



Rivista Trimestrale - 3/2017

DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO



Giustizia penale e informazione giudiziaria

Contributi del Gruppo di lavoro del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze, coordinato da Francesco Palazzo

Focus sul processo penale

AA. VV.

DIRETTORE RESPONSABILE *EDITOR-IN-CHIEF*
Francesco Viganò

VICE DIRETTORI *MANAGING EDITORS*
Gian Luigi Gatta, Guglielmo Leo, Luca Luparia

REDAZIONE *EDITORIAL STAFF*
Anna Liscidini (coordinatore), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Carlo Bray,
Alessandra Galluccio, Stefano Finocchiaro, Erisa Pirgu, Serena Santini,
Tommaso Trincherà, Maria Chiara Ubiali, Stefano Zirulia

COMITATO SCIENTIFICO *ADVISORY BOARD*
Emilio Dolcini, Novella Galantini, Alberto Alessandri, Jaume Alonso-Cuevillas,
Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Francesco Angioni, Roberto Bartoli, Fabio Basile,
Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi,
Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, David Carpio,
Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario,
Luis Chiesa, Cristiano Cupelli, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro,
Ombretta Di Giovine, Massimo Donini, Giovanni Fiandaca, Roberto Flor,
Luigi Foffani, Gabriele Fornasari, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra,
Giovanni Grasso, Antonio Gullo, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso,
Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Luca Masera,
Jean Pierre Matus, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda,
Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Vincenzo Mongillo,
Adan Nieto Martin, Francesco Mucciarelli, Renzo Orlandi, Íñigo Ortiz de Urbina,
Francesco Palazzo, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Vicente Pérez-Daudí,
Daniela Piana, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Daniele Piva, Oreste Pollicino,
Domenico Pulitanò, Joan Josep Queralt, Paolo Renon, Mario Romano,
Giacchino Romeo, Carlo Ruga Riva, Markus Rübenstahl, Francesca Ruggieri,
Marco Scoletta, Sergio Seminara, Rosaria Sicurella, Placido Siracusano, Carlo Sotis,
Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Costantino Visconti, Matteo Vizzardi,
Francesco Zacchè



Diritto Penale Contemporaneo - Rivista trimestrale è un periodico on line, ad accesso libero e senza fine di profitto, nato da un'iniziativa comune di Luca Santa Maria, che ha ideato e finanziato l'iniziativa, e di Francesco Viganò, che ne è stato sin dalle origini il direttore nell'ambito di una partnership che ha coinvolto i docenti, ricercatori e giovani cultori della Sezione di Scienze penalistiche del Dipartimento "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano. Attualmente la rivista è edita – unitamente all'omonima rivista quotidiana – dall'Associazione “Diritto penale contemporaneo”, il cui presidente è l'Avv. Santa Maria e il cui direttore scientifico è il Prof. Viganò. La direzione, la redazione e il comitato scientifico della rivista coinvolgono oggi docenti e ricercatori di numerose altre università italiane e straniere, nonché autorevoli magistrati ed esponenti del foro.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

Le opere pubblicate su “Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale” sono attribuite dagli autori con licenza *Creative Commons* “Attribuzione – Non commerciale 3.0” Italia (CC BY-NC 3.0 IT). Sono fatte salve, per gli aspetti non espressamente regolati da tale licenza, le garanzie previste dalla disciplina in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (l. n. 633/1941).

Il lettore può condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su “Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale”, con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza *Creative Commons* “Attribuzione – Non commerciale 3.0 Italia” (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista fa proprio il [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

Peer review

La qualità scientifica dei lavori pubblicati sulla Rivista è assicurata da una procedura di peer review, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, individuati secondo criteri di competenza tematica e di rotazione all'interno dei membri del Comitato scientifico.

Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da due revisori, i quali esprimono il loro parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole di entrambi i revisori. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di peer review è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Con decisione motivata della direzione, i lavori di autori di riconosciuta autorevolezza scientifica e i testi di relazione a convegni possono essere pubblicati senza essere sottoposti alla procedura di peer review. Di tale circostanza è data menzione in nota al lavoro stesso.

Modalità di citazione

Per la citazione dei contributi qui pubblicati, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, fasc. 1/2017, p. 5 ss.



Diritto Penale Contemporaneo - Rivista trimestrale is a free, non-profit online law review, created by the joint initiative of Luca Santa Maria, who conceived and funded the initiative, and Francesco Viganò, who has been its director right from the start, in the context of a partnership involving professors, lecturers and researchers from the criminal science section of the "C. Beccaria" Department of the "Università degli Studi di Milano". The review is currently edited by the "Diritto penale contemporaneo" association, whose president is Mr. Santa Maria, criminal law attorney in Milan, and whose scientific director is Prof. Viganò, currently criminal professor at the Bocconi University in Milan. The management, the editorial staff and the scientific committee now engage lecturers and researchers from many other universities in Italy and abroad, as well as distinguished criminal law professionals – judges and attorneys.

The administrative and the editorial staff collaborate for free and authors are not charged with preparation and publication costs.

Works published in "Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale" are attributed to the authors under a *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0" Italia (CC BY-NC 3.0 IT) license. Anything not expressly regulated by this license is without prejudice to the guarantees provided by the regulations concerning the protection of copyright and other connected rights (l. n. 633/1941).

Each work published in "Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale" can be shared, reproduced, distributed, printed, disclosed to the public, displayed to the public, searched, and linked to, by any means and in any format, for any lawful non-commercial purpose, in compliance with the *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0 Italia" (CC BY-NC 3.0 IT) license, paying attention to retain the indication of the source, the logo, and the original graphic format as well as of the author of the contribution.

This Journal adheres to the [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) approved by the COPE (Committee on Publication Ethics)

Peer review

The scientific quality of the works published in this magazine is guaranteed by a peer review procedure, implemented through the transparency, autonomy and undisputed scientific prestige of the reviewers, selected on a rotational basis and according to their specific competence among the members of the Advisory Board.

Each work subject to this procedure is examined anonymously by two peer reviewers, who give their likewise anonymous opinion on its compliance with the standards of quality set by the best law reviews. A work is published only if it is approved by both reviewers. All the documentation pertaining the operations carried out during this peer review procedure is stored in our offices.

Following a reasoned decision of our editorial staff, works by renowned experts in the field and conference reports can be published without being subject to the peer review procedure. This will be referenced in a footnote to the work itself.

EDITORIALE	In questo numero	1
	Francesco Viganò	
GIUSTIZIA PENALE E INFORMAZIONE GIUDIZIARIA	Il “giro della morte”: il giornalismo giudiziario tra prassi e norme	4
	Luigi Ferrarella	
	Libertà di informazione e processo penale nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte Edu: problemi e prospettive	20
	Giovanni Tarli Barbieri	
	Il rapporto tra processo penale e media nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo	37
	Roberto Chenal	
	La giustizia penale nel gioco di specchi dell’informazione	47
	Renzo Orlandi	
	Tutela penale del segreto processuale e informazione: per un controllo democratico sul potere giudiziario	59
	Roberto Bartoli	
	La riservatezza delle intercettazioni nella “delega Orlando”	78
	Carlotta Conti	
	Diffamazione e trattamento dei dati personali nel processo mediatico	97
	Sara Turchetti	
	Attività giornalistica e responsabilità dell’ente	105
	Carlo Piergallini	
	La “vittima” del “processo mediatico”: misure di carattere rimediabile	114
	Vittorio Manes	
	Giustizia penale e informazione giudiziaria: spunti comparatistici per il dibattito italiano	129
	Nicola Recchia	
	Note sintetiche sul rapporto tra giustizia penale e informazione giudiziaria	139
	Francesco Palazzo	

FOCUS SUL PROCESSO PENALE	La parabola ascendente dell'istruttoria in appello nell'esegesi "formante" delle Sezioni Unite Hervé Belluta e Luca Lupária	151
	La riforma dell'appello, tra malinteso garantismo e spinte deflative Massimo Ceresa-Gastaldo	163
	Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni Mitja Gialuz, Andrea Cabiale, Jacopo Della Torre	173
	Probabilité et procès pénal à l'époque de la preuve ADN Luca Lupária	198

EDITORIAL

In This Issue	1
Francesco Viganò	

CRIMINAL JUSTICE
AND JOURNALISM

The "Loop-de-Loop": Criminal Justice and Mass Media, Legislation and Practice	4
Luigi Ferrarella	

Freedom of Information and Criminal Procedure According to the Jurisprudence of Italian Constitutional Court and the European Court of Human Rights: Problems and Perspectives	20
Giovanni Tarli Barbieri	

The Relationship Between Criminal Proceedings and the Media in the Case-Law of the European Court of Human Rights	37
Roberto Chenal	

Criminal Justice in the Prism of Information	47
Renzo Orlandi	

Protection Under Criminal Law of the Confidentiality of the Investigation: for a Democratic Control over the Judiciary	59
Roberto Bartoli	

Privacy with Regard to Interceptions in Orlando Enabling Act	78
Carlotta Conti	

Defamation and Processing of Personal Data in the Trial by Media	97
Sara Turchetti	

Press and Corporate Liability	105
Carlo Piergallini	

The "Victim" in the "Mass Media Trial": Restorative Measures	114
Vittorio Manes	

Criminal Justice and Information on Crime: Comparative Hints for the Italian Debate	129
Nicola Recchia	

Brief Notes on the Correlation Between Criminal Justice and Journalistic Activities	139
Francesco Palazzo	

The Ascending Parabola of the Renewal of the Trial Evidentiary Hearing and the Jurisprudence of the Joint Chambers of the Court of Cassation	151
Hervé Belluta e Luca Lupária	
<hr/>	
The Reform of Criminal Appeal, Between Misunderstandings on Guarantees and Tendencies to Deflation	163
Massimo Ceresa-Gastaldo	
<hr/>	
The ‘Orlando Reform’. Changes in the Italian Criminal Process: Codification of Case Law, Long-Awaited Reforms and Confused Innovations	173
Mitja Gialuz, Andrea Cabiale, Jacopo Della Torre	
<hr/>	
Probability and Criminal Process in the Age of DNA Evidence	198
Luca Lupária	

1

In questo numero
Francesco Viganò

In questo numero

In This Issue

FRANCESCO VIGANÒ

Ordinario di Diritto penale presso l'Università Bocconi di Milano

1.

Siamo lieti, anzitutto, di ospitare in questo numero i contributi dei componenti del gruppo di lavoro sul tema “Giustizia penale e informazione giudiziaria”, costituito presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze e coordinato dal prof. Francesco Palazzo.

L'attività del gruppo di lavoro – che si è svolta dal gennaio al luglio 2017, e si concluderà con un convegno nazionale a Firenze il prossimo 15 dicembre 2017, nel corso del quale saranno discussi i contributi qui pubblicati – tocca un tema sempre più al centro dell'attenzione non solo degli accademici (penalisti e non), ma anche dei pratici del diritto e degli stessi giornalisti. Tutti sono consapevoli dell'essenzialità dell'informazione giudiziaria per il funzionamento stesso di una società democratica matura; ma altrettanto diffusa è la consapevolezza del potenziale lesivo del *court reporting* rispetto ai diritti fondamentali degli (involontari) protagonisti delle notizie pubblicate, oltre che dei rischi di abusi e manipolazioni delle notizie a servizio di interessi individuali e/o collettivi che poco hanno in comune con l'ideale di corretto funzionamento di una società democratica.

Una delicata opera di bilanciamento tra gli interessi e i rischi in gioco si impone, pertanto, al legislatore e, ancor prima, alla magistratura, alla quale spetta il compito di interpretare le norme già oggi esistenti tenendo nel debito conto le numerose e rilevanti indicazioni che derivano, in questa specifica materia, dal contesto sovranazionale, e segnatamente dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e dagli stessi organi politici del Consiglio d'Europa.

Ringraziamo, allora, il Prof. Palazzo per aver scelto la nostra rivista per porre a disposizione dell'intera comunità dei penalisti italiani le riflessioni elaborate in seno al gruppo di lavoro da lui coordinato. Tali riflessioni – ci auguriamo – potranno stimolare ulteriori contributi anche ‘a valle’ del convegno fiorentino, da parte di studiosi e operatori del diritto e della professione giornalistica, che saremo parimenti lieti di ospitare in futuro. E ringraziamo, altresì, i dottori Edoardo Mazzantini e Andrea Galante per il prezioso lavoro di supporto nella raccolta e pubblicazione dei contributi.

2.

La seconda sezione di questo numero è dedicata a una serie di contributi sul processo penale, che è stato di recente oggetto di importanti novità giurisprudenziali e normative.

Tra le prime, di particolare rilievo appaiono le evoluzioni della giurisprudenza di legittimità sulla questione della rinnovazione dell'istruttoria in appello in caso di riforma della sentenza di primo grado, qui oggetto di uno studio a firma di Luca Lupària ed Hervé Belluta. Una questione, come è noto, innescata da una serie di pronunce della Corte EDU relative alla necessità di una tale rinnovazione nel caso di rovesciamento in appello della sentenza assolutoria in primo grado, le quali hanno indotto le nostre Sezioni Unite ad affermare tale principio con riferimento all'ipotesi di riforma non solo della sentenza assolutoria resa in

dibattimento, ma anche di quella pronunciata in sede di giudizio abbreviato; discutendosi, oggi, se e in che misura questo principio valga anche nell'ipotesi, opposta, di riforma in senso favorevole all'imputato della sentenza di condanna di primo grado.

