

OPINIONI A CONFRONTO

IL DIRITTO DI CRITICA GIUDIZIARIA E I SUOI LIMITI

Nota introduttiva di CRISTINA DE MAGLIE

Con la sentenza n. 2066 del 20 gennaio 2009, la quinta sezione della Corte di Cassazione ha esaminato la questione dei limiti al diritto di critica giudiziaria. La Suprema Corte ha statuito che i provvedimenti giudiziari possono essere oggetto di critica, anche aspra, in ragione della opinabilità degli argomenti che li sorreggono, ma non è lecito trasmodare in critiche virulente, concretanti il dilleggio di colui che li ha redatti.

Nel caso esaminato dalla Suprema Corte due avvocati erano stati condannati per diffamazione per aver inviato un esposto al vicepresidente del CSM, al Ministro della Giustizia ed al Presidente del Tribunale col quale definivano odiosi e disumani i provvedimenti adottati da un giudice nei confronti del loro assistito. Quest'ultimo, in stato di custodia domiciliare, aveva chiesto di presenziare alla veglia funebre del genitore defunto e di partecipare ai funerali. Il magistrato aveva autorizzato la partecipazione alle esequie, senza motivare il diniego di autorizzazione per la veglia funebre. I due legali, assolti dalla Corte d'appello di Roma, che ha ravvisato nella loro condotta un eccesso colposo nell'esercizio del diritto di critica, stante il superamento del limite della continenza per l'imprudenza dovuta allo stato emotivo, avevano chiesto al giudice di legittimità di dichiarare il loro comportamento scriminato ai sensi dell'art. 51 c.p.

La sentenza presenta numerosi spunti di riflessione. Essa pone infatti la questione di quali siano i limiti di continenza dell'esercizio del diritto di critica giudiziaria, con particolare riferimento alla posizione antagonista del difensore nei confronti del magistrato. La pronuncia inoltre contiene numerosi passaggi interessanti, in particolar modo quando respinge come "specioso" il distinguo tra critica al provvedimento e critica alla persona che lo ha emanato e quando dichiara improponibile l'estensione dei criteri di operatività del diritto di critica politica e sindacale all'ambito della critica giudiziaria, postulando una categorica diversità dei contesti. La sentenza, infine, esclude l'applicabilità dell'esimente di cui all'art. 598 c.p. alle espressioni offensive contenute in un esposto diretto all'instaurazione di un procedimento disciplinare nei confronti di un magistrato, nell'ambito del quale l'esponente non può essere considerato "parte".

Stante l'interesse della sentenza, abbiamo chiesto a Gaetano Insolera e

Luca Pistorelli di esprimere il loro punto di vista al riguardo, soffermandosi anche sui seguenti quesiti.

A) Il diritto di critica giudiziaria ha limiti di continenza più ristretti rispetto a quelli che caratterizzano le altre forme di critica, come, per esempio, la critica letteraria, politica e sindacale? E ancora: i confini della continenza che valgono per l'avvocato che critica un provvedimento giudiziario sono gli stessi che delimitano il potere di critica del magistrato – giudice o pubblico ministero – nei confronti della condotta dell'avvocato o dell'imputato?

B) Sussiste il rischio che la responsabilità penale per le affermazioni offensive usate dall'avvocato si trasformi in un limite al diritto di difesa o in uno strumento di reazione della magistratura alla critica proveniente dall'avvocatura?

C) Le critiche rivolte al provvedimento possono interpretarsi come rivolte alla persona che lo ha emanato? E se sì, in quali casi?

prof. Gaetano Insolera
Università di Bologna

1. Assumo il rischio, ma non so se il direttore del periodico vorrà condividerlo: la sentenza da cui prende spunto la rubrica "*Opinioni a confronto*" non brilla proprio per qualità argomentativa e tenuta logica.

Solo apparente è l'evocazione di alcuni tra i criteri ricorrenti in giurisprudenza a proposito del legittimo esercizio del diritto di critica giudiziaria, sotto il profilo della continenza. Ad esempio, quando riafferma che anche i provvedimenti e, più in generale, l'attività giudiziaria, sono sottoponibili a critiche, ma esse non devono essere "virulente" e concretare "dileggio". In altri passaggi la sentenza si discosta invece apertamente da indirizzi consolidati. Ciò avviene in modo a dir poco stringato. Così quando si definisce "specioso" il distinguo tra critica del provvedimento e critica al magistrato che lo ha emesso, quando si dice "improponibile" l'estensione dei criteri di operatività del diritto di critica politica e sindacale alla critica giudiziaria. Ancora quando si liquida l'ipotesi della cd. immunità giudiziale dell'art. 598 c.p.

Per fortuna non si tratta proprio di "diritto vivente"!

Ad esempio, si veda una recente decisione della stessa sezione – alla quale sono affidate di solito le questioni in tema di diffamazione – su un caso con qualche analogia¹.

¹ Cass. pen., sez. V, 16 giugno-24 settembre 2009, n. 37 442. Il caso riguardava il protrar-

Il limite della continenza è superato quando “*si trascenda in attacchi personali, diretti a colpire, sul piano individuale, senza alcuna finalità di interesse pubblico, la figura morale del soggetto criticato... La continenza formale non può equivalere a obbligo di utilizzare un linguaggio grigio ed anodino, in quanto in essa rientra il libero ricorso a parole sferzanti e pungenti.*” Secondo questa sentenza, la gravità dell’interesse pubblico coinvolto, che riguarda le conseguenze dell’operato della magistratura sulla libertà dei cittadini, influisce anche sulla valutazione della continenza espressiva.

La distinzione tra critica, anche aspra, del provvedimento e attacco alla fisionomia umana e morale dell’autore è ricorrente in giurisprudenza². Quando oggetto della critica sia il primo, assumerà rilievo anche l’altro requisito, quella di verità – cd. critica fattuale – mentre quello di continenza dovrà essere valutato alla stregua del confronto argomentato, anche, aspro e tagliente, con la decisione criticata³.

Un attacco illecito alla fedeltà professionale è individuato nella presentazione dell’operato del magistrato quale frutto di malafede, se non di complotti o strategie politiche⁴.

si della custodia in carcere in isolamento di un imputato – risultato poi estraneo ai fatti – suicidatosi. Nell’articolo giornalistico comparivano frasi del seguente tenore “... si tolse la vita ucciso da quei magistrati che lo avevano ingiustamente arrestato, dimenticandosi di lui, trattandolo, lui innocente, peggio del peggiore criminale. Chi lo tenne in carcere per più di sei mesi ha fatto carriera ed ha ancora l’autorità per arrestare altre persone, continua a disporre della libertà altrui senza pagare dazio e l’organismo di autoregolamentazione dei giudici nulla ha fatto: la casta si tutela da sola, le toghe si proteggono tra loro, non si danneggiano mai per nessun motivo ...”

² Comunque “l’art. 21 Cost., analogamente all’art. 10 CEDU, non protegge unicamente le idee favorevoli o inoffensive o indifferenti, essendo al contrario principalmente rivolto a garantire la libertà proprio delle opinioni che ‘urtano, scuotono o inquietano’, con la conseguenza che di esse non può predicarsi un controllo se non nei limiti della continenza espositiva...”. La scriminante si è così ravvisata in un caso nel quale veniva espresso un giudizio sull’operato di un pubblico ministero definendolo “sprovvéduto” ed “incauto” Cass. pen., sez. V, 21 febbraio 2007-2 luglio 2007, rv 237248.

³ Richiama questi precedenti Cerase, *Il caso Carnevale in Tribunale: dopo la critica del giudizio il giudizio sulla critica*, in Cass. pen., 1994, 1392 ss.

⁴ Vedi, tra gli altri Vitarelli, in *I delitti contro l’onore. Casi e materiali* (a cura di P. Siracusano), Torino, 2001, 207; Bevere-Cerri, *Il diritto di informazione e i diritti della persona*, Milano, 2006, 263 ss., che richiamano anche la distinzione tra figura del PM e del giudice, presente in alcune decisioni. Sull’intraccio tra requisito di continenza e di verità in caso di critiche che mettono in gioco onestà e indipendenza del giudice, interessante Trib. Milano, 12 gennaio 1987, Pres. Caimmi, in *Foro it.*, 1987, II, 612; Cass. pen., sez. feriale, 8 agosto 2006, rv. 29453; Cass. pen., sez. V, 1 luglio 2005, rv. 29509. Non ritenuta diffamatoria invece l’accusa di “subaltermità

Alla stregua della giurisprudenza dominante non sembra poi individuabile un diverso, e più limitato, ambito della libertà di critica giudiziaria rispetto ad altri oggetti. Al contrario: “*non vi è alcun motivo perché la libertà di opinione del cittadino debba arrestarsi dinanzi all’esercizio dell’attività giurisdizionale, e, anzi, più penetrante deve essere l’esercizio del diritto di critica laddove esiste un margine di discrezionalità, sia pure motivata*”⁵.

