica, quest’ultima consente di affermarne la responsabilità al di là di quanto si ricaverebbe già dai principi generali: quando cioè l’omesso impedimento sia colposo e il reato a mezzo stampa, come la diffamazione, sia previsto nella sola forma dolosa¹¹⁵. Solo l’introduzione di una fattispecie *ad hoc*, di responsabilità per omesso controllo “successivo”, consentirebbe dunque di giungere ad un simile risultato¹¹⁶. Si spiega altresì perché le Sezioni unite, nell’estendere al direttore del giornale telematico la responsabilità *ex art. 57 c.p.*, l’abbiano circoscritta ai soli contenuti redazionali e perché altrettanto sia previsto dal progetto di riforma della norma in parola.

5. “Prevedibilità” della responsabilità per omesso controllo.

Tanto la pronuncia in commento, quanto la sentenza *Dell’Olmo*, come si è accennato in apertura, affermano la responsabilità del direttore del periodico telematico per omesso controllo *ex art. 57 c.p.*, sulla base del “nuovo” concetto di stampa elaborato dalle Sezioni unite, con riferimento però a fatti antecedenti al pronunciamento di queste ultime. Dal momento che, se nei casi

¹¹² MASSARO, *La responsabilità colposa*, cit., 27.

¹¹³ Si riprende qui la distinzione tracciata, a proposito della responsabilità dell’ISP, da BARTOLI, *Brevi considerazioni*, cit., 602 e 605.

¹¹⁴ *Retro*, n. 99.

¹¹⁵ Ancora MASSARO, *La responsabilità colposa*, cit., 30 e 36-37.

¹¹⁶ Proprio in considerazione delle peculiarità del giornale telematico, PISA, *Profili di responsabilità*, cit., 466 propone, *de iure condendo*, l’introduzione di un modello di controllo “flessibile”, che differenzi fra contenuti presentati alla redazione e contenuti immessi in via immediata: solo per i primi potrebbe configurarsi un controllo *ex ante* come quello di cui all’art. 57 c.p., mentre per i secondi dovrebbe prevedersi un obbligo di tempestiva rimozione in caso di rilevanza penale degli stessi, sulla falsariga di quanto previsto per l’ISP dal d.lgs. n. 70 del 2003.

concreti non si è giunti a conseguenze sanzionatorie penali, ciò è dovuto unicamente alle contingenze degli stessi – prescrizione nell’uno, ricorso ai soli effetti civili nell’altro –, la questione dell’applicabilità dell’art. 57 c.p. al giornale *online* assume rilievo anche sotto l’ulteriore profilo del principio della prevedibilità dell’esito giudiziario, nel quale finisce per condensarsi la garanzia della legalità europea¹¹⁷ e per risolversi la stessa determinatezza/tassatività “nostrana”¹¹⁸. D’altra parte, la nota sentenza *Contrada*¹¹⁹ ha ribadito che dall’art. 7 C.E.D.U. discende, quale garanzia ulteriore, il diritto dell’individuo a non vedersi *ex post* sorpreso da estensioni interpretative non prevedibili *ex ante*¹²⁰. Perché il principio sia compiutamente osservato, occorre che la disposizione sia chiaramente formulata e non estensibile a casi dalla stessa non contemplati; che il giudice non ecceda nell’esercizio dei suoi poteri interpretativi; che ogni “nuova interpretazione” non sia applicata a fatti antecedenti alla sua formulazione¹²¹. Quanto alla responsabilità per omesso controllo del direttore, la disposizione può considerarsi sufficientemente – forse eccessivamente – precisa quanto ad ambito applicativo (“stampa” ex art. 1 della legge n. 47 del 1948): occorre dunque considerare gli altri due piani.

Riprendendo la classificazione delle tipologie di illecito giurisprudenziale, come si ricava dalla giurisprudenza della Corte EDU, in originario e deriva-

¹¹⁷ DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell’interpretazione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2013, 1, 163 e 175. EAD., *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, *ivi*, 2015, 2, 16 sottolinea però come, con il passaggio dal piano dei meri obiettivi a quello dei veri e propri principi, la nozione risulti problematica.