Due ulteriori contributi illustrano e discutono criticamente alcune delle principali novità introdotte al processo penale – con particolare, ma non esclusivo riguardo al giudizio di appello – dalla c.d. riforma Orlando, entrata in vigore la scorsa estate, che in buona parte recepisce e codifica approdi cui la giurisprudenza recente era già pervenuta, in attuazione – peraltro – di un disegno non sempre chiaro e coerente.

Chiude il numero, infine, un lavoro in lingua francese su probabilità e processo penale all'epoca della prova del DNA, che torna su uno dei *Leitmotive* che da sempre accompagnano la vita della nostra rivista – quello, cioè, del rapporto tra sapere scientifico ed epistemologia giudiziaria.

GIUSTIZIA PENALE E INFORMAZIONE GIUDIZIARIA *CRIMINAL JUSTICE AND JOURNALISM*

-
- 4 **Il “giro della morte”: il giornalismo giudiziario tra prassi e norme**
Luigi Ferrarella
-
- 20 **Libertà di informazione e processo penale nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte Edu: problemi e prospettive**
Giovanni Tarli Barbieri
-
- 37 **Il rapporto tra processo penale e media nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo**
Roberto Chenal
-
- 47 **La giustizia penale nel gioco di specchi dell’informazione**
Renzo Orlandi
-
- 59 **Tutela penale del segreto processuale e informazione: per un controllo democratico sul potere giudiziario**
Roberto Bartoli
-
- 78 **La riservatezza delle intercettazioni nella “delega Orlando”**
Carlotta Conti
-
- 97 **Diffamazione e trattamento dei dati personali nel processo mediatico**
Sara Turchetti
-
- 105 **Attività giornalistica e responsabilità dell’ente**
Carlo Piergallini
-
- 114 **La “vittima” del “processo mediatico”: misure di carattere rimediabile**
Vittorio Manes
-
- 129 **Giustizia penale e informazione giudiziaria: spunti comparatistici per il dibattito italiano**
Nicola Recchia
-
- 139 **Note sintetiche sul rapporto tra giustizia penale e informazione giudiziaria**
Francesco Palazzo

Il “giro della morte”: il giornalismo giudiziario tra prassi e norme

The "Loop-de-Loop": Criminal Justice and Mass Media, Legislation and Practice

LUIGI FERRARELLA
Giornalista, Corriere della Sera

ATTIVITÀ GIORNALISTICA, LIBERTÀ DI STAMPA,
PROCESSO PENALE, PROCESSO MEDIATICO,
PUBBLICAZIONE ATTI PROCESSUALI, SANZIONI

JOURNALISM, FREEDOM OF PRESS, CRIMINAL JUSTICE,
MASS MEDIA, PUBLICATION
OF PROCEDURAL DOCUMENTS, SANCTIONS

ABSTRACT

L'Autore descrive la realtà dell'attività giornalistica nel settore della cronaca giudiziaria, ponendo particolare enfasi sui fattori che realmente favoriscono le distorsioni mediatiche dell'accertamento processuale, prospettando sanzioni (maggiormente) efficaci a fronte del cattivo esercizio della libertà di informazione e mettendo in guardia dalle insidie – più o meno – nascoste nelle misure al vaglio del Parlamento.

The Author depicts the reality of journalism in the field of criminal justice, with particular emphasis on the factors that actually arouse media distortion of crime, by suggesting (more) effective sanctions for wrong exercise of freedom of press and by warning against the pitfalls - more or less - hidden in the Bills currently before Parliament.

SOMMARIO

1. Il giro della morte. – 1.1. L'enfasi sul giornalista-sacerdote. – 1.2. La realtà del giornalista-accattono. – 2. Cosa favorisce le distorsioni del processo mediatico. – 2.1. Al mercato nero vince sempre il più scorretto. – 2.2. Il falso rimedio degli uffici-stampa. – 3. L'accesso diretto agli atti come riduzione del danno. – 3.1. Sbiancare il finto proibizionismo. – 4. Le obiezioni possibili all'accesso diretto. Per prima cosa, la "verginità cognitiva" del giudice. – 4.1. Il "colpevolismo". – 4.2. Le persone estranee alle indagini. – 4.2.1. Le persone estranee alle indagini: qualche esempio. – 5. Rilevanza penale o interesse pubblico. – 5.1. L'accesso diretto agli atti come medicina per cinque malattie. – 5.2. Il contesto disciplinare. – 6. L'unica sanzione davvero efficace? La sanzione reputazionale. – 7. Dove si rischia invece di andare con le norme in cantiere. – 8. Giornalista "specie" da proteggere. – 8.1. Liti temerarie. – 8.2. Imputazioni "creative". – 8.3. Tentazione maximulte e 231. – 9. Conclusione: accesso diretto agli atti contro il Far West, oppure smettere di lamentarsi del Far West.

1. Il giro della morte.

C'era una volta «il giro della morte» che, nei Luna Park di quando si era bambini, spericolati centauri avviavano con studiata coreografia dal basso di una grande struttura conica circondata dalle tribune, per poi dosare il gas e girare lentamente in circolo, e con le moto cominciare a salire, e salire ancora, e salire di più, fin quando, tenuti in equilibrio dalle forze centripeta e centrifuga, per qualche istante diventavano quasi orizzontali agli spettatori sfiorati sui sedili. Come questi centauri che nel «giro della morte» non potevano permettersi di sbagliare il dosaggio dell'acceleratore, anche i giornalisti, se danno troppo poco gas alla loro ricerca di notizie, rischiano di cadere risucchiati dalla concorrenza di chi vi arriva prima e meglio di loro, ma se danno troppo gas rischiano di perdere il controllo e decollare, facendo male molto a se stessi e più ancora agli spettatori-lettori in tribuna.

Messa così sembra un po' troppo eroica, ma quel ricordo infantile fotografa bene l'instabilità dell'equilibrio su cui danza la quotidianità del giornalista di vicende giudiziarie. Su un ciglio del baratto c'è la ricerca di quella notizia che somiglia tanto alla «verità» apparentata da Kafka a «una isola circondata da un ampio e tempestoso oceano, sede propria della parvenza dove vari banchi di nebbia, e masse di ghiaccio che tosto si fonde, simulano la presenza di nuove terre, ingannando con vuote speranze il navigante che gira intorno per fare nuove scoperte». Sull'altro versante del burrone c'è la consapevolezza che nessun giornalista serio - messo davanti alle responsabilità incombenti sul proprio operato, proporzionalmente corrispondenti alla libertà di manovra tante volte (qualcuna a sproposito) invocata - possa dire di aver bisogno di attendere chissà quale futuribile Norimberga del giornalismo per sapere, in cuor suo, quanto sia drammaticamente calzante anche al proprio lavoro la spietata sincerità di Nietzsche in un aforisma di «Al di là del bene e del male»: «"Io l'ho fatto", dice la mia memoria. "Io non posso averlo fatto", dice il mio orgoglio. Alla fine è la memoria ad arrendersi».

1.1. L'enfasi sul giornalista-sacerdote.

Non solo: l'evocazione di quei centauri bene rende l'idea anche di un'altra tenaglia sui cronisti che da un lato non accettino di sottostare agli abbozzati nuovi giri di vite normativi, alle maggiori dosi di segreto invocato, ai richiami un po' pelosi alla privacy che in realtà nascondono altre esigenze, ai bombardamenti di querele e di azioni civili che non servono a ristabilire alcuna verità ma solo a intimidire non tanto il giornalista quanto il suo giornale, in modo che la prossima volta che si trovi a scrivere di quell'argomento, di quella società o di quel partito, il suo giornale si ricordi che l'articolo è stato fonte di grane e quindi anticipi magari qualche premura preventiva; ma che contemporaneamente, dall'altro lato, non se la sentano di indossare la pomposa veste sacerdotale dentro la quale parte della categoria giornalistica si trincerava dietro la linea Maginot del «vale tutto», gonfia il petto e proclama solennemente di avere il diritto-dovere di pubblicare qualunque notizia giunga nel proprio ambito di percezione, a prescindere da qualunque altra valutazione sulle conseguenze che la pubblicazione possa avere sulle persone al centro della notizia e sui relativi procedimenti.

Ecco, credo che chi fa questo mestiere dovrebbe cercare di sottrarsi a questa tentazione

«sacerdotale». Per decenza. Ma anche per convenienza. Per decenza, perché chiunque faccia questo mestiere sa che simili proclami sono talvolta la maschera di un'ipocrisia, un sipario strappato da ben altre spinte che hanno poco a che fare con la trasparenza e molto invece con motivazioni di tutt'altro genere: non di rado ragioni di ordine professionale di piccolo cabotaggio, legate alla concorrenza spietata tra testate e tra giornalisti; spesso motivazioni di ordine commerciale, perché si cerca di mandare in edicola un prodotto appetibile per il lettore e di conseguenza per il mercato pubblicitario dal quale i giornali ricavano la maggior parte delle proprie entrate; a volte anche motivazioni di natura politica che hanno a che fare con la proprietà dei mezzi di informazione, specie in quegli ambiti redazionali nei quali effettivamente la notizia diventa un mezzo di aggressione, un modo per colpire l'avversario politico dell'editore.

Ma dalla tentazione del giornalista-sacerdote si dovrebbe cercare di rifuggire, oltre che per motivi di decenza, anche per ragioni di convenienza. Un problema di «ecologia» della professione giornalistica non è infatti più considerabile un lusso, ma una questione di sopravvivenza per chi voglia fare questo lavoro in maniera decorosa. «Quando un organo di informazione mente, avvelena la collettività. Anche gli articoli degli altri giornali diventano sospetti, il lettore che viene colpito dalla straordinarietà di una notizia si sente autorizzato a valutarla con sospetto, i fatti non soltanto vengono messi in discussione, ma perdono anche il loro valore di realtà, ed anche il dibattito se il giornale debba o non debba rivelare le proprie fonti viene inquinato»: queste non sono riflessioni scritte oggi, ma nel 1981 dall'allora direttore del «Washington Post» nell'editoriale con il quale faceva ammenda per il primo dei poi numerosi casi eclatanti di falsi scoop, storia (un bambino di otto anni drogato dal convivente della madre) che all'autrice aveva fruttato addirittura il «Premio Pulitzer», salvo in seguito rivelarsi vicenda totalmente inventata. Se ci si pone attenzione, è esattamente la situazione nella quale si trovano oggi i lettori, e persino i cronisti quando siano lettori delle notizie altrui. Ormai non ci si pone quasi più il problema se i giornali, nel campo della cronaca giudiziaria, rappresentino o no la verità oggettiva, figurarsi la pretesa neutralità. E neanche si bada più se almeno restituisca una verità emotiva, cioè fatti interpretati in base a un criterio più o meno fazioso ma dichiarato. Nemmeno ci si meraviglia più dell'uso di tutto quel bagaglio di trucchi e di sotterfugi che vengono quotidianamente usati da molti organi di informazione: omissioni chirurgiche, sottintesi sapienti, enfaticizzazioni, drammatizzazioni, ingigantimento di cose prive di rilievo, nascondimento di cose serie. Si è ormai molto oltre: si è rotto un patto, è venuto meno un accordo tra il lettore e il giornalista, l'accordo sul fatto che quello che c'è nell'articolo quantomeno sia avvenuto davvero. Passi che uno poi lo giudicherà in un modo, un altro lo scriverà in un modo diverso, un terzo lo colorerà della propria ideologia: ma almeno concordare che quel fatto sia davvero avvenuto! E invece questo patto si è infranto. Oggi non si è più sicuri, quando si legge un articolo, che quel fatto sia reale. E perché siamo a questo assurdo? Solo perché i giornalisti sono «cattivi»? Se fosse così, sarebbe semplice. Se il problema potesse essere risolto soltanto con l'auspicio di maggiore professionalità e serietà personale dei giornalisti, ciascuno potrebbe ritirarsi a bordo della propria scialuppa professionale e scandire il proprio «io penso a fare bene il mio lavoro, e così contribuire nel mio piccolo a migliorare l'ecosistema lavorativo». Però non è così, o almeno non è solo così.

1.2.

La realtà del giornalista-accattono.