Gli orientamenti richiamati non affrontano la specificità della sentenza da cui abbiamo preso spunto. La casistica assolutamente dominante concerne infatti l’attività giornalistica. Nel nostro caso gli asserti diffamatori erano invece contenuti in un esposto redatto da legali per sollecitare un intervento disciplinare. La questione coinvolge quindi un tema più complesso. Nel quale gli spazi generali del diritto di critica giudiziaria, si intersecano con lo statuto di diritti e doveri del difensore. Ed è questa specialità del caso che chiama in gioco anche l’art. 598 c.p.

Tornerò sul tema, per ora basti notare come la conclusione della sentenza, che comunque esclude la configurabilità della causa di non punibilità in un procedimento disciplinare a carico di un magistrato “nell’ambito del quale gli esponenti non possono essere considerati ‘parti’”, appaia quanto meno affrettata⁶.

2. Non siamo quindi in presenza di una decisione che esprima orientamenti giurisprudenziali consolidati in punto critica giudiziaria. Per fortuna. Prima di cercare di rispondere ai quesiti di Cristina De Maglie, torno, in modo argomentato (cerco così di ridurre il rischio) ai punti critici della sentenza.

Si diceva, stilema giurisprudenziale solo apparentemente rispettato, quando si esclude la liceità di critiche a provvedimenti “virulente, concretanti il dileggio di colui che li ha redatti”. Anzitutto, nel fatto, come narrato in sentenza, pur con ogni sforzo, di *dileggio* non trovo traccia⁷! Ma più interessante è

psicologica” nei confronti di una famiglia ricca e potente rivolta ad un PM che aveva prestato il proprio consenso ad un patteggiamento in appello (Cass. pen., sez. V, 5 giugno 2007, n. 34432).

⁵ Vitarelli, *op. cit.*, 205; Polvani, *La diffamazione a mezzo stampa*, Padova, 1998, 200 ss.; Cerri-Bevere, *op. cit.*, 260 ss.; Cass. pen., sez. V, 6 febbraio 2007, n. 11662. l’attività del giudice non è diversa da quella di ogni altro *homo publicus*, da propiziare, quindi, tutte le critiche volte a tenere o a ricondurre il giudice nell’alveo dei suoi doveri (Cass. pen., sez. V, 23 gennaio, 1984, Franchini in *Cass. pen.*, 1985, 1539).

⁶ Sulla recente tendenza ad allargare l’ambito di operatività dell’immunità per tutti i fatti lesivi della onorabilità individuale perpetrati in ambito *lato sensu* giudiziale, cfr. Bisori, in AA.VV., *Il rischio penale del difensore* (a cura di Insolera-Zilletti), Milano, 2009, 180.

⁷ Da intendersi con Devoto e Oli quale “Derisione, scherno; atto o parola di beffa”. Ciò

ragionare dello spazio di liceità in cui è confinata la critica: “espressione di meditato pensiero, che ne filtri le istintive e facili asperità”. Questo, in termini generali, quindi anche al di fuori dell’ambito giudiziario. Quando poi il criterio è fatto trasmigrare in ambito giudiziario la sentenza svela quali interessi siano stati posti in bilanciamento. La “giammai offuscata” diversità dalla critica politica e sindacale sembra derivare da un ulteriore interesse – che si affiancherebbe alla tutela assicurata alla reputazione dal riferimento agli artt. 2 e 3 della Costituzione – di tipo funzionale. Quello alla non conflittualità della dialettica processuale “con esiti perniciosi per la serenità dei soggetti implicati e la definizione dei procedimenti trattati”. Forse senza avvedersene, la sentenza, da un lato, non considera la *ratio* dell’art. 598, che proprio sulla base di un opposto bilanciamento si sosterebbe⁸, dall’altro, propone un’ inedita valorizzazione dell’atteggiamento interiore dell’autore – il livore, il rancore – nel delineare i confini del lecito.

Dicevo, confronto argomentato con i provvedimenti, quando se ne proponga una lecita “stroncatura” (icastico sinonimo della vera critica). Ciò secondo la giurisprudenza dominante. Ma la singolarità del nostro caso sta proprio nell’assenza di motivazione del provvedimento criticato!

La conseguenza prima sarebbe dunque l’impossibilità di criticare motivatamente, di sorreggere gli strali linguistici scagliati contro la decisione. Se manca l’oggetto – “l’opinabilità degli argomenti” che sorreggono le decisioni – con cosa dovrebbe confrontarsi “il meditato pensiero” della critica? Non resterebbe che tacere.

Ma forse è proprio questo un punto centrale della questione. La mancanza di motivazione del diniego di partecipare alla veglia funebre del padre. La aggettivazione rivolta al provvedimento, certo non lusinghiera – ma ciò è scontato, ragioniamo di una scriminante – non può non investire insieme le conseguenze della decisione e il modo con cui è stata assunta: negare la partecipazione alla veglia funebre senza dare ragione del perché (ciò soprattutto avendo invece consentito quella al funerale!). La sentenza ha infine un effetto paralizzante nei confronti della stessa possibilità di sottoporre a critica l’operato

conferma le conclusioni di un gustoso saggio di due linguisti, di cui raccomandare la lettura: “Il nostro percorso tra le parole condannate dimostra che, nel lodevole intento di tutelare l’onore delle persone, si è affidata troppo spesso al diritto l’interpretazione dei testi, con pesanti risvolti in termini di libertà di espressione e di critica e con decisioni ermeneutiche che qualsiasi linguista non potrebbe che accogliere con perplessità”; cfr. Coletti - Manfredini, *Parole condannate*, in *Lingua italiana d’oggi*, IV-2007, 67 ss.

⁸ Bisori, *op. cit.*, 176 ss.

della magistratura, quando nega la distinzione tra la censura rivolta al provvedimento e quella alla persona del magistrato (nel caso deciso le critiche erano pacificamente rivolte alla decisione).

È infatti proprio su quella distinzione, da sempre ribadita dalla giurisprudenza, che corre il confine tra aggressione alla fisionomia morale, sociale e professionale, che vede cedere il diritto garantito dall'art. 21, e lecito esercizio critico nei confronti di un'attività di essenziale rilievo pubblico, caratterizzata dalla più penetrante potenzialità intrusiva nella sfera dei diritti dei cittadini. Se ogni attacco ad un provvedimento giudiziario è attacco al suo autore, anche un risoluto dissenso sulle soluzioni giuridiche si tradurrebbe in un'accusa di incompetenza o incapacità rivolta a chi le ha adottate. Una china veramente pericolosa. Che forse si arresterebbe solo di fronte alle ovattate riflessioni delle riviste giuridiche.

Sulla inapplicabilità dell'art. 598 c.p. la sentenza si allinea ad un indirizzo ribadito, anche di recente⁹. Come è noto, controversa è la natura della previsione e, conseguentemente, le soluzioni adottabili in sede applicativa¹⁰.

Nel nostro caso la questione si concentra sulla possibilità di ravvisare la fattispecie nella situazione concernente l'“atto introduttivo” di un procedimento disciplinare, mancherebbe infatti la possibilità di attribuire la qualifica di “parte” all'esponente¹¹.

Vero è tuttavia che tale posizione, da un lato, sembra smentita da altro orientamento della stessa Cassazione¹², dall'altro, è stata sottoposta a critiche

⁹ Cass. pen., sez. V, 20 febbraio 2008, n. 13549, rv 239825.

¹⁰ Per una sintesi dei diversi orientamenti, Tassinari, *Nuovi indirizzi giurisprudenziali in materia di immunità giudiziale*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 1172 ss. e Bisori, *op. cit.*, 173 ss.

¹¹ Sulle aperture giurisprudenziali recenti, in particolare, per quello che concerne l'atto di citazione nel processo civile., cfr. Bisori, *op. cit.*, 179 ss.

¹² Cass. pen., sez. V, 28 gennaio 2008, n. 6544. Si verteva in un caso di esposto indirizzato al Pubblico ministero, competente a riceverlo ex art. 148 Legge notarile, in relazione ai denunciati illeciti disciplinari. Nonostante le particolarità della procedura disciplinare a carico del notaio, la sentenza si basa su argomentazioni che hanno una portata generale e sono certamente da estendersi al procedimento disciplinare a carico di magistrati: “Quanto alla questione dell'attribuibilità all'autore dell'esposto-denuncia della qualità di parte, ai sensi dell'art. 598 c.p., questo collegio condivide le ragioni sottese alla interpretazione fatta propria dal giudice dell'appello. Essa infatti non è riconducibile esclusivamente al rapporto processuale, situazione che restringerebbe la applicazione della norma al solo ambito del processo dinanzi al giudice ordinario o al giudice amministrativo, in contrasto con la stessa disposizione di legge che la estende in generale ai procedimenti dinanzi ad una autorità amministrativa. *Quindi il concetto di parte è riferibile a chiunque sia portatore di un interesse (nel caso di specie leso dalla violazione*

ragionevoli e condivisibili¹³.