¹¹⁸ MASSARO, *La risposta della Corte costituzionale alla (prima) sentenza Taricco tra sillogismi incompiuti e quesiti retorici*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 7 marzo 2017, 18; il profilo della determinatezza/tassatività è quello meno problematico nelle intersezioni tra legalità nazionale e legalità convenzionale: EAD., *Dalle criticità del diritto penale nazionale a quelle del “diritto penale europeo”: chi è causa del suo mal pianga se stesso? Riflessioni su Taricco e dintorni*, in *questa Rivista (web)*, 2017, 3, 13. Definisce la prevedibilità dell’esito giudiziario quale «equivalente funzionale» della tassatività DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo*, cit., 15. Tassatività delle incriminazioni che, a sua volta, si ricollega direttamente al principio generale della inviolabilità della libertà personale: così TRAPANI, *Creazione giudiziale*, cit., 18.

¹¹⁹ Corte EDU, Sez. IV, 14 aprile 2015, *Contrada* c. Italia, ric. n. 66655/13, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1, 333 ss. con nota di DONINI, *Il Caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*.

¹²⁰ VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 19 dicembre 2016, 14, cui si rimanda anche per l’individuazione dei fondamenti costituzionali e convenzionali del principio, inteso in una accezione ampia come prevedibilità della condanna, dell’inflizione e della concreta esecuzione della pena (p. 3 ss.).

¹²¹ In questi termini LAURITO, *Il rapporto fra il principio di determinatezza e il precedente vincolante. Considerazioni sui limiti costituzionali all’interpretazione della Corte di Giustizia dell’Unione Europea a margine del caso Taricco*, in *questa Rivista (web)*, 2017, 2, 22-23.

to¹²², quanto detto in precedenza circa la natura analogica *in malam partem* dell'interpretazione del termine "stampa" fatta propria dalle Sezioni unite e ribadita dalla sentenza in commento, dovrebbe far propendere per la riconduzione del caso in parola alla prima tipologia, analogamente a quanto sostenuto per le sorti delle onde elettromagnetiche nel reato di getto pericoloso di cose: un contrasto con gli artt. 25, secondo comma, Cost. e 7 C.E.D.U., dunque, cui neppure la garanzia della irretroattività potrebbe rimediare¹²³. Preso atto però che quell'operazione ermeneutica viene qualificata come estensione evolutiva¹²⁴ e sembra affermarsi in seno alla giurisprudenza di legittimità, occorre individuare dei meccanismi di adeguamento ai principi ricavabili dalla sentenza *Conrada*, delle garanzie che risultano tanto più necessarie, quanto più il caso della responsabilità per omesso controllo del direttore del periodico telematico si differenzia da quello del concorso esterno in associazione mafiosa. Rispetto a quest'ultimo, infatti, si è dubitato che la situazione censurata dai Giudici di Strasburgo potesse definirsi di vera e propria imprevedibilità, trattandosi piuttosto di mera incertezza applicativa dovuta a contrasti sincronici nella giurisprudenza di legittimità¹²⁵. La sentenza *Sallusti* del 2015, invece, ha rappresentato un vero e proprio «improvviso e netto *revirement* giurisprudenziale sfavorevole»¹²⁶ in punto di responsabilità *ex art. 57 c.p.*, rispetto

¹²² DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2016, 3, 30; nella prima tipologia rientra l'illecito analogico-creativo, la seconda attiene all'applicazione retroattiva.

¹²³ *Ibid.*, 24 e 31.

¹²⁴ Sottolinea come sia comunque rimesso al giudice qualificare un certo risultato interpretativo come analogia, vietata, o interpretazione estensiva - ritenuta - ammessa, eventualmente a seconda del risultato pratico cui si intenda pervenire, TRAPANI, *Creazione giudiziale*, cit., 20, n. 45. Sui rimedi al mascheramento, da parte della giurisprudenza di legittimità, dell'interpretazione sostanzialmente analogica come estensiva, v. MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., 107-108.