Ritenere che l'«ecologia» della professione giornalistica non sia un lusso, infatti, significa anche interrogarsi su una singolare omissione. Colpisce che acutissima sia avvertita la preoccupazione per un tipo di distorsione (quella che il giornalista divulgatore della notizia introduce con l'«aggressione» del segreto tutelato invece dal detentore della notizia); e che invece assai modesta, o addirittura del tutto assente, sia di solito l'attenzione posta su un'altra distorsione in capo al divulgatore della notizia, in realtà ben più pericolosa della prima, che riguarda non tanto «come» vengano scritte le notizie dal giornalista, quanto «quali» notizie il giornalista scriva, attraverso quale selezione e quale griglia di criteri di selezione. Ai lettori, infatti, non arriva la cronaca dei processi o delle indagini, ma arriva una selezione dei processi e delle indagini; e, all'interno di ciascun processo e indagine selezionata, una ulteriore selezione delle notizie più o meno rilevanti a seconda del giudizio del giornalista e del suo giornale. Questa selezione è sicuramente in parte influenzata dalle propensioni, dalle sensibilità, dalle inclinazioni (di natura culturale, ideologica, politica) tanto dell'operatore dell'informazione

(il giornalista) quanto del detentore dei mezzi di informazione (cioè il suo editore). Però si sottovaluta che la selezione è influenzata anche da alcune condizioni di lavoro, dalle situazioni pratiche e circostanze logistiche nelle quali il giornalista si trova ad operare. Da quello, insomma, che c'è nella «cucina» della cronaca giudiziaria, nella retrobottega quotidiano delle notizie. E cioè, per la maggior parte dei casi (specie nella cronaca più delicata, quella delle indagini, in quanto quella dei dibattimenti è per definizione meno bollente), il rapporto personale con le fonti: il magistrato della Procura, il magistrato del Tribunale, l'avvocato dell'indagato, gli avvocati dei coindagati, i cancellieri, poliziotti, carabinieri, finanziari, vigili e ogni altra forza dell'ordine, i consulenti tecnici, i traduttori, l'indagato stesso, insomma qualunque soggetto che sia titolare di un pezzettino di quel mosaico che il giornalista deve mettere assieme per cercare di dare una rappresentazione completa e corretta della notizia.

Chi dunque tenta di sottrarsi alla tentazione di indossare la veste di giornalista-sacerdote, in compenso nel lavoro quotidiano si ritrova attualmente a dover fare il giornalista-accattono: per finalità nobili, magari, di un accattonaggio ammantato di profili non disdicevoli finché si vuole, ma pur sempre (nobile) accattono tra tutte le fonti possibili di una notizia alla quale da giornalista, in molti casi, per legge non potrei e non dovrei accedere. Certo, in prima battuta il problema resta del giornalista, e l'ancoraggio alle sue norme deontologiche gli è sicuramente di grande aiuto. Wittgenstein, racconta un suo biografo, un certo giorno, leggendo una quartina di Longfellow, ne apprezzò il tenore: «Negli antichi templi dell'arte / i costruttori lavoravano con la massima cura / ogni parte minuscola ed invisibile / perché gli dei sono ovunque». Ecco, per un giornalista il «perché gli dei sono ovunque», cioè il richiamo ad un'attenta autodisciplina giornalistica che pervada il lavoro quotidiano finanche negli aspetti magari neppure percepibili dal singolo lettore, trae linfa dalle regole deontologiche della professione, ammesso sempre che lo scriba le abbia introiettate. Però forse non dovrebbero bastare, né ai lettori né agli operatori del diritto. Ai loro occhi, infatti, l'operazione di «nobile accattonaggio» condotta dal giornalista fra tutti i possibili detentori di un briciolo di notizia, e in mezzo alle tensioni e alle trappole che è facile immaginare nel volgere del poco tempo a disposizione, è garantita soltanto dallo scrupolo del giornalista stesso, là dove ci sia e nella misura in cui ci sia. Dipende cioè solo dal giornalista andare a ricostruire tutti i pezzettini del mosaico e non fermarsi soltanto, per comodità o per interesse, ai singoli primi pezzettini che magari alcune fonti sono interessate a dargli; dipende solo da lui dosare il rapporto personale con molteplici fonti in modo tale da trasformarlo nello strumento attraverso il quale proprio il giornalista corretto – lungi dal divenire buca delle lettere altrui – difende se stesso e nel contempo garantisce il lettore dalle operazioni di strumentalizzazione sempre in agguato nel contatto con fonti per definizione tutte non disinteressate. Non s'imbatte infatti mai in «samaritani» l'esperienza lavorativa del cronista giudiziario, più simile (nel rapporto con le varie fonti) a una sorta di «casco blu» in mezzo al fuoco incrociato di chi con spezzoni di materiali di inchieste e processi combatte una «guerra» informativa dalle caratteristiche non dissimili da quelle enucleate dallo storico francese del feudalesimo Marc Bloch (che non a caso fu a lungo soldato nelle trincee 1914-1918) già nel saggio del 1921 «Riflessioni di uno storico sulle false notizie della guerra».

2.

Cosa favorisce le distorsioni del processo mediatico.

Se persino gli operatori del diritto accettano questo status quo, determinato dal combinarsi della normativa attuale con le prassi che ne scaturiscono, allora il risultato è che, mentre celebrano un processo ordinario, contribuiscono in realtà a creare le condizioni non per il corretto racconto fisiologico del processo ordinario, bensì per il racconto di un processo mediatico che è tutt'altra cosa, in quanto processo ordinario e processo mediatico hanno caratteri, regole, codici narrativi e ritmi ontologicamente diversi, limpidamente ricavabili dagli studi in questi anni del professor Glauco Giostra e, più di recente, dal lavoro del professor Ennio Amodio sull'estetica della giustizia penale. Il processo ordinario ha un luogo deputato, il processo mediatico è delocalizzato. Il processo ordinario ha un itinerario che è scandito da precise tappe processuali, quello mediatico non ha alcun ordine. Il processo ordinario ha un tempo, finisce in un giudicato e con un giudicato; il processo mediatico invece non finisce mai, come si sperimenta sempre più spesso in tante trasmissioni tv, e addirittura rimette in discussione decisioni che ormai sono definitive. Il processo ordinario ha una velocità da film, il processo mediatico è invece ingrandimento di fotogramma per fotogramma. Il processo ordinario seleziona i

dati su cui fonda la propria decisione; il processo mediatico, al contrario, lavora in un modo bulimico, raccoglie qualunque conoscenza arrivi nel margine di percezione di un giornalista o di un microfono o di una telecamera. Il processo ordinario è fatto di regole di esclusione, è un ecosistema chiuso; il processo mediatico è invece un sistema aperto, fatto di regole di inclusione, dove non esistono testimoni falsi, dove non sono arginate le domande suggestive, dove vale tutto. Il processo ordinario ha un assetto accusatorio, il processo mediatico si risolve spesso in un'ottica inquisitoria. Il processo ordinario è presidiato o dovrebbe essere presidiato dalla logica, il processo mediatico è predominato dall'emotività, dall'intuizione, dall'apparente buon senso. L'uno esalta la complessità, l'altro la mortifica nella semplificazione se va bene, se va male nella banalizzazione.

2.1.

Al mercato nero vince sempre il più scorretto.

Se questo è il processo mediatico, in esso nessuno si salva: qui vince comunque il più scorretto, a prescindere dal lavoro che fa. Vince il magistrato più ambizioso o più vanitoso che vuole usare i giornalisti; ma vince anche l'avvocato più aggressivo e scorretto; vince l'imputato (sia concesso l'errore) più «eccellente», vince il poliziotto-carabiniere-finanziere meglio introdotto nel circuito mediatico ai fini della sua progressione in carriera o della sua logica di cordata interna; e vince il giornalista più spregiudicato. Con un risultato (e qui è ancora Giostra ad aver additato il rischio) micidiale anche sul modo in cui in una collettività democratica viene amministrata la giustizia. Nella fisiologia la collettività elegge i propri rappresentanti, i quali fanno leggi che vengono applicate dai magistrati in un modo che viene raccontato dai giornalisti ai cittadini: se il modo in cui viene applicata la legge non soddisfa la collettività, la collettività può chiedere ai propri rappresentanti alcune riforme. Ma nel momento in cui la rappresentazione dell'amministrazione della giustizia è falsata, nel momento in cui il racconto della giustizia somiglia a quello del caldo nei Tg estivi, per cui c'è la temperatura vera e poi c'è la temperatura «percepita», «ci sono 25 gradi ma è come se fossero 35», nel momento insomma in cui la collettività si fa un'idea dell'amministrazione della giustizia sulla base della giustizia «percepita» attraverso il racconto falsato dal modello del processo mediatico, ecco allora che la collettività - Giostra lo avverte da anni - finirà per invocare o per accettare riforme su una realtà che non esiste. Esattamente quello che da anni, e ancora adesso, sta accadendo nella legislazione in tema di giustizia.

2.2.

Il falso rimedio degli uffici-stampa.

C'è un rimedio a queste distorsioni? Da più parti, spesso autorevolmente dall'interno della magistratura ma non di rado persino con il favore di larga parte della categoria giornalistica, si raccomanda l'istituzione di uffici-stampa in seno a Procure e Tribunali: un metodo che postula sia l'autorità giudiziaria a valutare la sussistenza dell'interesse pubblico a una notizia, esplicita l'intenzione di dare univocità di indirizzo alla dazione di informazioni giornalistiche centralizzate in capo al Procuratore, e teorizza che esse debbano servire all'autorità giudiziaria e non viceversa. Può darsi che sia un sistema efficace per la "copertura" della routine giornalistica di base, un po' come il "mattinale" di Questura per la cronaca nera, a mo' di allerta per le agenzie di stampa e le tv. Ma fuori da questa limitata dimensione, più che un toccasana il metodo ufficio-stampa appare contraddittorio, inutile, controproducente e insostenibile. Contraddittorio perché, se si crede alla funzione di controllo dei mezzi di informazione rispetto all'attività giudiziaria, allora è ben dura convincersi del fatto che sia buona cosa che il soggetto controllato scelga se e che cosa dire al controllore. Inutile perché, siccome nella pratica si risolve in una comunicazione di natura puramente burocratica, data per lo più in maniera ermetica e incompleta, essa non calma affatto il mercato selvaggio della notizia, ma anzi lo esaspera, spingendo i giornalisti che sono andati a prendere il comunicato del magistrato, e che non vi hanno trovato nulla di quanto cercavano, a cercare quello che non c'è in maniera ancora più aggressiva. Controproducente perché, nel cercare di rimediare a una distorsione, ne introduce un'altra: un procuratore capo che fa la selezione preventiva di quello che eventualmente deve o non deve entrare nel circuito mediatico, con lo spostamento (ma solo questo) del soggetto che

apre o chiude il rubinetto delle notizie. Senza contare che il metodo ufficio-stampa sembra insostenibile anche da un punto di vista sociale per una ragione di tempo, o meglio di sfasatura fra i tempi dell'accertamento giudiziario e i tempi invece del racconto dell'accertamento giudiziario. Sarebbe rassicurante coltivare l'aspettativa accarezzata da tanti magistrati, avvocati, politici: e cioè, quando comincia un'inchiesta, scriverne niente fin quando non sia finita e forse addirittura fino al processo: niente stress, niente problemi, niente querele, niente rischi di fare male alla gente..., solo che non si può: se uno viene arrestato, non siamo nel Cile di 30 anni fa, non è che si possa dire ai lettori "ve lo spieghiamo tra sei mesi perché Tizio è stato arrestato": a voler sapere come, quando e perché sia stato arrestato, sono il suo vicino di casa, il suo datore di lavoro, il padre della compagna di scuola di sua figlia, e tutti hanno diritto di sapere e di farsi un'idea, nei limiti del possibile, sulla fondatezza o meno di quell'arresto. Lo stesso vale per indagini che coinvolgano persone che hanno un rilievo pubblico, rispetto alle quali non si può posticipare l'informazione all'esito del giudizio, tanto più in quanto il piano del giudizio penale non può e non deve essere l'unica griglia di valutazione per i cittadini nel momento in cui assumono le proprie determinazioni: il cittadino vota "oggi", "oggi" deve decidere se e come orientare i propri investimenti, e non può attendere che fra 8 anni ci sia la sentenza passata in giudicato sul tal politico o sul crac di quella società quotata in Borsa, ma deve avere, nei limiti possibili e con tutte le approssimazioni possibili, qui e adesso, la disponibilità di alcune notizie. Idem per il cittadino nel suo essere di volta in volta contribuente, paziente di un ospedale, studente o insegnante, imprenditore o dipendente o sindacalista, consumatore, utente di servizi pubblici: e in tutti questi ruoli ha bisogno di avere "adesso", un adesso che poi può essere contrattato nei suoi termini specifici ma che deve comunque essere "adesso" e non misurato in anni, le notizie di interesse pubblico sulle quali formare il proprio convincimento.

3.

L'accesso diretto agli atti come riduzione del danno.

Si può forse allora provare a suggerire di inoculare un possibile vaccino che, sulle prime, potrà apparire un po' scioccante. E per tale motivo richiede a chi legge di considerarlo appunto come un vaccino, ovvero come qualcosa che sulle prime può dare l'impressione di far salire la febbre, ma che poi alla lunga serve a combattere un'infezione; e di pazientare un poco per poter valutare fino in fondo anche gli effetti benefici che questo sistema avrebbe non tanto per chi fa il lavoro di giornalista o per gli stessi operatori del diritto (avvocati-magistrati-investigatori) ma soprattutto per i lettori, e più ancora per i cittadini coinvolti nelle indagini, sotto il profilo della riduzione del danno già inevitabilmente connesso al coinvolgimento in una vicenda giudiziaria.