Su questo tema, qui trattato necessariamente in modo rapsodico, l'osservazione della giurisprudenza più recente sembra suggerire che si tenda ad aggirare le maglie, in vero un po' astruse e anacronistiche¹⁴ della tradizionale fattispecie codicistica di parte speciale, per dare piuttosto maggiore respiro alla scriminante generale dell'esercizio del diritto¹⁵.

3. È giunto il momento di affrontare i quesiti posti da Cristina de Maglie.

La critica giudiziaria, quanto al requisito della continenza, non dovrebbe

disciplinare), tutelato dalla legge anche in forma mediata con ricorso all'autorità giudiziaria o amministrativa, e perciò anche se si tratti, come è palese, di un interesse legittimo e non di un diritto soggettivo (c.n.)".

¹³ Cipolla, *Interpretazione evolutiva della causa di non punibilità di cui all'art. 598 c.p., in Cass. pen.*, 2004, 1610 ss. L'Autore, muovendo dai principi caratterizzanti i procedimenti amministrativi a c.d. istruttoria partecipata in base alla L. n. 241/91, riferibili ai procedimenti disciplinari, si interroga sulla ragionevolezza "della esclusione dell'istante da un beneficio che sicuramente spetta all'incolpato".

¹⁴ In questo senso Tassinari, *op. cit.*, 1175 "tenendo conto del mutamento dei rapporti fra l'assetto sostanziale dell'istituto e la sua dimensione processuale". Spunto certamente condivisibile, considerando anche l'approccio antiformalistico della Corte EDU nei confronti della nozione di materia penale riconducibile alle garanzie dell'art. 6 CEDU, così da ricomprendere, a determinate condizioni, anche l'illecito disciplinare (vedi De Vero-Panebianco, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle corti europee*, Torino, 2007, 41 ss. e, soprattutto, Nicosia, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, 46 ss.). Il procedimento disciplinare a carico di appartenenti all'ordine giudiziario di recente riformato (D. Lgs. n. 109/2006) sembra coerente con tale evoluzione nella previsione di un apparato di garanzie per l'incolpato che rimandano al c.p.p. (v. art. 14 ss. In particolare, v. artt. 15, commi 4 e 5, e 16). Che la prevista esclusione della "vittima" dal procedimento disciplinare dalla stessa eventualmente fomentato, si spinga fino alla descritta sperequazione in punto immunità giudiziale, appare, in vero, difficilmente giustificabile. Spunti in proposito si possono desumere anche da altra fonte europea (2001/220/GAI, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale). Nonostante vi siano asimmetrie, già a livello definitorio, tra le garanzie assicurate alle vittime nel procedimento penale (ex art. 1) e l'impulso dato dalla Corte EDU ad una nozione sostanziale di materia penale ex art. 6 CEDU, non possono essere dissipati i dubbi suscitati da un sistema che, anche ai limitati fini che ci interessano, sia orientato esclusivamente a favore dell'incolpato. E ciò a maggior ragione considerando che – oggi in modo forse ancora più netto in regime di tipicizzazione dell'illecito disciplinare dei magistrati – parrebbe quello disciplinare il presidio fondamentale contro l'abuso del giudice (sulla casistica, praticamente inesistente, riconducibile all'art. 323 c.p., v. Insolera-Zillettì, *Premessa in Il rischio cit.*, 10).

¹⁵ Anche in presenza di espressioni "oggettivamente aspre e polemiche", con il limite dell'"*argumentum ad hominem*". Cass. pen., sez. V, 20 febbraio 2008, n. 13549. Ma soprattutto – in tema di esposto al consiglio dell'Ordine degli avvocati – Cass. pen., sez. V, 14 luglio-23 settembre 2009, n. 38348, in *Guida al dir.*, n. 49, 2009, 97.

avere limiti generali più ristretti rispetto ad altri contesti.

L'operazione di bilanciamento dei contrapposti interessi accomuna i vari settori trovando, ovviamente, diverso svolgimento in ragione della concretezza dei casi.

Si potrebbe inoltre ipotizzare che proprio il rilievo sempre più preponderante assunto dall'intervento giudiziario nella vita politica e sociale¹⁶, comporti un rafforzamento della necessità di un controllo pubblico sull'operato della magistratura, con la conseguenza di abbandonare quelle distinzioni, che in passato, avevano giocato a sfavore di altri settori espressivi¹⁷.

Se dunque, in tutti i casi, si dovrebbero fronteggiare gli interessi desunti dall'art. 21 Cost. e quelli integrati dalla dignità e integrità morale e sociale della persona, suscita timore l'inserimento di rilievi estranei a questo perimetro¹⁸. I limiti alle critiche rivolte al potere giudiziario, più ristretti di quelli che contengono le censure rivolte, ad esempio, alla classe politica, troverebbero giustificazione nella capacità delle prime di minare la fiducia del pubblico nella giustizia.

La prospettiva non può essere condivisa. Anzitutto, in un sistema democratico un rapporto fiduciario deve riguardare anche il potere legislativo ed esecutivo¹⁹. Anche per la loro tutela potrebbe allora avere rilievo un profilo di interesse funzionale, pertinente alla diversa protezione di interessi statuali sovraindividuali, che trovano tuttavia riconoscimento in autonome incriminazioni o aggravanti (art. 290, art. 61, n. 10, lo stesso art. 595, 4° comma). Quindi non solo non ha giustificazione una diversa consistenza dei diritti fondamentali della persona (reputazione, dignità, considerazione sociale) – politico o amministratore pubblico da un lato, magistrato dall'altra – ma essa entra in conflitto con il principio di eguaglianza e di pari dignità sociale.

¹⁶ Riflessione ormai diffusa a cominciare da Garapon-Salas, *La repubblica penale*, Macerata, 1996.

¹⁷ Sulla risalente opinione che richiamava il consenso dell'avente diritto a proposito della critica politica, storica e artistica, Vitarelli, *op. cit.*, 174.

¹⁸ In questa direzione sembrerebbero spingere note posizioni della CorteEDU, si veda Spagnolo, *La corte europea dei diritti dell'uomo e il "decalogo del buon giornalista": un caso italiano al limite tra diritto alla prova e diritto di cronaca* in *Legisl. pen.*, 2004, 83 ss. In senso critico, Nicotia, *op. cit.*, 246 ss.

¹⁹ Significativa in proposito quella giurisprudenza, già richiamata, che riconduce anche la critica giudiziaria ad una essenziale espressione della democrazia politica (ad es. Cass. pen., sez. V, 6 febbraio 2007, n. 11662). Sulle derive nefaste del "giustizialismo" come alternativa alla politica, di recente, Violante, *Magistrati*, Torino, 2009.

D'altra parte, in termini generali sarebbe davvero pericoloso, per la stessa esistenza del diritto di critica, il riferimento a prospettive che esulino dalla tutela della singola persona offesa per proteggere le istituzioni e le loro funzioni: quello ad un onore "speciale" di magistrati, parlamentari, amministratori.

Pericoloso perché colpirebbe la funzione essenziale del diritto, quella di consentire un libero e informato vaglio sul concreto svolgersi anche delle funzioni pubbliche. Si potrebbe infatti addirittura sostenere che queste possono essere comunque offese, anche quando le censure siano restate nei limiti di verità, pertinenza e continenza quanto all'interesse individuale.

Ma l'insidia di un allargamento dello spettro di tutela dal singolo a ciò che rappresenta può essere più velenosa. E, con un po' di malizia, potrebbe cogliersi proprio nel differenziato apprezzamento della continenza a proposito dei magistrati.

Se occorre considerare, accanto alla reputazione individuale, anche la funzione e la fiducia in essa riposta dai cittadini, come potrà il fatto di diffamazione essere serenamente giudicato da chi si sente investito dello stesso ruolo istituzionale, da chi in definitiva in qualche modo condivide l'offesa?

Vediamo ora il problema di una simmetria della posizione dei magistrati rispetto a quella di avvocati e imputati.

Manca un riscontro nella casistica, o, quanto meno non l'ho trovato. Potrebbe essere questa una conseguenza dell'applicazione dell'art. 598 c.p., in tutte le situazioni che rientrano nei limiti, oggettivi e soggettivi, della causa di non punibilità²⁰.

L'ipotesi non riguarda i giudici che parti non sono²¹, ma a questo proposito occorre fare alcune distinzioni, limitandomi al procedimento penale.

Anzitutto in riferimento alla collocazione dell'asserto nel contesto di un provvedimento giurisdizionale. Quindi a seconda che esso si riferisca all'imputato o all'avvocato.