¹²⁵ PALAZZO, *La sentenza Conrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 9, 1063; DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo*, cit., 16-17 evidenzia il difetto di coerenza e omogeneità nella giurisprudenza europea che emerge dal raffronto fra la sentenza *Conrada* e il precedente con cui si è esclusa la violazione dell'art. 7 C.E.D.U. a fronte dell'*overruling* in materia di rapporti sessuali non consensuali con la moglie (Corte EDU, 22 novembre 1995, S.W. c. Regno Unito, ric. n. 20166/92); VIGANÒ, *Strasburgo ha deciso, la causa è finita: la Cassazione chiude il caso Conrada*, in www.penalecontemporaneo.it, 26 settembre 2017; AMARELLI, *Legalità costituzionale, legalità convenzionale e diritto giurisprudenziale*, in www.criminaljusticenetwork.eu, 16 novembre 2018, 10-11. Per altro verso, rileva MANNA, *La sentenza Conrada ed i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?*, in *Il principio di stretta legalità tra giurisprudenza nazionale e comunitaria*, a cura di Manna, Pisa, 2016, 101 come neppure gli interventi delle Sezioni unite abbiano sufficientemente garantito il requisito della prevedibilità. *Amplius* sul punto ID., *Il difficile dialogo fra Corti Europee e Corti Nazionali nel diritto penale: analisi di due casi problematici (Taricco e Conrada)*, in *questa Rivista (web)*, 2016, 3, 13 ss.

¹²⁶ Si utilizza qui l'espressione con cui PALAZZO, *La sentenza Conrada*, cit., 1063 individua la situazione - contrapposta alla semplice incertezza applicativa - per la quale «un argine, una garanzia è assoluta».

all'unanime precedente orientamento della stessa Cassazione: sulla base di quest'ultimo la fattispecie poteva ritenersi penalmente irrilevante, risultando all'opposto incriminata *ex post*¹²⁷. Come garantire, quindi, i diritti fondamentali rispetto ai fatti antecedenti il *revirement*? Il problema, peraltro, non è limitato alla responsabilità del direttore, ma concerne anche quella dell'autore dello scritto *online* ex art. 13 della legge sulla stampa, nonché l'ambito applicativo della fattispecie di stampa clandestina.

Una prima strada potrebbe consistere nell'applicazione del divieto di retroattività *in malam partem* al mutamento giurisprudenziale ampliativo della sfera di rilevanza penale, rispetto al precedente indirizzo consolidato, quand'anche si tratti di interpretazione meramente estensiva¹²⁸. Si tratterebbe di un ampliamento delle garanzie, risultante dalla intersezione tra legalità costituzionale e legalità convenzionale¹²⁹ o, ancor prima, di piena esplicazione della "concretezza" del principio di irretroattività¹³⁰. In altri termini, ci troviamo di fronte ad un caso sempre escluso precedentemente e ora considerato penalmente tipico: di qui la soggezione del mutamento alla regola della irretroattività, trattan-

mente necessaria».

¹²⁷ È questa una delle ipotesi che danno luogo a veri problemi rispetto al principio della prevedibilità della qualificazione giuridica di un fatto come un determinato reato: DONINI, *Il Caso Contrada*, cit., 360.

¹²⁸ DONINI, *Europeismo giudiziario*, cit., 115; MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente"*, cit., 2242 e 2245: dalla prevedibilità della qualificazione di un certo comportamento come uno specifico reato derivano il diritto del singolo alla conoscibilità della materia del divieto e il corrispondente dovere dello Stato di non punire retroattivamente quel comportamento. Nel senso dell'estensione del principio di irretroattività ex art. 2 c.p. alle svolte giurisprudenziali imprevedibili, sulla base della giurisprudenza europea, CADOPPI, voce *Giurisprudenza e diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., Torino, 2016, 423. Anche BARTOLI, *Legalità europea versus legalità nazionale? Un tentativo di possibile integrazione*, in *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, a cura di Paliero, Moccia, De Francesco, Insolera, Pelissero, Rampioni, Riscato, Napoli, 2016, 267 invoca il principio di irretroattività del mutamento giurisprudenziale *in malam partem* e il meccanismo del *prospective overruling*, in senso analogo AMARELLI, *Legalità costituzionale*, cit., 10.

¹²⁹ In questo senso FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 83; VOGLIOTTI, voce *Legalità*, in *Enc. dir.*, Annali VI, Milano, 2013, 417.

¹³⁰ GALLO, *Diritto penale italiano*, cit., 445: un «improvviso, non preannunciato, mutamento di giurisprudenza, per effetto del quale viene considerato illecito un comportamento fino a quel momento penalmente irrilevante» pone «in tutta la sua cogenza logico-giuridica», un «problema di irretroattività della regola incriminatrice». Anche FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 421, d'altra parte, considerano in questi casi violato nella sostanza il principio di non retroattività delle incriminazioni. Nel senso della «inevitabile "retroattività" della norma incriminatrice rispetto alla commissione del fatto oggetto del giudizio», TRAPANI, *Creazione giudiziale*, cit., 45: di qui la necessità di «una nuova lettura [...] del principio [...] di "irretroattività" delle (nuove) incriminazioni, in modo da "ampliare", e non restringere, le garanzie di libertà» (su cui *infra*, n. 134). L'Autore muove dalla premessa della creazione della norma ad opera dell'attività interpretativa del giudice, prima della quale il testo di legge contiene «mere "aspettative di norme"» (p. 29; corsivi dell'Autore).

dosi di *novum* peggiorativo¹³¹.