Ci si può cioè chiedere – interrogativo che ho iniziato a proporre al convegno Anm del 2006 a Napoli su «Deontologia giudiziaria. Il codice etico alla prova dei primi dieci anni» -- se non sia possibile trovare (studiando insieme come) un punto di equilibrio attorno alla ipocrita attuale distinzione normativa tra segreto d'indagine e fine del segreto ma non fine della non pubblicabilità, e dell'ancor più ipocrita balletto tra atto, stralcio parziale, riassunto, contenuto. Una sorta di baratto: il giornalista rinunci alla pretesa del "tutto e subito" anche nell'area presidiata da un segreto interno che intanto venga però normativamente ristretto e precisato, in cambio del fatto che a determinate scadenze temporali e procedurali, molto ravvicinate rispetto allo svolgersi degli avvenimenti e alle singole tappe d'indagine portate a conoscenza degli interessati, egli venga equiparato alle parti coinvolte nel procedimento sotto l'unico profilo dell'essere ammesso a un accesso diretto e legittimo (non da accattone più o meno nobile e più o meno scrupoloso) agli atti del procedimento in tutte le fasi nelle quali sostanzialmente questa circolazione già di fatto esista, sebbene oggi in misura pericolosamente incompleta e imprecisa.

3.1.

Sbiancare il finto proibizionismo.

E' il caso, ad esempio forse più comprensibile, delle ordinanze di custodia cautelare. Oggi cosa succede? Quando vengono arrestate alcune persone, dopo qualche giorno c'è un Tribunale del Riesame che valuta i ricorsi presentati dai difensori degli arrestati. Al Tribunale vengono

trasmessi tutti gli atti d'indagine alla base degli arresti. Il giornalista "accattone" oggi che fa? Comincia a fare il giro di tutte le possibili fonti detentrici di quegli atti o delle notizie contenute in quegli atti, colleziona le singole tessere del mosaico che riesce a ottenere nei vari rapporti personali con le sue fonti, e alla fine ha più o meno l'ordinanza cautelare e gli atti allegati. Ma, si badi, ora come ora la completezza o meno dipende solo dal giornalista, dalla sua iniziativa, dal suo scrupolo: se il giornalista è scorretto o sciatto o pigro, e si ferma solo al primo pezzo di storia che gli dà una fonte interessata, gli sfuggiranno dei particolari che magari sarebbero invece rilevanti per la cronaca, che trasformerebbero la notizia, che la contestualizzerebbero, che metterebbero a fuoco in maniera più corretta le posizioni delle varie persone coinvolte, tutte cose che non arriveranno mai ai lettori nel momento in cui invece sarebbe importante che ci arrivassero. È allora così scandaloso contemplare che, nelle varie fasi nelle quali oggi gli atti sono sostanzialmente pubblici per il tipo di circolazione che cominciano ad avere (ma nella clandestinità del finto proibizionismo) tra avvocati-magistrati-investigatori, sia possibile riconoscere ai giornalisti un accesso diretto e trasparente agli atti, con modalità nel dettaglio da mettere a punto? In fondo sarebbe anche un modo per far sì che il giornalismo mutui almeno un poco il proprio statuto dalla scienza, dove, se un ricercatore espone su una rivista scientifica una propria scoperta, tutti gli chiedono i dati per poter fare le controprove e verificare se abbia ragione oppure se sia impazzito o ancora se sia un cialtrone: ecco, questo riflesso oggi non esiste nella cronaca giudiziaria. I lettori non sono in grado, leggendo il giornale, di capire quali siano state le fonti del giornalista e quindi se egli ne abbia fatto un uso giusto e corretto. I giornalisti non dovrebbero avere paura di questa discovery, non è detto che sempre e a tutti i costi ci si debba rifugiare nell'obbligo di proteggere la fonte: certo, oggi si deve per forza farlo, a regime vigente si deve proteggere la fonte finché in un sistema di proibizionismo è l'unico obolo che permette al giornalista di "vedere" qualcosa: ma se si uscisse da questo sistema di finto proibizionismo, e si introducesse un accesso diretto e trasparente alle fonti di informazione giudiziaria, allora l'indicazione del percorso logico e fattuale che porta una notizia sul giornale sarebbe nella maggior parte dei casi non solo consigliabile, ma persino doverosa.

4. Le obiezioni possibili all'accesso diretto. Per prima cosa, la "verginità cognitiva" del giudice.

Un buon metodo è anticipare le obiezioni, da affrontare volentieri a condizione che muovano da un presupposto di realtà (misurato cioè su cosa oggi accade davvero) e in una ottica di riduzione del danno (nessuno potendo seriamente pensare di avere una ricetta magica che sani del tutto le patologie in questo settore).

Sicuramente, per iniziare, vi sarà chi lamenterà la possibile compromissione della "verginità" cognitiva del giudice. Ma a parte la sua impraticabilità (e persino ormai imprevedibilità) nell'esperienza concreta quotidiana; a parte l'impostazione della Cedu per la quale almeno i giudici professionali sono perfettamente attrezzati per non essere influenzati; e a parte la conferma di questo assunto che si può indirettamente ricavare dalle decisioni con le quali la Cassazione ha respinto ancora di recente talune richieste di spostamento di sede di un processo (come ThyssenKrupp da Torino o Forteto da Firenze) con l'argomento (n.23962 del 12 maggio 2015) che «le campagne di stampa, quantunque accese, astiose e martellanti o le pressioni dell'opinione pubblica non sono di per sé idonee a condizionare la libertà di determinazione del giudice, abituato a essere oggetto di attenzione e critica senza che per ciò solo ne resti menomata la sua indipendenza di giudizio o minata la sua imparzialità»; a parte tutto ciò, l'idea che la corretta formazione del convincimento del giudice sia compromessa da una superficiale anticipata conoscenza mediatica di atti appare argomento zoppicante se solo si pone mente al fatto che ad esempio già le intercettazioni (come tutti gli atti irripetibili) entrano per legge a far parte del fascicolo del dibattimento.

4.1. Il "colpevolismo".

Seconda possibile obiezione è che, in caso di accesso diretto del giornalista agli atti, si finirebbe per incentivare approcci colpevolisti. E qui sono tre i possibili contro-argomenti. In-

tanto si potrebbe agevolmente stilare un elenco di politici di qualunque schieramento sui quali nel passato più o meno recente si sono imbastite grandi campagne accusatorie da una parte e speculari grandi campagne innocentiste dall'altra, peraltro spesso con pari uso di falsità. Poi va rammentato anche che, a proposito della separazione delle carriere tra pm e giornalisti ironicamente auspicata da Luciano Violante, e dell'altrettanto canzonatorio accento talvolta posto sulla retorica del giornalista come «cane da guardia della democrazia», se è verissimo che esistono giornalisti «cani da salotto» al docile guinzaglio delle Procure, esistono però anche «padroni» dei «cani da salotto» che (proprio nell'attuale regime di finto proibizionismo sui segreti processuali) neanche hanno avuto bisogno dei loro «cani da salotto» per disporre sottobanco di un atto giudiziario segreto, ricevuto direttamente nel loro non metaforico salotto di casa e recato in dono dalla Procura (o più precisamente dalla società privata che faceva le intercettazioni per conto della Procura): come nel celeberrimo caso nel 2005 di un'intercettazione in quel momento segreta, non depositata agli avvocati di una indagine sulle scalate bancarie, nemmeno ancora trascritta ai pm, per giunta penalmente non rilevante, eppure guarda caso usata poi sotto elezioni da un «cane da salotto», sul giornale edito dal «padrone» del «cane da salotto», contro l'avversario politico del «padrone» del «cane da salotto». Infine, la tesi secondo la quale l'attenzione mediatica su una vicenda processuale sarebbe per forza e sempre nociva per l'imputato, nonché inquinante appunto l'orizzonte cognitivo dei giudici, è contraddetta persino da sentenze definitive che in casi ipermediatizzati hanno argomentato l'esatto contrario: nel caso di Cogne, ad esempio, la Cassazione nel 2008 ha rilevato come «il segnalato interesse mediatico, in larga parte ricercato, propiziato e utilizzato dalla stessa imputata, ha dato inusitato impulso ad iniziative processuali delle difese e degli stessi organi giudicanti, favorendo il massimo approfondimento di ogni aspetto del giudizio e dilatandone le dimensioni, nonostante l'opzione per il rito abbreviato, ben al di là di un normale giudizio celebrato con il rito ordinario. L'interesse mediatico, spontaneo o scientemente indotto, non si è dunque mai risolto in un decremento delle facoltà difensive dell'imputata ma, piuttosto, nel suo contrario, ampliandone gli spazi di garanzia e favorendo in massimo grado, per l'eshaustività delle indagini espletate, la formazione del convincimento dei giudicanti». Esperienza dunque tutt'altro che negativa, richiamata poi dalla Cassazione anche nella sentenza su Garlasco: «La difesa lamenta che l'attenzione mediatica avrebbe danneggiato l'imputato, ma non dice che è stata dal medesimo stimolata in molteplici occasioni (numerosi gli interventi sui media dell'imputato, dei suoi difensori e di vari commentatori che ne hanno preso le difese) e che ha ottenuto, a dire il vero, un effetto opposto a quello lamentato, come già rilevato dalla Suprema Corte in altra occasione a fronte di doglianze pressoché analoghe». (appunto il caso Cogne).

E se spietata non deve mai cessare di essere la vigile autocritica dei giornalisti, talvolta varrebbe però la pena anche di rimarcare – specie a coloro che pigramente gli rimproverano sempre e solo un fiancheggiamento colpevolista delle tesi accusatorie - i casi nei quali proprio l'intervento dei giornalisti ha sensibilmente concorso a mostrare le lacune di accuse inizialmente roboanti e a sottrarre innocenti alle conseguenze di queste illusioni ottico-giudiziarie. E' stato un sito online di giovani cronisti siciliani a mostrare come l'apparente «passaporto» dello Stato Islamico rilasciato dal «Governatorato della Svezia», elevato (in conferenze stampa in pompa magna e in libri di procuratori alla moda) al rango di prova regina dell'affiliazione jihadista di un ventenne siriano arrestato dopo lo sbarco in barcone a fine 2015, in realtà fosse solo una beffarda parodia online dei tagliagole dell'Isis messa in circolazione su Internet da un musicista siriano curdo stabilitosi in Svezia (chiarimento che ha non poco contribuito all'assoluzione dopo 15 mesi di custodia cautelare del giovane per il quale era stata chiesta una condanna a 4 anni per associazione a delinquere con finalità di terrorismo internazionale). E a salvare nel 2015 un giovane marocchino dall'estradizione chiesta dalla Tunisia quale corresponsabile dei 24 assassinati nella strage del Museo del Bardo erano stati (prima ancora dei pm che poi scoprirono pure un equivoco sulle telefonate partite dal suo cellulare e ne chiesero l'archiviazione) proprio i cronisti che il giorno dell'arresto erano andati nella scuola di italiano frequentata dal marocchino nell'hinterland milanese, accorgendosi che dal registro il giovane risultava presente in una data e in orari incompatibili con la strage.

4.2. *Le persone estranee alle indagini.*

La terza obiezione all'idea di un accesso diretto e trasparente agli atti da parte del giornalista verte solitamente sui "terzi", e cioè esprime timori per le circostanze che il giornalista verrebbe ad apprendere su persone estranee al merito delle indagini (come se già oggi non le apprendesse comunque in egual misura ma a spizzichi e bocconi nella clandestinità): chi la muove, infatti, postula in sostanza che non si dovrebbe mai scrivere di persone terze rispetto agli indagati di un procedimento giudiziario. Per la verità, già il «Codice di deontologia relativo al trattamento dei dati personali nell'esercizio dell'attività giornalistica», del 19 febbraio 2016, all'articolo 6 ammette: «La divulgazione di notizie di rilevante interesse pubblico o sociale non contrasta con il rispetto della sfera privata quando l'informazione, anche dettagliata, sia indispensabile in ragione dell'originalità del fatto o della relativa descrizione dei modi particolari in cui è avvenuto, nonché della qualificazione dei protagonisti». E «la sfera privata delle persone note o che esercitano funzioni pubbliche deve essere rispettata se le notizie o i dati non hanno alcun rilievo sul loro ruolo o sulla loro vita pubblica», il che significa per converso che essa può invece restringersi se ha rilievo sul loro ruolo pubblico. E non c'è bisogno di scomodare i punti cardinali del mestiere di giornalista se persino la Cassazione civile ha avuto modo nel 2014 di esplicitamente escludere questa sorta di ventilato coprifuoco sui terzi, peraltro in un caso molto delicato (III sezione, n.21404, 10 ottobre 2014) di intercettazioni di una inchiesta nella quale, senza rilevanza penale, una conduttrice tv discuteva del timore di essere sostituita in ragione o meno di un favore sessuale: «Non è sostenibile in linea generale che, quando in un atto processuale non coperto da segreto secondo le regole del codice di procedura penale, risulti contemplato un fatto o una notizia che sia relativa a persona che non sia in esso coinvolta come "parte", e che siano potenzialmente lesivi del suo onore, della sua reputazione, della sua riservatezza o di altri interessi primari, automaticamente si debba ritenere che l'esercizio del diritto di cronaca riguardo al processo debba avvenire per ciò solo omettendo qualsiasi riferimento a detta persona, perché il suo coinvolgimento in quella veste comporterebbe di per sé la carenza dell'interesse pubblico del lettore alla conoscenza di ciò che lo riguarda. Occorre provvedere invece sempre a un accertamento concreto dell'esistenza o meno di tale interesse, che può dunque sussistere anche se l'informazione emergente dall'atto concerna persona non coinvolta». E questo perché «la conoscenza dell'esercizio della pretesa punitiva penale e delle sue modalità è (data l'invasività e la pervasività della giurisdizione penale) correlata per definizione all'interesse pubblico».