Nella ricostruzione del fatto, nelle sue componenti oggettive e soggettive, nel maneggio dei criteri di scelta delle sanzioni e di quelli commisurativi, il giudice si muove in un amplissimo spazio argomentativo, riconosciutogli dalle

²⁰ La questione della continenza è infatti superata in base alla opinione, oggi prevalente, che coglie nella norma una causa di non punibilità in senso stretto "i cui requisiti sono difatti costituiti da particolari circostanze esterne al fatto tipico che pur non escludendo l'illiceità del fatto, inducono il legislatore a non applicare la pena per ragioni di *opportunità*", Bisori, *op. cit.*, 177.

²¹ Vitarelli, *op. cit.*, 253.

indicazioni che l'ordinamento gli fornisce²². Se il diritto penale ha (o quanto meno dovrebbe avere) a che fare con il problema del male²³, un'affermazione di responsabilità ben difficilmente non contiene passaggi della motivazione carichi di valutazioni negative verso la persona dell'imputato. In questo contesto ritengo si esuli dal tema delle scriminanti, dell'esercizio del diritto di critica e, quindi, della continenza espressiva. Difetta la stessa tipicità del fatto, dell'"offesa" in base all'art. 595 c.p., nel momento in cui essa è funzionale ad una decisione. Che potrà essere giusta o sbagliata, bene o male argomentata, basata su erronei presupposti di fatto: evenienze a cui corrisponderanno rimedi in sede di impugnazione, ovvero, almeno c'è da augurarselo, disciplinari, in termini di responsabilità civile o addirittura penale²⁴. In via generale, come l'aiuto prestato dal difensore non è fatto tipico *ex art.* 378 c.p. scriminato dall'esercizio del diritto, quando si traduca in attività coerenti con lo statuto deontologico del difensore²⁵, alla stessa stregua la decisione e le sue motivazioni, coerenti con la stigmatizzazione morale del fatto, non devono ritenersi "offese" tipiche.

Il problema della continenza delle affermazioni del giudice non può tuttavia ritenersi così risolto. Proviamo a fare qualche ipotesi.

Evidente sproporzione tra segni linguistici utilizzati per stigmatizzare e significato del fatto e della colpevolezza che lo sorregge. Sproporzione che potrebbe derivare anche da una personale valutazione del giudice, più grave rispetto alla riprovevolezza attribuitagli dallo stesso ordinamento (ad esempio: negli ampi spazi consentiti dai criteri oggettivi e soggettivi dell'art. 133 c.p., ricorso ad espressioni fortemente aggressive della fisionomia morale e sociale dell'imputato, da parte del giudice animalista, al cospetto di violazioni non gravemente sanzionate in materia venatoria o di tutela degli animali).

Appartiene allo stesso criterio di proporzione un limite estremo che deve bandire dalle decisioni, anche quelle che riguardino i reati più gravi, l'utilizzo di espressioni che eccettuino l'imputato o il condannato dal consorzio dei soggetti titolari dei diritti e delle garanzie dello Stato di diritto. In tempi in cui

²² Il discorso vale ovviamente per altri momenti decisori incidentali nel corso del procedimento. Ad es. giudizio di riesame, misure cautelari e altri provvedimenti del Gip.

²³ Secondo l'icastica espressione di Pulitanò, *Diritto penale*, Torino, 2007, 4.

²⁴ Spunti sull'"abuso del giudice", anche in chiave comparatistica, in Insolera-Zilletti, *op. cit.*, 10.

²⁵ È la posizione di Pulitanò, *Il favoreggiamento personale tra diritto e processo penale*, Milano, 1984, 204 ss.

qualcuno parla di diritto penale del nemico, non sembri questa una prospettiva di pura fantasia.

Da considerare ancora il caso di declaratorie di estinzione del reato, penso in particolare alla prescrizione, nelle quali si trascenda dai limiti della valutazione imposta dall'art. 129, comma 2, c.p.p., per motivare l'applicazione della causa estintiva, confezionando vere e proprie sentenze di condanna nelle quali hanno ingresso i criteri dell'art. 133 c.p. al di fuori di qualsiasi esigenza commisurativa.

Nei casi prospettati, anche a proposito di provvedimenti del giudice, ritengo che una valutazione di continenza espressiva debba avere ingresso. Il fatto, sproporzionato o incoerente, rispetto all'esercizio della funzione, riassume connotazioni di tipicità *ex art. 595 c.p.* Per escluderne l'illiceità occorre che operi la scriminante dell'esercizio del diritto di libera manifestazione del pensiero, soggetto, come negli altri casi di critica, al limite della continenza.

Come giocherà questa ultima nel caso di critiche rivolte all'avvocato nel contesto di provvedimenti del giudice?

Anche a questo proposito non ricordo precedenti e provo ad ipotizzare qualche caso.

Anzitutto l'avvocato non potrà certo essere coinvolto nella stigmatizzazione, consentita (nei limiti sopra detti), a proposito dell'imputato. Comportamenti disciplinarmente o, addirittura, penalmente rilevanti, emersi a carico del difensore nel corso del procedimento potranno essere ripresi nel contesto della decisione, con il limite della loro rilevanza rispetto al caso oggetto di decisione. Ad esempio, i rilievi espressi circa l'attendibilità di un testimone potranno essere accompagnati dalla considerazione di aver segnalato al Consiglio dell'ordine il professionista per l'ipotizzata violazione dell'art. 52 Cod. deont.²⁶ Alla stessa maniera se si sia proceduto a trasmettere gli atti al Pubblico ministero per qualche ipotesi di istigazione al falso giudiziale o di violazione dell'art. 377 c.p.²⁷

Nel contesto di decisioni, un problema di continenza espressiva in relazione all'art. 595, sembra doversi porre soprattutto nel caso di critiche rivolte alle argomentazioni difensive dell'avvocato.

Una questione può porsi, ad esempio, a proposito di una linea difensiva

²⁶ "l'avvocato deve evitare di intrattenersi con i testimoni sulle circostanze oggetto del procedimento con forzature o suggestioni dirette a conseguire deposizioni compiacenti". Situazioni analoghe quelle riconducibili a violazioni dell'art. 14.

²⁷ Su questi temi rinvio ai contributi di Insolera e Zanotti, in *Il rischio penale*, cit..

che, seguendo la ricostruzione dell'imputato, proponga una versione dei fatti secondo il giudice da ritenersi falsa alla luce delle altre emergenze probatorie.

In questo caso se non riveste neppure la qualifica di fatto tipico l'attribuire la menzogna (il mentire, l'essere bugiardo) all'imputato, non altrettanto può dirsi se essa è riferita anche al suo difensore. l'obbligo di verità dell'avvocato è precisamente perimetrato dall'art. 14 Cod. deont., a cui ho già fatto cenno. Ad esso si affianca il diritto di mentire dell'imputato. Il difensore non può essere coinvolto in una stigmatizzazione eticamente negativa²⁸. E, in proposito, è sempre utile ricordare la diversità di poteri e di statuto deontologico di avvocato e pubblica accusa²⁹.

Anche in questo caso riacquisita la dimensione della tipicità, il fatto, per essere scriminato, dovrà essere vagliato in base a criteri non dissimili da quelli che, in punto continenza, operano in via generale a proposito del diritto di critica.

Pianamente essi dovranno essere utilizzati per il provvedimento del giudice che si cimenti con le considerazioni *in diritto* dell'avvocato. Il dilleggio, l'attacco personale alla figura morale e professionale dell'avvocato, l'accusa di mala fede o di infedeltà porranno un problema di continenza espressiva, escluso invece dal motivato superamento critico, se pur caustico e sferzante, dell'argomentare giuridico del difensore. Dimostrare, ad esempio, l'erroneo maneggio delle più elementari categorie dogmatiche o il mancato aggiornamento sulle più recenti evoluzioni giurisprudenziali, rientrerà nei limiti generali del diritto di critica. Discorso diverso se si ricorra ad espressioni squalificanti o non accompagnate da un' adeguata esplicitazione delle ragioni a base del giudizio o comunque di tale intensità offensiva da trascendere dal contesto di un pur agguerrito cimento professionale, per investire il senso di autostima umana del destinatario (penso al caso limite di epiteti tratti dal mondo animale. Ma, per ora, fortunatamente, non mi risultano diffusi nella letteratura giudiziaria)³⁰.

²⁸ In tema di favoreggiamento del difensore pericolosi slittamenti in questa direzione in Cass. pen., sez. I, 11 novembre - 12 febbraio 1981, in *Cass. pen.*, 1982, 940. Di recente, su quel caso, Zilletti, in *Il rischio penale*, cit., 101.