Ove si ritenga di non poter trasporre le garanzie in materia di validità nel tempo della legge penale al diritto giurisprudenziale¹³², si tratta allora di fare applicazione dell'art. 5 c.p., strumento che consente al giudice di formulare una nuova *regula iuris* astrattamente sfavorevole per l'imputato, contrastante con il consolidato precedente orientamento, evitando però di applicarla retroattivamente all'imputato stesso¹³³. Una applicazione – finalmente – piena e coerente dell'*ignorantia legis* può infatti rappresentare una “valvola di sicurezza”¹³⁴ che consenta di soddisfare “a valle” l'esigenza di colmare lo iato fra norma applicabile e sua concreta conoscibilità¹³⁵. Occorre al riguardo prendere in considerazione il problema dell'individuazione del parametro della prevedibilità/conoscibilità¹³⁶: al fine di evitare rischi di eccessiva soggettivizzazione, quest'ultimo dovrebbe mantenersi il più possibile oggettivo, sia pur relativamente oggettivo, proprio come oggettivi “puri” o al più “misti” devono essere i criteri alla stregua dei quali valutare l'inevitabilità dell'*ignorantia legis*¹³⁷, secondo l'insegnamento della “storica” sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988¹³⁸. Se, ai sensi e fini dell'art. 5 c.p., l'errore deve essere tale per

¹³¹ DONINI, *An impossible exchange? Prove di dialogo tra civil e common lawyers su legalità, morale e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1, 23. Ritene, tuttavia, che difficilmente la giurisprudenza possa includere fra le garanzie della legalità la irretroattività della nuova incriminazione di fonte giurisprudenziale, DI GIOVINE, *Come la legalità europea*, cit., 165.

¹³² PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2016, 3, 10; si innescherebbe un cortocircuito con la legalità interna e ci si troverebbe ai limiti di un «fantadiritto», anche sulla base di quanto affermato da Corte cost., 8-12 ottobre 2012, n. 230, in *Giur. cost.*, 2012, 5, 3440 ss. con nota di MANES, *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra «diritto giurisprudenziale» e «legge»*.

¹³³ In questi termini VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità*, cit., 39-40. Sul ricorso all'art. 5 c.p. v. anche PALAZZO, *La sentenza Contrada*, cit., 1064 ss.; DI GIOVINE, *Come la legalità europea*, cit., 165; EAD., *Antiformalismo interpretativo*, cit., 18; DONINI, *Il Caso Contrada*, cit., 361 ss.; ID., *Il diritto giurisprudenziale*, cit., 32 ss. Esprime perplessità al riguardo MANNA, *La sentenza Contrada*, cit., 101 e ID., *Il difficile dialogo*, cit., 16: il ricorso all'*error iuris* potrebbe «nascondere» vizi più rilevanti, come il *vulnus* al principio di stretta legalità.

¹³⁴ TRAPANI, *Creazione giudiziale*, cit., 57: l'ignoranza sarà inevitabile, dunque scusabile, quando il giudice, con la sua interpretazione, vada «al di là» di ogni «ragionevole aspettativa» secondo il parametro «dell'uomo medio *eiusdem condicionis* (lo stesso già universalmente utilizzato per l'accertamento della «colpa» per il «fatto»); laddove invece «la «prevedibilità» di una certa «interpretazione» da parte del giudice» – che costituisce il solo contenuto della legge – trovi conferma, non potrà invocarsi l'ignoranza inevitabile, sussistendo all'opposto una *culpa iuris* (p. 54; corsivi dell'Autore).

¹³⁵ MASSARO, *La risposta della Corte costituzionale*, cit., 18-19.

¹³⁶ Per un approfondimento sul punto si rimanda a LAURITO, *Il rapporto fra il principio di determinatezza*, cit., 23 ss.: l'Autore, in particolare, distingue tre tipologie di parametro che la ragionevole prevedibilità può assumere (soggettivo-intermedio-assoluto), a seconda del referente che venga in considerazione (irretroattività sfavorevole-determinatezza-divieto di analogia).