4.2.1. *Le persone estranee alle indagini: qualche esempio.*

Può forse essere utile, a questo punto, calare queste considerazioni teoriche in qualche applicazione pratica assurda alla ribalta delle cronache. Esempio 1, gli sms sentimentali nel 2005 tra un noto immobiliare indagato e una famosa attrice all'epoca a lui legata: erano entrambe personalità pubbliche per le rispettive professioni, ma i messaggi non avevano rilevanza penale per l'indagine sulle scalate bancarie né interesse pubblico per la collettività, quindi non c'era motivo di scriverli, e difatti (ma questo molti lo dimenticano o lo ignorano quando citano sempre questo caso) il quotidiano nazionale romano che li pubblicò fu poi sanzionato dal Garante della Privacy. Esempio 2, i tabulati e le intercettazioni sulle presenze notturne di una minorenni nella residenza dell'allora premier: la materia riguardava la vita privata, ma aveva rilevanza penale (essendo il presupposto dell'imputazione di prostituzione minorile), e comunque era di interesse pubblico sotto il profilo della potenziale ricattabilità del premier, quindi assolutamente da scrivere. Esempio 3, nella medesima inchiesta a un certo punto tra gli atti depositati comparve un diario sequestrato a una seconda ragazza minorenni all'epoca dei fatti, la quale sotto forma di sceneggiatura descriveva in alcune pagine le minuziosamente dettagliate performance sessuali che ella asseriva di aver realizzato con il premier: qui i giornali si differenziarono, alcuni riportarono il diario nel dettaglio, con l'argomento che esso figurava tra gli atti del processo, altri (più convincentemente) valutarono al contrario che nella descrizione minuziosa delle presunte pratiche sessuali non vi fosse interesse pubblico per la collettività, e che quella descrizione oltrepassasse il limite della essenzialità della notizia che andava invece data perché di interesse pubblico, e cioè la notizia che esisteva un'altra minorenni la quale in

un diario affermava di avere avuto rapporti con il premier. Esempio 4, le intercettazioni tra Craxi latitante in Tunisia e una attrice, depositate e in parte utilizzate dal pm nella requisitoria di un processo di Mani pulite: riguardavano per lo più rapporti personali privati, il loro dettaglio non aveva rilevanza penale, non avevano interesse pubblico, e infatti a causa della loro pubblicazione non è strano che nel 2003 la Cedu abbia condannato l'Italia (soprattutto sotto il profilo della mancata attivazione di una successiva ricerca di responsabilità). Esempio 5, le intercettazioni che in una inchiesta in materia ambientale colsero il compagno (indagato) di una ministra utilizzare questo legame per accreditarsi presso aziende che dipendevano dalle decisioni della ministra: il fatto che il compagno sia poi stato archiviato non toglie che fosse allora di interesse pubblico e non cancella che resti ora di interesse pubblico, e quindi convintamente meritevole di pubblicazione, la notizia dello sfruttamento del ruolo della ministra da parte del suo compagno. Esempio 6: le intercettazioni, non penalmente rilevanti per i due interlocutori imprenditori indagati invece nel cuore dell'inchiesta su alcuni appalti pubblici, dalle quali era emerso che un sottosegretario alla Presidenza del Consiglio, «terzo» non indagato, avesse soggiornato in una lussuosa vacanza in albergo a spese di uno dei due interlocutori dell'intercettazione: non c'era rilevanza penale, ma c'era l'interesse pubblico alla pubblicazione, peraltro indirettamente confermato dalla sua scelta di dimettersi dopo la pubblicazione. Esempio 7, gli interrogatori dell'inchiesta sulle minorenni che si prostituivano in un quartiere centrale di Roma: c'era la rilevanza penale per i clienti e gli sfruttatori, c'era senz'altro l'interesse pubblico attorno a questo fenomeno che in più lambiva le scuole, ma in presenza di minori sarebbe bastato, pur nello scrivere queste notizie, non indicare i nomi e inoltre depurare tutti quegli elementi che seppure indirettamente consentissero l'identificazione delle ragazzine (peraltro va ricordato che le norme deontologiche sul trattamento delle notizie sui minori bocciano anche l'uso dell'espressione «baby-squillo» negli articoli e nei titoli).

5.

Rilevanza penale o interesse pubblico.

Anche solo già in questa breve casistica risalta quale sia il vero punto di attrito, non trattabile dai giornalisti, rispetto a pressoché tutti i tentativi di riforma di questa materia: il rifiuto della «rilevanza penale» come unico parametro per la liceità di una cronaca giudiziaria, e – a sua volta come in una matrioska – l'identificazione di cosa si debba invece intendere per notizia di «interesse pubblico» e di quale sia il soggetto legittimato a operare questa valutazione. Non a caso anche la delega contenuta nella riforma del processo penale si propone di vietare la pubblicazione di «comunicazioni non rilevanti a fini di giustizia penale» e tutelare «la riservatezza delle comunicazioni e delle conversazioni delle persone occasionalmente coinvolte nel procedimento». Ma intanto, per cominciare, conviene a provare a prendere sul serio e alla lettera i rigidi fautori di questo criterio della rilevanza penale: cosa vorranno mai che si intenda per penalmente rilevante? Solo ciò che è condensato in un capo di imputazione? O anche la descrizione dei fatti contenuta nel documento (un'ordinanza cautelare, un decreto di perquisizione, un sequestro, un invito a comparire) che comunica e veicola quella contestazione? O anche ciò che non sta nell'imputazione e neppure nel testo del documento, ma che sta negli atti allegati per legge a quel documento (come trascrizioni di intercettazioni o verbali di interrogatori non necessariamente richiamativi)? O anche ciò che non sta nell'imputazione e neppure nel testo del documento e nemmeno negli atti allegati ma che sta magari «sparso» in quella parte di atti depositati allo stato più «brado» (come brogliacci di intercettazioni, tabulati telefonici, corrispondenza mail, materiali sottoposti nel tempo a sequestro)? E qualunque sia la risposta, si vorrà intendere solo la formulazione cristallizzata nella fase finale del procedimento, oppure anche quella mutevolmente intermedia che ha via via preso corpo ad esempio nelle richieste (dei pm) e nei decreti (del gip) di proroga delle indagini o di proroga delle intercettazioni? Troppa acqua, e troppo fluida, perché un recipiente «forzato» riesca a trattenerla. Senza contare – e questa è la seconda e dirimente osservazione sul punto – che chi decide che cosa sia o non sia «interesse pubblico», assumendosene ovviamente la responsabilità, può essere solo il giornalista. E non lo dice un giornalista per provocazione: lo testimonia la casistica della Cedu, ad esempio e con particolare evidenza nella causa Furst-Pfeifer contro Austria del 2016, nel quale la Cedu ha bocciato il ricorso di una psichiatra, sovente nominata consulente dei minori dall'autorità giudiziaria, che chiedeva la condanna dei giornalisti che avevano scritto un articolo sulla sua salute mentale. Dunque in teoria c'erano tutti gli estremi valorizzati

dai fautori del coprifuoco: la signora era «terza», non era parte di un processo nel quale quelle informazioni potessero essere penalmente rilevanti, non era un personaggio pubblico, e per giunta era stato diffuso il più sensibile (la salute) dei dati sensibili per la sua privacy. Eppure la Cedu ha rigettato il suo ricorso, ha bilanciato anche qui il suo diritto alla reputazione e alla privacy con il diritto della collettività a ricevere informazioni di interesse generale, ha valutato che in quel caso fosse interesse di tutti sapere se la consulente giudiziaria per i minori maltrattati possedesse o meno i requisiti psicologici adatti, e ha così rimarcato che anche un privato, pur non essendo personaggio pubblico come un politico, se agisce quale funzionario pubblico può vedere ristretto il perimetro della propria privacy in quell'ambito.

5.1. *L'accesso diretto agli atti come medicina per cinque malattie.*

Già si affaccia un ulteriore tipo di obiezione, del tutto comprensibile se misurata su taluni terrificanti misfatti giornalistici: si può mai lasciare alla gestione del giornalista il delicatissimo bacino informativo contenuto in ogni procedimento giudiziario? Per provare a rispondere – sempre in un'ottica non di inesistente miracolosa ricetta ma di realistica riduzione del danno al confronto con il Far West attuale -, il qui proposto «antidoto» va saggiato in rapporto ad almeno cinque delle «malattie» che potrebbe curare e che oggi molti denunciano come la «peste» della cronaca giudiziaria. Primo: se tutti i giornalisti accedono lecitamente alle stesse carte, allora non ci sarà più privilegio possibile per nessuno, si spezzerà quel rapporto incestuoso tra magistrato e giornalista (ma in realtà, più in generale, tra singola fonte e giornalista) che da più parti viene temuto e giustamente criticato: non c'è più niente da «scambiare», il giornalista ha già un accesso trasparente a quello che deve poi raccontare ai lettori, è tutto alla luce del sole, non ha più bisogno di doversi difendere (con le sue regole deontologiche) dalla tentazione di scambiare alcunché con nessuno. Secondo: se tutti i giornalisti accedono in trasparenza alle stesse carte, allora il lettore non si gioverà della gara giornalistica tra chi è più introdotto con il pm, con l'avvocato, col cancelliere, col gip, col poliziotto di turno, ma della competizione su chi è più bravo ad analizzare gli atti, a fare i collegamenti, a metterne in luce pecche e punti di forza, su chi è più profondo, più accurato, più bravo a scrivere. Terzo: si produrrebbe anche un effetto di ecologia professionale a beneficio dei lettori. Perché, se tutti hanno tutte le carte, tra i giornalisti non c'è più spazio per gli «inventori». E chi inventa viene subito scoperto. E chi abusa del proprio potere viene subito sanzionato dalla sanzione peggiore che ci sia per un professionista della comunicazione, cioè dalla lesione della propria reputazione di fronte ai lettori nell'ambito del lavoro. Quarto: se tutte le carte sono trasparentemente sul tavolo, ne otterranno un beneficio anche gli operatori del diritto, liberati da quelle «campagne» che li accusano appunto di fare politica attraverso le indagini (se inquirenti) o le strategie difensive (se imputati o avvocati): non si potrà più credibilmente tacciare questa o quella iniziativa giudiziaria di essere rossa, nera, gialla o verde, perché appunto saranno a disposizione gli atti di quella specifica «puntata» della storia, e da essi si potrà verificare su cosa poggia o su cosa traballi quella certa iniziativa giudiziaria. Quinto: chi a parole teme la possibile invadenza delle proprietà dei mezzi di informazione sulla libertà e sull'indipendenza dei giornalisti, dovrebbe concordare sul fatto che questo sistema offrirebbe ai giornalisti un'arma di difesa in più. Infatti, anche qui, se in una certa fase tutti hanno legittimo accesso a tutti gli atti, i giornalisti possono dire ai loro editori: «Caro editore, non possiamo non pubblicare questa notizia, perché, se noi non la scrivessimo, domani saremmo gli unici a non averla scritta, e faremmo la figura di quelli che non l'hanno scritta in quanto amici del padrone o dei suoi amici».

5.2. *Il contesto disciplinare.*

Peraltro i giornalisti si sono già autonomamente dati delle coordinate deontologiche che, se intimamente assimilate prima ancora che solo formalmente rispettate, attutirebbero almeno le più crude asperità della cronaca giudiziaria. Il «Testo unico dei doveri del giornalista», che approvato dal Consiglio Nazionale nella riunione del 27 gennaio 2016 recepisce 13 Carte di settore, all'articolo 8 indica che il giornalista «rispetta sempre e comunque il diritto alla presunzione di non colpevolezza, in caso di assoluzione o proscioglimento ne dà notizia sempre

con appropriato rilievo e aggiorna quanto pubblicato precedentemente, in special modo per quanto riguarda le testate online; osserva la massima cautela nel diffondere nomi e immagini di persone incriminate per reati minori o condannate a pene lievissime, salvo i casi di particolare rilevanza sociale; evita, nel riportare il contenuto di qualunque atto processuale o d'indagine, di citare persone il cui ruolo non sia essenziale per la comprensione dei fatti; cura che risultino chiare le differenze fra documentazione e rappresentazione, fra cronaca e commento, fra indagato, imputato e condannato, fra pubblico ministero e giudice, fra accusa e difesa, fra carattere non definitivo e definitivo dei provvedimenti e delle decisioni nell'evoluzione delle fasi e dei gradi dei procedimenti e dei giudizi». E all'articolo 9: «Rettifica, anche in assenza di specifica richiesta, con tempestività e appropriato rilievo, le informazioni che dopo la loro diffusione si siano rivelate inesatte o errate; non dà notizia di accuse che possano danneggiare la reputazione e la dignità di una persona senza garantire opportunità di replica, nel caso in cui ciò si riveli impossibile ne informa il pubblico; rispetta il segreto professionale e dà notizia di tale circostanza nel caso in cui le fonti chiedano di rimanere riservate, in tutti gli altri casi le cita sempre; non accetta condizionamenti per la pubblicazione o la soppressione di una informazione; non omette fatti, dichiarazioni o dettagli essenziali alla completa ricostruzione di un avvenimento». E all'articolo 3: «Rispetta il diritto all'identità personale ed evita di far riferimento a particolari relativi al passato, salvo quando essi risultino essenziali per la completezza dell'informazione; non pubblica i nomi dei congiunti di persone coinvolte in casi di cronaca, a meno che ciò sia indispensabile alla comprensione dei fatti».