²⁹ Questione postasi all'attenzione soprattutto dopo l'entrata in vigore della disciplina delle indagini difensive. Sul punto rinvio a Insolera, "*L'innaffiatore innaffiato*", ovvero *la tutela penale delle indagini difensive*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1419ss.; Idem, *I delitti di false dichiarazioni al pubblico ministero e al difensore. Alla ricerca del bene tutelato*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 1039. Sul punto, molto chiaramente, di recente, Corte Cost., n. 184/2009.

³⁰ Esclusa la natura diffamatoria dell'epiteto "azzeccagarbugli" rivolto all'avvocato (Trib. Monza, 17 gennaio 1992, Scalfari in *Dir. inf. e informat.*, 1993, 132).

A ben vedere, è comunque questo il confine su cui deve attestarsi anche lo spazio da attribuire all'avvocato. Certo è sempre problematico il distinguo tra critica lecita al provvedimento, ancorché aspra e pungente e *argumentum ad hominem*, ma, come visto, è così che la giurisprudenza ribadisce in modo costante la propria posizione. I casi richiamati e gli esempi che ho provato a fare, tentano di rispondere all'ultimo quesito. Resta fermo che forse non vi è altra materia nella quale è altrettanto problematico individuare criteri generale e astratti. Ogni caso concreto presenta distinguo e particolarità che influenzano le soluzioni. E non è una peculiarità dei soli itinerari giurisprudenziali italiani, ma della stessa materia, come dimostra la cangiante giurisprudenza della Corte EDU su (i limiti de) la libertà di espressione!

Gli spazi della critica proveniente da giudici e pubblici ministeri possono essere affrontati unitariamente se si esamina il caso in cui essa trovi sede in un contesto extraprocedimentale e non sia inserita in un provvedimento giurisdizionale. Ma, anche in questo caso, possiamo metterci anche gli avvocati.

Questa volta il rischio che corro è quello di andare *ultra petitum*.

È chiaro, mi riferisco a quella forma di critica giudiziaria che, muovendo dai protagonisti della giustizia, si svolge però nel grande palcoscenico dei *media*.

Il tema dei rapporti tra giustizia e informazione è tra i più dibattuti³¹, mi limito solo a qualche considerazione che ci riporterà alla sentenza da cui abbiamo preso le mosse.

Magistratura, soprattutto inquirente, e *media* costituiscono due poteri che, soprattutto dallo scorcio finale del secolo scorso, sono in grado di operare con una potente sinergia, basata sullo scambio tra informazioni, da un lato, e sostegno mediatico alle inchieste, dall'altro. Una forza che ha consentito all'informazione sul procedimento penale, attraverso una mistificata interpretazione del diritto costituzionale all'informazione³², di progressivamente assottigliare i margini di salvaguardia dei diritti fondamentali delle persone coinvolte. Anche molti avvocati cedono alle lusinghe della stampa e dei processi paralleli in TV.

³¹ In argomento vi è ormai un' amplissima letteratura. Per alcuni riferimenti, Insolera, *Tutela penale del segreto e tutela delle parti processuali*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, (a cura di Dolcini-Paliero), III, Milano, 2431 ss. Assai efficace Giglioli, Cavicchioli, Fele, *Rituali di degradazione. Anatomia del processo Cusani*, Bologna, 1997.

³² Zeno Zencovich, *La libertà di espressione. Media mercato e potere nella società della informazione*, Bologna, 2004, 27 ss.

Se la prima vittima è la reputazione di indagati, testimoni, interlocutori telefonici captati, anche altri soggetti, protagonisti del grande spettacolo, invocano sempre più spesso protezione dalla macchina infernale.

Ebbene, nell'affrontare i limiti di continenza della critica giudiziaria, il caso da cui siamo partiti pone un ulteriore problema.

Si è detto, per fortuna la sentenza si discosta da più consolidati orientamenti.

È così, ma i casi richiamati al § 1 riguardano sempre la critica giudiziaria espressa dai *media*! Un'inferenza è allora possibile: i margini di liceità della critica si restringerebbero ... proprio quando essa si esprime nell'ambito dell'esercizio di altro diritto, quello di difesa, fondamentale nel sistema dei valori costituzionali.

Una conclusione in vero paradossale che rimette in primo piano il caso in commento. Nel quale, indiscussa, era la pertinenza all'incarico difensivo ricoperto dagli esponenti, dell'iniziativa volta a sollecitare una valutazione disciplinare. Parimenti indiscussa infatti l'assenza di rimedi giurisdizionali nei confronti del rifiuto immotivato, non fosse altro per la loro inutilità dal punto di vista cronologico! La stigmatizzazione del provvedimento (quanto meno arbitrario, in quanto immotivato) non poteva quindi che ottenersi in sede disciplinare.

Nonostante fosse stata sollecitata dalle difese, nessuna considerazione ha avuto il riferimento alla concretizzazione che il diritto di difesa ottiene dalla deontologia professionale. Una rilevanza poteva invece avere il richiamo al II canone complementare dell'art. 7 (dovere di fedeltà). Rispetto al testo originario, la norma, con questa nuova previsione³³ impone all'avvocato di esercitare la sua funzione "*per la salvaguardia dei diritti dell'uomo nei confronti dello Stato e di ogni altro potere*". Per quanto appena detto l'iniziativa dell'avvocato in sede disciplinare poteva anche iscriversi in quell'ambito, con un rimando all'obbligo di cui all'art. 36, comma 1³⁴.

Nella nota introduttiva si chiede infine se il rischio di conseguenze penali possa condizionare l'avvocato, come limite al diritto di difesa, o costituire uno strumento, improprio, di reazione dei magistrati alle critiche dei difensori.

Rispondo senza esitazioni. Certamente, e in modo che può rivelarsi assai pesante.

³³ Introdotta dal CNF il 27 gennaio 2006.

³⁴ Quello di difendere la parte assistita "nel miglior modo possibile, nei limiti del mandato e nell'osservanza della legge e dei principi deontologici"

Bisogna partire da una premessa. Quella della profonda differenza che, nel nostro contesto, segna le professioni di avvocato e magistrato, secondo le caratteristiche proprie di un modello burocratico contrapposto a quello professionale³⁵. Se in questo ultimo caso l'indifferenziato riferimento al ceto forense consente una osmosi costante tra avvocatura ed azione giudiziaria, nel primo la socializzazione professionale del magistrato avviene in misura preponderante all'interno del corpo giudiziario³⁶. Anche da ciò deriva l'approfondirsi di un'alterità tra le due professioni, l'erosione di una base comune di valori, tecniche e finalità, che sospinge l'avvocato ai margini della scena, potendo compromettere la tenuta di quelle barriere che definiscono la stessa liceità della difesa tecnica³⁷.

In questo quadro, come reagiscono le due realtà di fronte all'eventualità dell'"incidente" costituito da un procedimento per diffamazione che tragga origine dalla propria attività professionale?

L'avvocato vive del rapporto fiduciario con il proprio cliente. È un rapporto complesso e difficile. Visto nella prospettiva che ci interessa ora, da un lato, esso può implicare la richiesta di prese di posizione forti, aggressive, sia nella comunicazione dentro il processo, sia in quella con i *media*. Dall'altra parte, tuttavia, e paradossalmente, ciò può anche sovrapporsi alla prima istanza, è il difensore il veicolo, lo strumento che, nel confronto con il potere giudiziario, deve perseguire l'obiettivo ultimo di ottenere le conseguenze migliori per il proprio assistito.

La sottoposizione ad un procedimento penale compromette questo ruolo, rende inaffidabile il difensore che, ricacciato dalla stessa parte della barricata del cliente, ai suoi occhi perde quell'aura di credibilità, quelle possibilità di dialogo e di convincimento della curia nelle quali, in definitiva, riposano le aspettative dell'assistito. Superfluo dire come questo scenario non interessi affatto il magistrato il quale, inoltre, per quanto detto poco fa, solitamente non ha neppure alcuna conoscenza e sensibilità per la complessità del rapporto fiduciario avvocato-cliente, non avendo avuto esperienze professionali. A differenza di quella del magistrato, quella dell'avvocato è, poi, nonostante tutte le modernizzazioni, una professione individualistica, solitaria. La concorrenza,

³⁵ Sul tema Guarneri-Pederzoli, *La democrazia giudiziaria*, Bologna, 1997, 54 ss.

³⁶ Con un conseguente incremento dei poteri del giudice burocrate rispetto a quello professionale una volta che i tradizionali meccanismi di controllo, come la gerarchia, vengano smantellati. Guarneri-Pederzoli, *op. cit.*, 155.

³⁷ Insolera-Zilletti, *Premessa*, cit., 8 ss.

sempre più accesa, difficilmente si concilia con solidarietà e battaglie di principio. Mi viene in mente l'aria che talvolta ho respirato frequentando piccole sedi giudiziarie. Anche a causa dell'immobilismo dei magistrati, garantito dall'automatismo delle progressioni di carriera, il piccolo foro locale si aggruma attorno ad interlocutori abituali. La reciproca conoscenza di virtù e difetti ispira bontà nei rapporti. Guai se questo clima è guastato da avvocati combattivi, magari venuti da fuori. A volte le piccole sedi ricordano le satrapie.