¹³⁷ MASSARO, *Dalle criticità del diritto penale*, cit., 16-17.

¹³⁸ Corte cost., 23-24 marzo 1988, n. 364, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 2, 686 ss., con nota di PULLI-

cui ogni consociato che si fosse trovato nelle medesime condizioni dell'agente vi sarebbe incorso, salve le eventuali maggiori cognizioni dell'agente medesimo¹³⁹, può fondatamente sostenersi che prima delle Sezioni unite *Sallusti* chiunque, sulla base dei precedenti di legittimità e dell'unanime orientamento dottrinario, avrebbe ritenuto che il periodico *online* esulasse dall'ambito applicativo dell'art. 57 c.p. Non a caso, proprio l'ipotesi del mutamento della precedente consolidata interpretazione giurisprudenziale viene comunemente individuata come uno dei casi di esclusione della ignoranza colposa, quindi di inevitabilità dell'ignoranza¹⁴⁰. Anzi, la presenza di precedenti - unanimi - nella giurisprudenza di legittimità favorevoli rende il difetto di prevedibilità - quindi l'applicazione dell'art. 5 c.p. - ancora più giustificato rispetto all'ipotesi dell'assenza di precedenti¹⁴¹.

In altri termini, ferme le perplessità di ritenere, *de iure condito*, il direttore del giornale telematico responsabile per omesso controllo *ex art. 57 c.p.*, per quanto riguarda le omissioni antecedenti alla "svolta" giurisprudenziale, quella norma dovrà, per il tramite dell'art. 5 c.p., ritenersi valida ma inefficace, per tale inefficacia intendendosi un limite alla sua vincolatività per *error iuris* inevitabile¹⁴².

Il rischio per la mancata attivazione di questi rimedi interni, come avvenuto nel caso di specie e in quello precedente, potrebbe essere di andare incontro ad una nuova condanna da parte del Giudice di Strasburgo, tanto più considerando le differenze, in termini di maggior potenziale contrasto con l'art. 7 C.E.D.U., rispetto alla vicenda *Contrada*. Ciò non solo per quanto riguarda la responsabilità del direttore del periodico telematico: si pensi, di nuovo, all'autore di un articolo diffamatorio comparso esclusivamente sulla versione *online* di un giornale, che potrebbe vedersi applicata la pena della reclusione fino a sei anni (art. 13, l. n. 47 del 1948), in luogo di quella più mite prevista dal secondo e terzo comma dell'art. 595 c.p.¹⁴³.

TANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*. Sui criteri soggettivi, oggettivi e misti v. MASSARO, *Reati a movente culturale o religioso. Considerazioni in materia di ignorantia legis e coscienza dell'offesa*, Roma, 2012, 55 ss.

¹³⁹ Corte cost., 23-24 marzo 1988, n. 364, cit., 728-729.

¹⁴⁰ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 295: è questo uno dei casi di applicabilità del principio di affidamento.

¹⁴¹ VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 5 aprile 2017, 26.

¹⁴² TRAPANI, *Creazione giudiziale*, cit., 56, che fa appunto l'esempio del «profondo» mutamento interpretativo. V. anche MASSARO, *La risposta della Corte costituzionale*, cit., 18.

¹⁴³ Va altresì considerato che la Corte europea dei diritti dell'uomo, pur riconoscendo che una condanna penale per diffamazione costituisca legittima ingerenza nella libertà di espressione garantita dall'art. 10 C.E.D.U., in quanto finalizzata alla tutela dell'onore e reputazione altrui, a loro volta garantiti dall'art. 8

C.E.D.U. (Corte EDU, Sez. I, 24 gennaio 2017, Travaglio c. Italia, ric. n. 64746/14), ha tuttavia più volte ribadito che una condanna a pena detentiva possa risultare sproporzionata, anche in considerazione dell'importanza del ruolo svolto dai giornalisti (Corte EDU, Sez. II, 24 settembre 2013, Belpietro c. Italia, ric. n. 43612/10 e, più di recente, Corte EDU, Sez. I, 7 marzo 2019, Sallusti c. Italia, ric. n. 22350/13). Sul punto si rimanda a GULLO, *Diffamazione e legittimazione dell'intervento penale. Contributo a una riforma dei delitti contro l'onore*, Roma, 2013, 57 ss.