6.

L'unica sanzione davvero efficace? La sanzione reputazionale.

Non priva di pregio resta tuttavia la critica che nell'attuale asticella della giustizia disciplinare «domestica» dei giornalisti ravvisa un corporativo difetto di incisività, e dunque paventa che si rischi molto a lasciare presidiare da un arsenale disarmato la sanzione di scorretti utilizzi giornalistici delle informazioni processuali. Eppure, se ci si fa mente locale, sino a pochi anni fa era ad esempio assai frequente leggere sui giornali i nomi o vedere in tv i volti dei minori, evento che per fortuna oggi è invece infrazione assai rara: una positiva evoluzione dovuta non tanto a chissà quali pesanti sanzioni inflitte o minacciate, quanto a evoluzione e maturazione del costume giornalistico. Come elevarne lo standard anche in altri aspetti delle cronache giudiziarie? Il carcere è incompatibile (salvo che per i «discorsi di odio», e forse in prospettiva per particolari casi di recidiva) con l'indirizzo della Cedu, la cui casistica peraltro boccia anche le sanzioni solo pecuniarie, persino se di modesta entità in termini assoluti ma magari meno modeste se rapportate in concreto ai redditi del giornalista, in quanto potenzialmente in grado di produrre un effetto deterrente sulla libertà di stampa. Premere l'acceleratore sulle multe, oltretutto, in concreto finirebbe con il penalizzare molto più chi sbaglia in buona fede e molto meno i «killer» della notizia adusi a mettere a bilancio il costo della diffamazione che stia a cuore dei loro mandanti. Le sanzioni interdittive sarebbero senz'altro efficaci, ma proprio per questo anche troppo pericolose nella materia della libertà d'espressione. Come uscirne allora? Agendo sulla leva della reputazione, che per un giornalista è tutto perché la credibilità professionale è l'unico suo patrimonio. Assai più costoso e temuto di una sentenza penale di condanna, o di un risarcimento civile inflitto, o di una censura o un ammonimento decisi come giustizia disciplinare, sarebbe il dare ampia pubblicità al tipo di scorrettezza compiuta e alla conseguente sanzione inflitta, se notorie si riuscisse appunto a renderle all'opinione pubblica che legge quel giornale o guarda quel tg. In che modo? Prevedendo che le condanne penali, le sentenze dei risarcimenti civili, le sanzioni disciplinari, i provvedimenti del Garante della privacy, siano obbligatoriamente pubblicati con evidenza sui giornali o nelle tv che le hanno meritato. E siccome è effettivamente improbabile che lo facciano di loro iniziativa, o probabile che lo facciano come usano farlo oggi con le rettifiche a pagina ottomila in corpo minuscolo e oppure alle due di notte in tv, l'idea potrebbe essere quella di prevedere per legge che ciò avvenga quantomeno in una dedicata pagina settimanale sulle testate di carta e in un dedicato spazio settimanale nei tg e nei programmi tv, e comunque in ogni caso in una apposita pagina del sito online delle testate: pagina alla quale rimandi (sempre per evitare che il dato venga furbescamente occultato) una lampeggiante «finestra» pop-up ben visibile a chi apra la home page del sito della testata o veda il tg della testata nel giorno in cui viene «caricata» la sanzione, e una altrettanto lampeggiante finestra pop-up ben visibile a chi cliccasse sul link dell'articolo

o del videoservizio oggetto di sanzione. Il sistema così si autoalimenterebbe, la sanzione avrebbe automaticamente in pancia l'effetto di correzione, che inizierebbe a circolare in maniera molto più diffusa ed efficace, dunque incidendo in misura sensibile sulla reputazione del giornalista o della testata sanzionati, specie se per loro dovessero ripetersi cartellini rossi di questo genere. E, alla fine, omeopaticamente, caso dopo caso, la leva reputazionale spingerebbe ai margini del mercato editoriale i giornali e le testate che oggi costruiscono la propria rendita sul fatto di non pagare pegno di credibilità agli occhi dei propri lettori o telespettatori.

Si può persino prendere in considerazione se questo medesimo obiettivo - e cioè il ristoro della verità per la parte danneggiata dalla cattiva informazione, e il costo di credibilità da far pagare alla reputazione di chi quella cattiva informazione ha praticato - sia raggiungibile anche immaginando una estensione (con alcune opportune modifiche) del ricorso al Giuri d'Onore: cioè dell'istituto attualmente previsto all'articolo 596 del codice penale solo per i casi di ingiuria e diffamazione nei quali l'offesa consista in un fatto determinato, laddove il Giuri d'Onore può essere l'organo giudicante (composto da uno o più membri dispari, nominati dalle parti o dal presidente del Tribunale) al quale la persona offesa e l'offensore concordino di deferire il giudizio (entro tre mesi prorogabili di altri tre) sulla verità del fatto e l'accertamento in via equitativa dell'eventuale danno che ne sia derivato. E' un percorso poco praticato, sia nella teoria (l'Accademia nazionale di scherma da oltre un secolo prevede nello statuto l'istituzione di un giuri permanente autorizzato a esprimersi su questioni in tema di onore e reputazione) sia nella prassi (nell'estate 2016 c'è stato un caso nel quale il comitato esecutivo dell'Ordine nazionale dei giornalisti ha costituito un Giuri d'Onore per dirimere una controversia tra il direttore di una testata sportiva tv e un suo giornalista), ma potrebbe essere uno strumento potenzialmente adeguato a far risaltare pubblicamente chi abbia offeso chi su che cosa, chi abbia sbagliato e chi sia stato danneggiato in che cosa.

7.

Dove si rischia invece di andare con le norme in cantiere.

La strada verso la quale vanno invece le proposte di legge ormai a un passo dall'approvazione è opposta. E, oltre ad apparire errata, sarà soprattutto velleitaria rispetto all'obiettivo che si propone, se non addirittura ancor più nociva per le persone che vorrebbe tutelare. Si pensi ad esempio a cosa prefigura la delega sulle intercettazioni, contenuta nel ddl Orlando, riguardo alle modalità pratiche dell'udienza-stralcio per la selezione in contraddittorio del materiale penalmente rilevante: guardare ma non toccare, leggere ma non fotocopiare, avvocati che al massimo potranno prendere qualche appunto, in tempi non commisurati alla mole di audio da ascoltare. Ebbene, se sarà così, sarà un film già visto, almeno da chi per mestiere ebbe l'avventura (nel lontano 2007) di assistere all'identico sistema con il quale il Tribunale di Milano ritenne di «garantire le prerogative dei parlamentari e le esigenze del diritto di difesa» degli indagati in una tappa di una inchiesta su due scalate bancarie: la tappa nella quale il gip, dovendo decidere se domandare al Parlamento (come chiesto dai pm) l'autorizzazione all'utilizzazione di 73 intercettazioni indirette di 6 parlamentari, le fece trascrivere a un perito e le mise a disposizione (con le appena ricordate limitazioni logistiche) dei 168 difensori degli 84 indagati: una baraonda che si protrasse per tutti i quattro giorni di questo tipo di udienza, con il cerino rimasto in mano ai giornalisti che - vigendo sempre il reato di pubblicazione arbitraria di atti di un procedimento penale, ma in una situazione ibrida né di segreto totale né di trasparenza totale - si ritrovarono a dover galleggiare negli spezzoni di intercettazioni che, veri o falsi, completi o travisati, cominciarono ugualmente a essere fatti circolare (a seconda dell'interesse di cordata, di partito, di impresa) da questa o quella persona fra le ormai non più poche (indagati, avvocati, magistrati, finanziari, periti, cancellieri) che da quel momento potevano contare sul fatto che tutti gli altri ne fossero stati messi a teorica conoscenza. Con il risultato che gli interlocutori di quelle intercettazioni, invece di finire sui giornali una volta sola ma con le loro parole esatte e complete (come sarebbe avvenuto se i giornalisti avessero potuto accedere dall'inizio e in trasparenza ai medesimi atti), finirono ripetutamente maciullati per molti giorni sugli organi di informazione (con l'eccezione di sparuti cronisti che fecero obiezione di coscienza preferendo pagare il pegno del "buco" altrui), e soprattutto sempre con pezzi di frasi sbagliate-equivocate-decontestualizzate per come venivano riferite da chi aveva interesse a ritoccarne il senso.

E sempre da artigiano della cronaca giudiziaria, da metalmeccanico di questo genere di

notizia, da tuta blu dell'informazione processuale, il cronista può forse permettersi poi di mettere sull'avviso che il sistema contemplato dal ddl per il trattamento delle intercettazioni finirà anche per allargare in maniera insostenibile la forbice tra chi avrà i soldi per rendere effettiva la propria conoscenza delle intercettazioni passibili di incidere sulla propria posizione, e chi invece non avrà i soldi per curare questo aggiuntivo aspetto cruciale della propria difesa. Lo rende intuibile un calcolo banalmente aritmetico, e cioè l'esempio di un processo milanese per corruzione, di quelli non bagatellari ma nemmeno mastodontici, come ce ne sono di frequenti in questa materia per sforzi e tempi profusi nelle indagini: centinaia di migliaia di fomie relative a diversi Rit, 715 giorni di registrazione, pari a 10.000 ore trasfuse in 91 Dvd e riassunte in 32.000 pagine di brogliacci. Costo difensivo per il cliente: 1.500 euro alla settimana per sei mesi, totale 80.000 euro. Chi si potrà permettere standard del genere?

8. Giornalista “specie” da proteggere.

Nel dibattito pubblico, invece, sembra proprio che non si riesca ad andare oltre le doglianze incrociate tra chi ritiene troppo blande le pene per i giornalisti e chi all'opposto grida all'intimidazione ogni volta che un giornalista venga appena lambito da un accertamento. E' un braccio di ferro stucchevole, uno di quelli nei quali ciascuno ovviamente valorizza i “muscoli” statistici che più confermano la propria tesi: i giornalisti, ad esempio, traggono da «Ossigeno» (l'osservatorio di Ordine e Federazione della stampa) una elaborazione 2016 su dati ministeriali dalla quale risulterebbero in un anno 475 condanne penali di cui 320 a sanzioni pecuniarie e 155 a pene detentive per complessivi 103 anni di reclusione, richieste di risarcimenti in media sui 45,6 milioni l'anno, e 54 milioni l'anno di spese legali dei giornalisti per la difesa. In verità, più del tira e molla sui numeri, gioverebbe essere molto laici e, per cominciare, dissociarsi dal troppo comodo modello di giornalista che prima scrive le cose e poi, invece di assumersi le responsabilità che sperabilmente abbia soppesato prima di scrivere, piagnucola di fronte alla reazione. Però poi non è proprio vero che, come si sente spesso argomentare, la questione stia solo nella modesta entità dell'oblazione da 130 euro o giù di lì per la pubblicazione arbitraria (cioè con troppi virgolettati) di atti giudiziari non più coperti da segreto interno.

8.1. *Liti temerarie.*

Intanto c'è un problema già nella totale infondatezza della maggior parte delle azioni civili che vengono intentate ai giornali con richieste di risarcimenti danni che ormai viaggiano tranquillamente intorno ai 100.000, 500.000, 1 milione di euro. Tutte denunce campate in aria, perché uno che scrive le notizie esatte nel modo giusto sa di non incorrere in alcuna conseguenza, e i primi a sapere che siano cause campate per aria sono proprio quelli che le intentano. Però sanno anche che, se fanno una causa da 1 milione di euro di richiesta, il giornale dovrà accantonare un po' di soldi teoricamente per quel rischio, e pagare bravi avvocati, e imbarcarsi in anni di cause: fa già fatica a tenere botta un giornale grande che abbia la fortuna di potersi permettere un ufficio legale competente ed efficiente, figurarsi un giornale medio, non parliamo poi di un giornale piccolo o di una cooperativa o di una tv locale o di una agile testata online. Sicché forse in prospettiva potrebbe avere un senso da un lato riequilibrare il braccio di ferro tra attore e convenuto. Ad esempio rafforzando l'odierno ancora limitato spettro normativo di sanzioni per liti temerarie, e cioè introducendo per l'attore il rischio di dover corrispondere al convenuto, nei casi in cui la sentenza ravvisi l'assoluta strumentalità dell'azione intentata, una ragionevole ma incisiva percentuale della richiesta danni che egli aveva proposto; e dall'altro lato istituire un fondo di garanzia che – alimentato dagli introiti di queste multe per liti temerarie – sia in grado di anticipare le spese di difesa quantomeno ai giornalisti sprovvisti di copertura finanziaria nelle proprie testate.