In breve, il conflitto con un magistrato che sfoci in una querela per diffamazione può compromettere l'immagine dell'avvocato agli occhi del cliente, ma non suscita necessariamente solidarietà. Meglio che la questione resti sotto traccia.

dott. Luca Pistorelli

Magistrato addetto all'Ufficio del Massimario
presso la Corte di Cassazione

1. La sentenza prescelta dalla direzione di Criminalia per questo confronto d'opinioni sembra limitarsi a ribadire alcuni principi in qualche modo consolidati nella giurisprudenza di legittimità, occupandosi di aspetti tutto sommato marginali della pur incandescente materia del bilanciamento tra tutela della libertà di manifestazione del pensiero e tutela dell'onore e della reputazione.

Ciononostante la sua motivazione suscita effettivamente qualche perplessità ed un più generale sentimento di inquietudine cui Cristina de Maglie ha efficacemente dato corpo attraverso i quesiti formulati nella sua introduzione.

I giudici della Quinta Sezione della Cassazione hanno, infatti, riaffermato nel caso concreto l'esistenza di limiti al diritto di critica configurati formalmente come generali, tali dunque da prescindere dall'ambito in cui lo stesso diritto venga esercitato. Ma tenuto conto del profilo della vicenda oggetto della pronunzia, è forte la sensazione che, in realtà, la decisione si fondi sull'assunto per cui la critica "giudiziarica" sarebbe governata da principi più restrittivi di quelli che regolano altre manifestazioni del diritto di critica. Ed è proprio questo "cripto-principio", nascosto nelle pieghe della motivazione, a lasciare il lettore per l'appunto turbato. Incapace di comprendere quale sia l'effettiva giustificazione di una tale discriminazione e, dunque, fortemente tentato ad abbandonarsi al sospetto che essa sia in realtà nient'altro che una scoria corporativa.

Il diritto di critica è comunemente inteso come diritto di esprimere giudizi,

valutazioni, dissensi o consensi rispetto a fatti ovvero ad opinioni altrui¹. Non è dubbio che in tal senso ricostruito esso costituisca una delle possibili forme di manifestazione del pensiero, trovando dunque il proprio fondamento nell'art. 21 Cost.².

L'elaborazione giurisprudenziale della valenza scriminante del diritto di critica è avvenuta in maniera frammentaria, per fattispecie, risultando così spesso ondivaga e malferma negli approdi interpretativi, ben più di quella che ha riguardato, ad esempio, il diritto di "cronaca", a cui si deve invece il primigenio tentativo di individuare parametri di giudizio dotati di una qualche oggettiva consistenza.

È comunque principio consolidato nella giurisprudenza di legittimità quello per cui la scriminante del diritto di critica, pur trovando comune matrice nella tutela costituzionale della libertà di manifestazione del pensiero, abbia una portata più ampia proprio di quella del diritto di cronaca. E ciò in quanto l'esercizio del diritto di critica non si concretizza nella mera narrazione di fatti, bensì nell'espressione di un giudizio e, più in generale, di un'opinione. Opinione che, in quanto tale, non può quindi pretendersi rigorosamente obiettiva, posto che la critica non può che essere fondata su un'interpretazione necessariamente soggettiva dei fatti³.

Perché il diritto di critica assuma valenza scriminante è peraltro necessario, secondo la stessa giurisprudenza, che venga esercitato entro precisi limiti, individuati essenzialmente in quelli della continenza espressiva e della veridicità dei fatti posti a fondamento della critica⁴, nonché dell'interesse pubblico alla conoscenza di questi ultimi, qualora il diritto venga esercitato per il tramite dei mezzi di informazione.

Quanto al requisito della continenza espressiva e della correttezza del linguaggio, si ammette che la critica assuma anche toni forti ed aspri, ma l'offesa che trascende in attacchi personali, diretti a colpire su un piano individuale la sfera morale del soggetto criticato e non le sue azioni od opinioni, viene considerata incompatibile con il legittimo esercizio del diritto⁵.

¹ Cfr. Collica-Gullo-Vitarelli, *I delitti contro l'onore*, 2001, 173; Polvani, *La diffamazione a mezzo stampa*, 1998, 177.

² V. per tutti Mantovani, *Diritto penale, Parte speciale*, I, 2008, 220.

³ V. *ex plurimis* Cass. pen., sez. V, 31 gennaio 2007, n. 7662, rv 236524.

⁴ V. *ex plurimis* Cass. pen., sez. V, 31 gennaio 2007, cit. e Cass. pen., sez. I, 14 gennaio 2008, n. 4496, rv 239158.

⁵ V. da ult. ed *ex plurimis* Cass. pen., sez. V, 18 giugno 2009, n. 43403, rv 245098.

Entro il perimetro tracciato da questi principi, la Suprema Corte, come si è detto, si è mossa in maniera incostante, a volte dilatando, altre contraendo la portata delle regole da essa stessa elaborate. La realtà è che i principi menzionati risultano troppo generici per poter efficacemente ricomprendere una fenomenologia così articolata e poliforme come quella delle offese all'onore e alla reputazione. Ma d'altra parte la stessa essenza del conflitto tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela della dignità della persona umana rende inevitabilmente ardua la ricerca di un punto di equilibrio stabile tra i due poli.

Ciò non toglie che uno sguardo complessivo sulla produzione giurisprudenziale in materia lasci comunque sconcertato l'osservatore. Posto di fronte ad una sorta di "impressionismo" giudiziario, che testimonia di quanto poco il principio di legalità viva nelle fattispecie incriminatici poste a tutela dell'onore, egli non può infatti che rimanere turbato per l'elevato grado di imprevedibilità che le decisioni giudiziarie in materia di diffamazione raggiungono quando viene invocato ad esimente il diritto di critica.

Un esempio tratto dalla recente produzione della Corte di legittimità chiarirà meglio cosa intendo. Circa tre anni addietro la Quinta Sezione della Cassazione ha confermato la condanna per diffamazione a carico di un esponente politico il quale, nel corso di un comizio elettorale, per stigmatizzare il mutamento di linea effettuato da un avversario lo aveva etichettato come «Giuda Iscariota» e di essersi «venduto per trenta danari», parole che la Corte ha giudicato intrinsecamente offensive e dunque esorbitanti il limite della contenenza⁶. Poco più di un anno dopo il medesimo epiteto, pronunciato questa volta da un consigliere comunale avvicinatosi all'uopo alla postazione della stampa durante una seduta consiliare, è stato ritenuto invece dai giudici della stessa Sezione espressione legittima del diritto di critica "politica", rivelando semplicemente l'intenzione del suo autore di portare a conoscenza dell'opinione pubblica il "tradimento" consumato dal collega di partito che aveva votato contro una sua proposta⁷.

In contesti quantomeno simili ed in epoche coincidenti, dunque, l'utilizzo strumentale del medesimo epiteto ai fini di critica "politica" è stato valutato in maniera diametralmente opposta. Ma entrambi i giudici hanno fondato la loro decisione sui medesimi principi e presupponendo gli stessi limiti all'eser-

⁶ Così Cass. pen., sez. V, 19 dicembre 2006, n. 4991, rv 236321, la quale vanta anche un più risalente precedente in termini specifici in Cass. pen., sez. V, 8 aprile 1998, n. 761, rv 211480.

⁷ Così Cass. pen., sez. V, 8 febbraio 2008, n. 9084, rv 239125.

cizio del diritto di critica. Semplicemente tra quei principi e i fatti che dovrebbero regolare esiste uno spazio troppo ampio perché non venga riempito dal giudice attraverso la propria sensibilità culturale e così l'Isariota in un caso si è fatto metafora, nell'altro è divenuto insulto gratuito.

Il richiamo tralascio ai suddetti principi da parte della giurisprudenza – come nel caso della sentenza in commento – appare, pertanto, scarsamente significativo, atteso che essi governano solo marginalmente la decisione giudiziaria quando quest'ultima ha ad oggetto la non antiggiuridicità della critica oggettivamente offensiva.

2. È in questo quadro di endemica incertezza che si inseriscono gli interventi della Suprema Corte sulla critica dei provvedimenti giudiziari e dei comportamenti dei magistrati.

Nella giurisprudenza sul diritto di critica “giudiziaria” sembrano potersi distinguere in realtà due filoni: l'uno relativo alla critica “mediatica” e l'altro ad oggetto la critica svolta negli atti d'impulso dei procedimenti giudiziari o amministrativi ovvero negli atti d'impugnazione dei provvedimenti giudiziari.