8.2. *Imputazioni “creative”.*

Poi non va sottovalutato tutto quel proliferare di iniziative giudiziarie che, poco note perché per lo più ambientate nelle cronache locali, ormai non si sa se classificare come più ottusamente aggressive o più insostenibilmente creative: surreali accuse di ricettazione, incriminazioni per violazione di segreto nonostante gli atti siano già all'avviso di conclusione delle indagini e deposito atti, cervelotiche contestazioni a gruppi di cronisti di concorso in improbabili associazioni a delinquere finalizzate a ipotizzate diffamazioni. Un'imputazione come questa ha bisogno di una notevole dose di “coraggio” già per poter essere messa per iscritto, eppure talvolta viene davvero formulata dalle Procure: perché? Si può credere che questi pm siano degli sprovveduti? Certo che no. Però così facendo possono attivare ad esempio le intercettazioni, che non serviranno a sapere chi abbia dato una notizia a un giornalista, ma serviranno per il futuro a fare terra bruciata intorno al giornalista, e a combattere le piccole guerre di potere all'interno delle forze di polizia e degli uffici giudiziari. La medesima molla spinge quelle Procure che vanno a perquisire redazioni (cosa del tutto legittima se si ritiene che ve ne siano gli estremi di legge) e a sequestrare computer e telefonini (idem) ma che, invece di andare a cercare notizie o files o documenti pertinenti all'articolo sul quale esiste a loro avviso un presunto problema di fuga di notizie, prendono tutto il contenuto del computer o dell'armadio per vedere – pur sapendo benissimo che poi non sarebbe utilizzabile – che cosa vi sia dentro, con chi parli il giornalista, con quali fonti abbia rapporti. La Cedu ha ripetutamente condannato gli Stati che ricorrono al mezzo della perquisizione e del sequestro (specie di pc e telefoni) per aggirare la protezione del segreto professionale del giornalista sulle fonti che gli abbiano chiesto di restare riservate, eppure iniziative del genere continuano ad arrivare al vaglio di Tribunali del Riesame e Cassazione, benché già più volte le abbiano fatte a pezzi spiegando ai pubblici ministeri in questione che forse erano leggermente (e consapevolmente) fuori dall'alveo costituzionale. In compenso il giornalista continua nella realtà a essere considerato come un intruso nelle cronache giudiziarie: l'illuminata convinzione teorica espressa dal professor Renzo Orlandi nel proprio studio, circa il fatto che il diritto di cronaca legittimi il giornalista a chiedere e ottenere l'accesso ad atti (non più coperti da segreto interno) acquisibili da «chiunque vi abbia interesse» in forza dell'articolo 116 c.p.p., nella pratica quotidiana si traduce invece nella frustrazione del rigetto immancabilmente opposto dai giudici ai giornalisti che avanzino questa istanza.

8.3. *Tentazione maximulte e 231.*

Non è un caso che nei più insidiosi progetti di riforma i proponenti abbiano cercato di introdurre non tanto un inasprimento in sé delle somme da pagare come sanzione, ma il loro aggancio al decreto legislativo 231/2001 sulla responsabilità amministrativa delle imprese per i reati commessi nell'interesse aziendale dai dipendenti, attraverso l'estensione anche ai reati-presupposto più tipicamente legati all'esercizio dell'attività giornalistica. Questo orientamento è piuttosto sottovalutato nel dibattito pubblico, forse perché le sue conseguenze indirette, collegate all'accarezzata estensione del perimetro di divieto di pubblicazione degli atti anche a quelli non più segreti e persino nel contenuto, non sarebbero immediatamente percepibili. Poiché l'importo di una quota va da un minimo di 258 euro a un massimo di 1.550 euro, tradotto in soldoni il riferimento equivarrebbe a stabilire una sanzione da un minimo di 25.800 euro a un massimo di 465.000 euro per le testate a diffusione nazionale. E basta dare un'occhiata ai già malconci bilanci delle aziende editoriali per rendersi conto che un grande giornale potrebbe forse sostenere tre, quattro, al massimo cinque volte in un anno la scelta di pagare il prezzo (“questo” prezzo, 465.000 euro) del dare una notizia – si badi – vera, non più coperta da segreto investigativo, riferita in maniera corretta. Mentre ben pochi giornali o tv di piccole e medie dimensioni, se non alcuno, sarebbero in condizione di mettere in preventivo autentici salassi in rapporto alle proprie dimensioni. Così finirebbe per assumere una rilevanza cruciale il riflesso patrimoniale (per l'editore) di una scelta giornalistica (del direttore e dei giornalisti); e norme di questo tipo avrebbero quindi la conseguenza inevitabile di dare decisiva voce in capitolo alla proprietà dei mezzi di informazione rispetto alla valutazione giornalistica sul dare o non dare una notizia (vera, si ripete qui fino alla noia, e non più coperta

da segreto). Sarebbe il modo migliore per fare accomodare «Il padrone in redazione», parafrasando il titolo di un libro nel 1989 di Giorgio Bocca che però all'epoca si riferiva al peso della pubblicità nei giornali.

Inoltre, se si ampliasse l'illecito amministrativo della persona giuridica ex legge 231 oltre l'odierno perimetro delineato nello studio del professor Carlo Piergallini, l'editore dovrebbe allora aggiornare gli appositi modelli organizzativi idonei a garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio, nonché prevedere un disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate. Ma calato nel peculiare contesto del giornalismo, ciò significherebbe che, quand'anche l'editore fosse un filantropo del tutto disinteressato al massacro del suo portafoglio conseguente a ogni pubblicazione sul suo giornale di una notizia (pur vera, non segreta e corretta, ma rientrante nel nuovo vagheggiato larghissimo perimetro sanzionabile secondo taluni auspici normativi), in forza della legge 231 egli dovrebbe comunque predisporre quei modelli organizzativi atti a impedire che il suo dipendente-giornalista commetta il reato-giornalistico in questione: e come farà? Gli chiederà dove abbia appreso la notizia, con quali fonti l'abbia verificata, come si sia procurato i documenti sui cui si basa? Discuteranno assieme della tempistica giudiziaria in rapporto a quella cristallizzata dalla nuova legge? Si spingeranno a scatenare, insieme agli avvocati e ai consulenti e ai contabili del giornale o della tv, improbabili "brainstorming" destinati a partorire la scelta se pubblicare o no a carissimo prezzo? E tutto questo avverrà dentro o fuori dal contratto giornalistico, in base al quale appartiene solo al direttore (una volta concordato con l'editore l'indirizzo politico della testata) la «competenza specifica ed esclusiva» nel «fissare e impartire le direttive politiche e tecnico-professionali del lavoro redazionale» e nell'«adottare le decisioni necessarie per garantire l'autonomia della testata nei contenuti del giornale»?

9. **Conclusione: accesso diretto agli atti contro il Far West, oppure smettere di lamentarsi del Far West.**

Perciò la proposta che qui si è sommessamente provato a esporre – accesso diretto e trasparente agli atti, combinato con meccanismi di effettiva pubblicità quale sanzione alla reputazione del giornalista - è forse meno assurda di quanto possa apparire. Certo, è immaginabile che questa soluzione nel contesto attuale sia assolutamente minoritaria e isolata già nell'ambito giornalistico, dove invece prevale la tesi "dura e pura", e cioè il Far West della notizia, in base al quale il giornalista-sacerdote scrive tutto quello che sa perché è suo diritto-dovere e basta. Così come immaginabile è il tenore di talune perplessità, per esempio di chi teme che questo sistema possa gettare nuova benzina sul fuoco di una cronaca giudiziaria talvolta già non rispettosa dei diritti delle persone. Ma chi legittimamente dubita dovrebbe però dimostrare che, con il sistema qui abbozzato per il futuro, il giornalista verrebbe ad apprendere più di quanto già non venga ad apprendere oggi di «contrabbando», nel «Far West» attuale, con il «nobile accattonaggio» descritto prima. Con una differenza fondamentale, però: questa soluzione non getterebbe affatto nuova benzina sul fuoco della cronaca delle inchieste e dei processi, ma userebbe la stessa benzina di oggi in una caldaia però di sicurezza, trasparente, garantita (per così dire) anche nella manutenzione delle regole, mentre oggi questa stessa benzina ribolle in una stufa sprovvista di qualunque valvola di sicurezza che non sia la coscienza personale e lo scrupolo professionale del singolo giornalista all'insegna del «perché gli dei sono ovunque».

Libertà di informazione e processo penale nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte Edu: problemi e prospettive

Freedom of Information and Criminal Procedure According to the Jurisprudence of Italian Constitutional Court and the European Court of Human Rights: Problems and Perspectives

GIOVANNI TARLI BARBIERI

Professore ordinario di diritto costituzionale presso l'Università di Firenze

LIBERTÀ DI INFORMAZIONE, PROCESSO MEDIATICO,
PUBBLICAZIONE ATTI PROCESSUALI, ONORE,
PRESUNZIONE DI INNOCENZA

FREEDOM OF INFORMATION; TRIAL BY MEDIA;
PUBLICATION OF TRIAL RECORDS; HONOUR;
PRESUMPTION OF INNOCENCE.

ABSTRACT

Il rapporto tra libertà di informazione e buon andamento della giustizia, con particolare riferimento al processo penale, costituisce una tematica di grande attualità alla luce delle ricorrenti polemiche connesse ai fenomeni degenerativi del c.d. "processo mediatico". Nel prisma del diritto costituzionale, nella consapevolezza della difficoltà di ricostruire una «carta dei rapporti giustizia-media», emerge la necessità di un'opera di bilanciamento, resa ardua per la pluralità dei principi e dei valori coinvolti. In questo senso, l'analisi della giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo risulta fondamentale, anche in una prospettiva di possibili innovazioni legislative. Infatti, una recente direttiva dell'Unione europea (2016/343/UE) che dovrà essere attuata entro il 1 giugno 2018, "recependo" indicazioni provenienti dalla giurisprudenza EDU, sembra ormai attestare un'interpretazione estensiva della presunzione di innocenza, da garanzia destinata ad operare non soltanto sul piano processuale a diritto della personalità, ovvero diritto a non essere presentato come colpevole prima che la responsabilità sia stata legalmente accertata.

The relationships between freedom of information and fair course of justice, with particular regard to criminal trial, are issues nowadays more and more relevant, due to degenerative phenomena of "trial by media". Constitutional studies need a clear consideration of the need to make balance between principles and involved values, as proved by the difficulty of writing a proper "Charter of relationships between judiciary and media". In this sense, the analysis of the decisions of the Italian Constitutional Court and the European Court of Human Rights offers many insights – even when it is necessary to innovate legislation. The recent European Directive (EU) 2016/343, which should be implemented within 1 June 2018, acknowledges several orientations coming from case-law of ECHR and confirms an extensive interpretation of the 'presumption of innocence', shifting-away from mere procedural safeguard to constitutional freedom, i.e. as right to be considered innocent unless guilty is legally proven.

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Le limitazioni alla libertà di manifestazione del pensiero nella giurisprudenza costituzionale (cenni). – 3. La pubblicazione di atti di dibattimento tenuto a porte chiuse. – 4. Il divieto di pubblicazione di determinati atti processuali: dal segreto istruttorio dell'art. 164, n. 1 c.p.p. del 1930 all'attuale segreto difensivo di cui all'art. 114 c.p.p. – 5. Libertà di informazione e processo penale nell'ordinamento eurolunitario. – 6. Libertà di informazione e processo penale nella giurisprudenza convenzionale: la rilevanza della tutela assicurata dall'art. 8 CEDU. – 6.1. *Segue*: il diritto di cronaca nella giurisprudenza Edu. – 7. Considerazioni conclusive: i non pochi nodi ancora aperti.

1.

Premessa.

Il rapporto tra libertà di informazione e processo penale attiene ad un ambito, quello dei limiti alla libertà di manifestazione del pensiero, denso di interrogativi persistenti, come è dimostrato, da ultimo, dalla stessa relazione del Primo Presidente della Cassazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2016, che ha dedicato un apposito paragrafo alle «distorsioni del processo mediatico», evidenziando come «l'opinione pubblica esprime spesso sentimenti di indignazione per talune decisioni di proscioglimento o anche di condanna, se ritenute troppo miti, pronunciate da tribunali e corti in casi di grande rilievo mediatico. Leggendo le pagine dei *media* si scorge una frattura fra gli esiti dell'attività giudiziaria e le aspettative di giustizia, a prescindere da ogni valutazione circa la complessità dei fatti, la validità delle prove, i principi di diritto applicati, le garanzie del processo, la tenuta logica della decisione». Si è evidenziato un «conflitto tra la giustizia "attesa" e la giustizia "applicata", con il pernicioso ribaltamento della presunzione d'innocenza dell'imputato»¹.

In questo contesto, non sono mancate proposte in qualche modo "radicali" come quella di vietare, almeno fino all'avvenuta pronuncia di primo grado, i *talk show* televisivi su casi giudiziari oggetto di grande attenzione nell'opinione pubblica, visto il pregiudizio che essi arrecherebbero ai principi di non colpevolezza dell'imputato e ai valori del giusto processo. Tale proposta sarebbe imposta dalle «norme costituzionali sulla estetica della giustizia penale che devono necessariamente prevalere sul diritto all'informazione giudiziaria, pure garantito dall'art. 21 Cost. Non si può certo pensare che la Costituzione autorizzi a deformare l'aspetto esteriore del processo solo per assicurare ai cittadini il godimento di una giustizia sommaria»².