In entrambi i casi i giudici di legittimità richiamano di norma il medesimo coacervo di principi, ma nei fatti gli orientamenti assunti differiscono a seconda che la critica oggettivamente diffamatoria sia contenuta in un articolo di stampa o lanciata dal pulpito televisivo piuttosto che in un atto processuale di parte, cosicché la pronunzia in commento non risulta semplicemente eccentrica rispetto all'evoluzione segnata dalla giurisprudenza in materia di diritto di critica, ma, piuttosto conferma la contraddittoria tendenza della stessa giurisprudenza ad applicare in maniera differenziata i principi da essa stessa elaborati a seconda che, per l'appunto, la critica “giudiziaria” venga coltivata al di fuori o all'interno del processo.

Così, a parte le regole comuni a tutta l'area dell'esimente del diritto di critica (e di cui già si è detto), le pronunzie in materia di critica giudiziaria spesso ribadiscono come il diritto di criticare i provvedimenti giudiziari si alimenti dell'intrinseca opinabilità delle argomentazioni che li sostengono e si legittimi in forza del principio per cui *«in democrazia a maggiori poteri corrispondono maggiori responsabilità e l'assoggettamento al controllo da parte dei cittadini, esercitabile anche attraverso il diritto di critica»*⁸.

Ma sono queste affermazioni più che altro “programmatiche”, tanto da ri-

⁸ Così Cass. pen., sez. V, 6 febbraio 2007, n. 11662, in *Cass. pen.*, 2008, 611.

sultare quasi di stile e che infatti vengono utilizzate sia quando la giurisprudenza riconosce un più ampio spazio alla critica “giudiziaria”, come avviene nel caso in cui la stessa venga veicolata per via “mediatica”, sia quando gli spazi ammessi diventano più angusti, com’è nell’ipotesi in cui il diritto di critica viene esercitato all’interno del processo o in sede amministrativa.

Ancora una volta, dunque, i principi risultano troppo astratti per tradursi in vincoli effettivi ad una decisione che, nella maggior parte dei casi, dimostra di ridursi invece alla valutazione discrezionale della continenza delle espressioni utilizzate⁹. In realtà i medesimi principi appaiono “vivere” con maggior concretezza proprio in quelle pronunzie che si occupano della critica giornalistica ai comportamenti giudiziari. E ciò in quanto sembra in proposito essersi sedimentata nella giurisprudenza – grazie all’elaborazione dell’ampia casistica relativa al diritto di cronaca – una maggior sensibilità verso la funzione di controllo e di denuncia svolta dagli organi di stampa nell’ottica del corretto fluire della vita democratica.

A riprova di quanto appena sostenuto può evidenziarsi come un altro caposaldo dell’elaborazione giurisprudenziale in materia di diritto di critica venga spesso e disinvoltamente pretermesso quando la critica provenga dagli organi di informazione. Mi riferisco al distinguo tra la critica, ancorché aspra, degli atti o dei comportamenti (generalmente ritenuta legittima) e l’attacco personale (sempre considerato illecito), di cui sé detto in precedenza, il quale, in caso di critica giornalistica, ancorché costantemente riaffermato in linea di principio¹⁰, tende ad essere poi sfumato nel concreto, con il conseguente sensibile ampliamento, nel nome della libertà di stampa, degli orizzonti della continenza espressiva.

Così, ad esempio, in una recente pronunzia¹¹, la Corte ha ritenuto scriminate le pesanti accuse rivolte ai magistrati che avevano tenuto in carcere per sei mesi un cittadino, poi rivelatosi estraneo ai fatti addebitategli, ma che nel frattempo si era dato la morte. In altra occasione i giudici di legittimità hanno ritenuto la continenza dell’accusa di «subalternità psicologica» verso l’imputato di un grave delitto – membro di una facoltosa famiglia locale – rivolta al pubblico ministero che aveva acconsentito ad un “patteggiamento” in appello che aveva comportato una drastica riduzione della pena inflitta nel primo gra-

⁹ Apparentemente in questo senso Cass. pen., sez. V, 21 febbraio 2007, n. 25138, in *Resp. civ. e previdenza*, 2007, 2544, con nota di Peron, *La critica giudiziaria tra fatti e opinioni*.

¹⁰ V. *ex plurimis* Cass. pen., sez. V, 11 novembre 2008, n. 2066/09, rv 242348.

¹¹ Cass. pen., sez. V, 16 giugno 2009, n. 37442.

do di giudizio¹². Ancora, la Suprema Corte ha riconosciuto sussistere l'esimente del diritto di critica con riguardo alle definizioni di «incauto» e «sprovveduto» riservate in un articolo di stampa ad altro pubblico ministero in relazione alla trattazione di un processo nella fase dibattimentale¹³. Ed infine, con riguardo agli aspri attacchi giornalistici portati nei confronti di inchieste dall'innegabile impatto "politico" ed oramai esaurite, la Cassazione è giunta perfino a negare *tout court* l'operatività dei consolidati limiti all'esercizio della critica "giudiziaria"¹⁴.

3. La geometria variabile che i principi menzionati assumono in sede applicativa rafforza la convinzione che la valutazione sull'effettiva sussistenza dell'esimente, quando la critica si manifesti all'interno del processo o comunque non pubblicamente, sia governata non tanto dall'esigenza di garantire la dignità della persona offesa, quanto, piuttosto, dalla asserita necessità di mantenere una sorta di "decoro giudiziario", funzionale al sereno sviluppo della contesa processuale.

E proprio la pronunzia in commento contiene una esplicita e non usuale ammissione in tal senso, quando, nel respingere l'obiezione difensiva secondo cui non potrebbe riconoscersi al diritto di critica giudiziaria una estensione inferiore a quella generalmente attribuita a quello di critica politica o sindacale, afferma che *«la diversità dei contesti, giammai offuscata, rende inaccettabile l'omologazione prospettata, che gioverebbe solo ad elevare il tasso di conflittualità nella dialettica processuale, con esiti perniciosi per la serenità dei soggetti implicati e la definizione dei procedimenti trattati»*.

All'evidenza si tratta di giustificazione assai fragile per consentire di ergere una barriera, prima ancora che all'esercizio del diritto di difesa, alla stessa libertà di espressione. Ma soprattutto quella evocata è categoria dal fondamento giuridico assai discutibile, atteso che quella di modulare i criteri di valutazione della continenza espressiva in ragione della contestualizzazione dell'offesa è operazione assai delicata, che dovrebbe essere consentita solo in presenza di specifici valori oggettivi il cui spessore effettivamente imponga l'esigenza di un bilanciamento con quelli sottesi agli artt. 21 e 24 Cost.

In breve, se la critica lesiva dell'onore e della reputazione altrui è considera-

¹² Così Cass. pen., sez. V, 5 giugno 2007, n. 34432, in *Cass. pen.*, 2008, 2846, con nota di Catullo, *Diritto di critica come strumento di democrazia*.

¹³ Così Cass. pen., sez. V, 6 febbraio 2007, cit.

¹⁴ V. Cass. pen., sez. V, 21 febbraio 2007, cit.

ta dalla giurisprudenza lecita entro limiti dati, è assai discutibile che la stessa giurisprudenza provveda poi ad una aprioristica restrizione dei suddetti limiti quando il diritto di critica viene esercitato all'interno del processo, invocando a tal fine la necessità di tutelare il sereno svolgimento di quest'ultimo. Così facendo, infatti, viene strumentalizzata la tutela di un valore dal sicuro rango costituzionale – e cioè la dignità della persona – per proteggere un interesse dalla dubbia consistenza e dagli incerti confini, mentre il giudice diventa non più solo il custode della legge e del diritto, ma altresì della morale pubblica.

Si badi bene che le rassegnate conclusioni sono imposte proprio dall'impostazione seguita dalle pronunzie che tendono a ridurre lo spazio della libertà di espressione nell'ambito giudiziario. Infatti, l'iter argomentativo che le caratterizza muove solitamente – ed anche nel caso in esame – dalla premessa che i provvedimenti giudiziari possono essere oggetto di critica in ragione della loro opinabilità. Viene cioè riconosciuto il diritto di esprimere liberamente il proprio pensiero anche all'interno del processo a prescindere da ogni valutazione sulla effettiva funzionalità della critica all'esercizio del diritto di difesa. Diventa però a questo punto incomprensibile perché nell'ambito giudiziale – e solo in tale ambito – la critica debba «*constituirne espressione di meditato pensiero, che ne filtri le istintive e facili asperità*», per come si legge nella motivazione della sentenza in commento.

Non è dunque mia intenzione sostenere che la critica endoprocedurale, in nome della libertà di espressione, non debba incontrare limiti di sorta, né che gli atti ed ogni condotta nel processo non debbano comunque rispecchiare il dovere di correttezza, anche nelle forme espressive usate dalle parti e soprattutto dai professionisti che ne patrocinano gli interessi – soggetti questi ultimi sottoposti in proposito a precisi obblighi deontologici presidiati da sanzioni disciplinari – ma semplicemente evidenziare come la pratica di un “doppio binario” nella valutazione dei limiti della libertà di espressione in riferimento al medesimo oggetto non sia per nulla convincente, a maggior ragione laddove i parametri di questa valutazione non presentino solidi ancoraggi nel diritto positivo, ma siano affidati all'arbitrio del giudice. La metabolizzazione giurisprudenziale del progressivo imbarbarimento del linguaggio mediatico, anche con riferimento alla critica dei provvedimenti giudiziari, può essere più o meno condivisa, ma voler trasformare le aule di giustizia nell'ultimo “tempio” (o, se si preferisce, nell'ultima “spiaggia”) della continenza espressiva è, prima ancora che operazione giuridicamente discutibile, pretesa non priva di ipocrisia.

4. A questo punto ritengo non sia necessario chiedersi se la decisione assunta con la pronunzia in commento sia “giusta” – se cioè effettivamente le espressioni critiche contenute nell’esposto presentato per stigmatizzare quello specifico provvedimento giudiziario avessero o meno travalicato i limiti della continenza espressiva scriminante – atteso che comunque risulterebbe non condivisibile la premessa da cui i giudici di legittimità hanno preso le mosse.

Piuttosto mi sembra utile soffermarsi su di un altro punto della decisione e cioè quello relativo all’esclusione dell’esimente di cui all’art. 598 c.p. Il profilo è stato liquidato dalla Corte regolatrice in poche battute, sostenendo la non applicabilità della medesima alle offese contenute in un esposto mirato all’instaurazione di un procedimento disciplinare a carico di un magistrato.

La *vexata quaestio* sulla natura giuridica della menzionata esimente meriterebbe ben altro approfondimento. In questa sede mi sia consentito limitarmi ad esprimere la preferenza per quell’orientamento, maggioritario in dottrina, che qualifica l’immunità giudiziaria come una causa di esclusione della punibilità in senso stretto, non in grado, dunque, di incidere sull’illiceità del fatto, che rimane tale (tanto da rimettersi al giudice l’applicabilità di sanzioni disciplinari e amministrative), bensì esclusivamente sulla concreta sottoposizione dell’autore dell’offesa alla pena prevista per i delitti eventualmente commessi nell’esercizio dell’attività difensiva¹⁵. Esimente che opera pertanto in via sussidiaria, per escludere la punibilità solo di quelle condotte che non rappresentano legittimo esercizio del diritto di difesa e che dunque non possono già ritenersi scriminante ai sensi degli artt. 51 c.p. e 24 Cost.

Se la giurisprudenza della Suprema Corte aderisse più spesso a questa opzione interpretativa¹⁶, è evidente che si stempererebbe anche il dibattito sui limiti al diritto di critica “giudiziaria”, atteso che in ogni caso l’eventuale valutazione di incontinenza espressiva dell’offesa non determinerebbe automaticamente la condanna del suo autore.

Ma la pronunzia in esame non si è confrontata con questa problematica,

¹⁵ V. in questo senso Siracusano, *Ingiuria e diffamazione*, in *Dig. disc. pen.*, VII, 1993, 46; Mantovani, *op. cit.*, 226; Maiani, *Fondamento e valore dell’esimente prevista dall’art. 598 c.p.*, 1970, 70; Bisorì, in AA.VV., *Il rischio penale del difensore* (a cura di Insolera-Zilletti), Milano, 2009, 177.

¹⁶ Infatti solo sporadicamente tale orientamento è stato ripreso, anche negli ultimi anni, dalla giurisprudenza di legittimità (v. ad es. da ult. Cass. pen., sez. VI, 30 settembre 2005, n. 39934, rv 233841), per lo più schierata, invece, nel riconoscere nell’art. 598 c.p. un’applicazione estensiva della causa di giustificazione prevista dall’art. 51 dello stesso codice (v. *ex plurimis* e da ult. Cass. pen., sez. V, 8 febbraio 2006, n. 6701, rv 234008).

preferendo, come detto, escludere in radice l'applicabilità dell'immunità giudiziale in ragione della natura del procedimento nel quale erano state svolte le considerazioni ritenute ingiustificatamente offensive.

Anche quello dei limiti oggettivi dell'esimente è in realtà profilo assai controverso. Da un lato la questione sull'iscrivibilità degli atti d'impulso o comunque esterni alla procedura giudiziaria od amministrativa nella nozione di «scritti» evocata dal primo comma dell'art. 598 c.p., dall'altro quella dell'identificazione degli organi disciplinari con i soggetti dinanzi ai quali il procedimento deve essere pendente perché l'esimente possa considerarsi applicabile.

Con riguardo alla prima, la giurisprudenza ha a lungo considerato l'atto d'impulso escluso dall'area dell'immunità, ritenendo necessario per la sua configurazione la già avvenuta costituzione del rapporto contenzioso dinanzi all'autorità giudiziaria o a quella amministrativa. Ma negli ultimi tempi sembra aver mutato opinione, riconoscendo invece rilevanza anche agli atti espressione dello "*ius postulandi*" compiuti in fase preprocessuale e strumentali all'instaurazione di un giudizio¹⁷.

Quanto al secondo profilo, il principio cui la Suprema Corte si è costantemente ispirata – ed al quale anche la pronuncia in commento si richiama – è quello per cui l'immunità giudiziale non possa essere riconosciuta a chi non abbia assunto o non sia in grado di assumere la qualifica di "parte" nel procedimento giudiziario o amministrativo nel quale è stata consumata la condotta lesiva. Principio che affonda le sue radici nella lettera dell'art. 598, il cui primo comma espressamente limita l'ambito di applicazione dell'esimente alle offese provenienti «dalle parti o dai loro patrocinatori». Ed in tal senso i giudici di legittimità hanno dunque escluso l'immunità per le offese contenute in esposti diretti ad autorità amministrative e tesi a dare impulso ad interventi disciplinari¹⁸ o a sollecitare attività di vigilanza o controllo¹⁹.

Scorrendo la più recente produzione di legittimità non può non rilevarsi, però, come anche questo consolidato torrione "difensivo" inizi a capitolare sotto i colpi di orientamenti interpretativi che tendono ad espandere gli orizzonti applicativi dell'esimente.

¹⁷ In questo senso, v. ad es. Cass. pen., sez. V, 7 dicembre 2006, n. 1798, rv 236311.

¹⁸ In tema di esposti nei confronti di avvocati indirizzati a tal fine al Consiglio dell'Ordine Forense v. ad es. Cass. pen., sez. V, 21 maggio 2009, n. 31175, rv 244492 e Cass. pen., sez. V, 16 febbraio 2002, n. 40725, in Cass. pen., 2004, 1610, con nota di Cipolla, *Interpretazione evolutiva della causa di non punibilità di cui all'art. 598 cod. pen.*

¹⁹ V. ad es. Cass. pen., sez. V, 6 febbraio 2004, n. 15585, rv 228759, avente ad oggetto un esposto indirizzato alla Commissione regionale di vigilanza per l'edilizia economica e popolare.

In tal senso, infatti, la Suprema Corte è giunta ultimamente a contraddirsi sulla non invocabilità dell'immunità giudiziaria con riguardo alle offese contenute in esposti disciplinari, contestando la non qualificabilità del denunciante come "parte" dell'instaurando procedimento, rilevando come tale qualifica spetti, invece, a chiunque sia portatore di un interesse tutelato dalla legge, anche solo in forma mediata, con il ricorso all'autorità giudiziaria o amministrativa²⁰.

Non è dubbio che, applicando questo indirizzo interpretativo al caso oggetto della pronunzia in commento, il verdetto dei giudici di legittimità avrebbe potuto essere diverso, anche senza che fosse necessario mettere in discussione le conclusioni assunte in ordine all'oggettiva incontinenza delle espressioni utilizzate nell'esposto e, quindi, sull'insussistenza dei presupposti per il riconoscimento della scriminante del diritto di critica. Non vorremmo quindi che, anche con riguardo a questo aspetto, la giurisprudenza finisca per conservare interpretazioni rigoriste – dal vago ed amaro sapore corporativo – solo quando destinatari delle pur incontinenti lamentele dei cittadini siano il Consiglio Superiore della Magistratura o il Ministro della Giustizia.

²⁰ Così Cass. pen., sez. V, 25 settembre 2008, n. 44148, rv 241806 e Cass. pen., sez. V, 8 luglio 2008, n. 33453, rv 241393, relative all'applicabilità dell'esimente alle offese contenute in esposti presentati al Consiglio dell'Ordine degli Avvocati. V. anche Cass. pen., sez. V, 7 febbraio 2008, n. 9071, rv 239124, relativa alle offese contenute in un esposto presentato al Presidente del Tribunale in qualità di presidente del Comitato per la tenuta dell'Albo dei consulenti tecnici.