Questa citazione dimostra insieme la varietà e la complessità dei problemi relativi ai rapporti tra processo penale e informazione nel prisma del diritto costituzionale³, tanto da rendere difficile, se non ardua, la ricostruzione di una «carta dei rapporti giustizia-*media*»⁴, anche alla luce delle tante distorsioni che il c.d. "processo mediatico" ha evidenziato nella prassi⁵ e ormai "certificate" anche dalla giurisprudenza⁶.

In definitiva, appare condivisibile il rilievo secondo il quale in questa materia è necessaria una opera di bilanciamento⁷, che spetta in prima battuta al legislatore, come specificato a più riprese anche in questa materia dalla Corte costituzionale (sentt. 25 del 1965; 18 del 1981), anche se, come si dirà, per una complessa serie di fattori il peso della giurisdizione appare

¹ Il testo della Relazione è rinvenibile in www.cortedicassazione.it. I passi riportati sono, rispettivamente p. 35 e 36. Sul punto, si è parlato della creazione di verità parallele, una mediatica, l'altra processuale: G. SPANGHER, *Verità, verità processuale, verità mediatica, verità politica*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 806.

² E. AMODIO, *Estetica della giustizia penale. Prassi, media, fiction*, Milano, 2016, p. 178. Nello stesso senso, A. DIDI, *'Processi mediatici' e misure di protezione dell'imparzialità del giudice*, in E.R. ZAFFARONI, M. CATERINI (a cura di), *La sovranità mediatica. Una riflessione tra etica, diritto ed economia*, Padova, 2014, p. 295 ss.

³ Sul punto, da ultimo, G. GIOSTRA, *Processo mediatico*, in *Enc. dir.* (in corso di pubblicazione), § 7, il quale, assecondando una posizione contraria a quella di Amodio, afferma che «il *black out* dell'informazione giudiziaria protratto per mesi o anni, sia pure con l'intento di evitare speculazioni e distorsioni, susciterebbe più di un dubbio di legittimità a fronte dell'art. 21 Cost.», con l'ulteriore rischio di acquisizioni di informazioni "esterne" al processo «così da imbastire su questi elementi processi mediatici ancor meno affidabili per l'inattendibilità del materiale acquisito, ma molto più appetibili per la mancanza di notizie ufficiali».

⁴ M. CHIAVARIO, *I rapporti giustizia-«media» nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Foro it.*, 2000, V, c. 220.

⁵ Per tutti, oltre a G. GIOSTRA, *Processo mediatico*, cit., si vedano i diversi contributi riportati in C. CONTI (a cura di), *Processo mediatico e processo penale. Per un'analisi critica dei casi più discussi da Cogne a Garlasco*, Milano, 2016.

⁶ Si pensi ai ripetuti riferimenti al clamore mediatico e alle conseguenze negative sul processo di cui dà ampiamente conto la sentenza di primo grado relativa all'omicidio di Yara Gambirasio: *Corte d'assise Bergamo, sent. 1 luglio 2016 (dep. 27 settembre 2016)*, Pres. Bertoja, Est. Sanesi, Imp. Bossetti, in *Dir. pen. cont.*, 5 ottobre 2016.

⁷ Per tutti, T. PADOVANI, *Informazione e giustizia penale: dolenti note*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 691.

largamente crescente e per molti aspetti decisivo. In ogni caso, tale opera richiede soluzioni equilibrate che contemperino le diverse esigenze, «mentre sarebbe errato forzare il discorso nel nome della prevalenza indiscriminata dell'uno piuttosto che dell'altro interesse contrapposto»⁸.

Si tratta di un compito assai difficile per la pluralità dei principi e dei valori da bilanciare⁹ – tra questi anche il libero convincimento del giudice (sent. 18 del 1981) – ma nella consapevolezza che «non basterebbe certo “imbavagliare” gli organi di informazione perché il giudice sia isolato da influenze esterne: bisognerebbe inibirgli ogni contatto politico, sociale, familiare, culturale e immergerlo in un ambiente neutro ed impermeabile»¹⁰.

2.

Le limitazioni alla libertà di manifestazione del pensiero nella giurisprudenza costituzionale (cenni).

Le problematiche relative ai limiti alla libertà di manifestazione del pensiero¹¹ non possono essere adeguatamente affrontate se non si ricorda che a più riprese già la giurisprudenza più risalente della Corte costituzionale ha evidenziato che essa «è tra le libertà fondamentali proclamate e protette dalla nostra Costituzione, una di quelle anzi che meglio caratterizzano il regime vigente nello Stato, condizione com'è del modo di essere e dello sviluppo della vita del Paese in ogni suo aspetto culturale, politico, sociale. Ne consegue che limitazioni sostanziali di questa libertà non possono essere poste se non per legge (riserva assoluta di legge) e devono trovare fondamento in precetti e principi costituzionali, si rinvergono essi esplicitamente enunciati nella Carta costituzionale o si possano, invece, trarre da questa mediante la rigorosa applicazione delle regole dell'interpretazione giuridica» (sent. 9 del 1965). L'art. 21 Cost. fonda, infatti, uno dei più alti tra i diritti fondamentali (sent. 168 del 1971), ed anzi, secondo una nota e fortunata definizione, esso costituisce una «pietra angolare» del sistema democratico (sent. 84 del 1969) o come sottolineato efficacemente, «un sommo bene per il nostro come per tutti gli ordinamenti giuridici aventi le medesime radici: indipendentemente dal quale non potrebbe vigere in Italia la stessa liberal-democrazia di stampo occidentale»¹².

Ciò detto, l'opera della giurisprudenza costituzionale è stata determinante tanto nella definizione dei contenuti di questa libertà quanto nell'individuazione dei limiti.

Sul primo punto, è ampiamente noto che la prevalente dottrina e la giurisprudenza hanno ricavato dalla locuzione utilizzata dall'art. 21 Cost. anche la diffusione di fatti, notizie, informazioni, giungendo quindi a configurare una libertà di cronaca come *species* di una più ampia libertà di informare¹³. È altresì noto che sono stati distinti il profilo attivo e quello passivo di tale libertà: il primo attinente alla libertà di informare il secondo «attinente ai destinatari, si specifica nella libertà di essere informati, come risolto passivo della libertà di informare, e nella libertà di accedere alle informazioni»¹⁴.

Quanto ai limiti, ad eccezione di quello del buon costume¹⁵, l'art. 21 Cost. non individua,

⁸ C.F. GROSSO, *Segretezza e informazione nel nuovo processo penale*, in *Pol. dir.*, 1990, p. 78. Con riferimento al bilanciamento sotteso al combinato disposto tra l'art. 684 c.p. e l'art. 114 c.p.p., cfr., da ultimo, Cass. civ., sez. un., 25 febbraio 2016, n. 3727, in *Dir. inform. informatica*, 2016, p. 77 ss.

⁹ G.E. VIGEVANI, *La libertà di informare sul processo e le sue eccezioni*, in L. GARLATI, G.E. VIGEVANI (a cura di), *Processo e informazione*, Milano, 2012, p. 129 ss.

¹⁰ G. GIOSTRA, *Processo penale e informazione*, Milano, 1989, p. 87-88.

¹¹ Circa il problema posto dalla pubblicazione del contenuto di intercettazioni telefoniche disposte a scopo di indagine, si rinvia al contributo di Carlotta Conti in questa rivista. È comunque il caso di ricordare che anche questo ambito non sfugge ad un'esigenza di un bilanciamento, non privo di complessità e di problematiche: si può ricordare sul punto la sent. 173 del 2009, nella quale la Corte costituzionale ha dichiarato parzialmente incostituzionale l'art. 240 c.p.p., nella parte in cui disciplina la distruzione di supporti digitali recanti informazioni acquisite illegalmente, sequestrati e trattenuti dal pubblico ministero, con produzione per l'udienza di documenti cartacei che descrivono quanto in sequestro.

¹² L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1995, p. 619. Similmente, è stato autorevolmente sostenuto che «un ordinamento non può funzionare democraticamente, in mancanza di una libera circolazione delle idee – politiche, sociali, religiose, sulla morale e sul costume. Il diritto fondamentale si incentra sulla “libertà di tentare di persuadere gli altri”»: P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 227.

¹³ Sul punto, cfr. già Corte cost., sentt. 25 del 1965; 18 del 1966; 122 del 1970; 175 del 1971; 105 del 1972; 113 del 1974; 16, 18 del 1981. Con riferimento alle tematiche proprie del processo penale, cfr., in particolare, G. GIOSTRA, *Processo penale*, cit., p. 65 ss.

¹⁴ A. VALASTRO, *Art. 21*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, p. 455.

¹⁵ Tale limite, come è noto, consente al giudice di disporre che il dibattimento o alcuni atti di esso si svolgano a porte chiuse (art. 472, comma 1, c.p.p.).

come invece l'art. 10 CEDU, altri scopi che giustificano la restrizione della libertà in esame.

Al fine di offrire una classificazione delle limitazioni ulteriori, la dottrina ha provveduto, sulla base delle numerose pronunce della Corte, a distinguere tra restrizioni alla libertà di espressione fondate sull'esigenza di tutelare altri diritti fondamentali e quelle fondate sulla necessità di proteggere interessi costituzionalmente rilevanti.

Nella prima categoria sono comunemente ricondotti i limiti discendenti dal diritto all'onore e alla reputazione, dal diritto all'identità personale, dal diritto alla riservatezza¹⁶. Nella seconda rientrano quelli derivanti da interessi quali l'amministrazione e il buon andamento della giustizia, la sicurezza dello Stato e delle istituzioni, l'ordine pubblico. In assenza di fondamento costituzionale esplicito i primi sono stati ricondotti agli articoli 3 e 2 (rispetto dignità umana e diritti inviolabili), i secondi hanno trovato fondamento di volta in volta in determinate norme costituzionali e non sono destinati a prevalere sempre e automaticamente sulla libertà di manifestazione del pensiero; infatti, di volta in volta, il legislatore prima e il giudice costituzionale, poi, sono chiamati ad operare quello che la Corte costituzionale ha definito il «giusto bilanciamento degli interessi in gioco»¹⁷.

La seconda categoria rinvia anche al tema dei «"segreti" contenuti in varie parti dell'ordinamento»¹⁸. Questi possono essere imposti dal legislatore solo in presenza di una idonea «*giustificazione costituzionale*, relativa sia ai doveri, sia a tutti i fini e agli interessi *ivi* protetti: così ad esempio si verifica per il segreto istruttorio e per gli altri collegati ad interessi di giustizia»¹⁹; diversamente, infatti, la libertà di informazione sarebbe elusa (Corte cost., sent. 25 del 1965)²⁰.

In linea generale, l'esigenza di garantire una corretta informazione dell'opinione pubblica sulle vicende giudiziarie e sull'operato della magistratura si scontra con l'esigenza, parimenti rilevante, di garantire che le inchieste penali non vengano vanificate o che il corso dei processi non venga turbato da fughe di notizie. In questo senso, la Corte costituzionale ha dichiarato compatibile con la Carta fondamentale l'istituto del segreto «istruttorio» (ora «investigativo»), affermando espressamente che la libertà di manifestazione del pensiero «incontra il limite della esigenza della realizzazione della giustizia»; ed ha in seguito aggiunto che rientra nella discrezionalità del legislatore la disciplina dei rapporti tra giustizia e informazione (sent. 18 del 1981), nell'ottica quindi di un bilanciamento tra l'esigenza di una corretta informazione sulle vicende giudiziarie e quello, parimenti rilevante, di non compromettere procedimenti in corso a causa di una fuga di notizie.

3. La pubblicazione di atti di dibattimento tenuto a porte chiuse.

Con la sent. 25 del 1965²¹ la Corte costituzionale si pronunciò sull'art. 164 n. 3 c.p.p. del 1930, nella parte in cui limitava la libertà di stampa in tutti i casi in cui il dibattimento fosse

¹⁶ In senso critico, a proposito dell'«elenco impressionante» derivante dalla giurisprudenza costituzionale, cfr. P. BARILE, *La libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975, p. 82, che riporta il pensiero, riferito alla libertà di cronaca, di V. CRISAFULLI, *In tema di limiti alla cronaca giudiziaria*, in *Giur. cost.*, 1965, p. 249.

¹⁷ P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2017, p. 401.

¹⁸ Per questa espressione P. BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., p. 235.

¹⁹ P. BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., p. 236, dove si riporta l'esempio degli artt. 684 c.p. e 164 c.p.p., «norme oggi purtroppo "costantemente violate", e che comunque consentono un loro "uso discriminatorio" che ha gravi conseguenze».

²⁰ Sul punto cfr. già F. MANTOVANI, *I limiti della libertà di manifestazione del pensiero in materia di fatti criminosi, con particolare riguardo alle due sentenze della Corte costituzionale sul divieto di pubblicazione di determinati atti processuali*, in *Giur. cost.*, 1966, p. 627 ss.

²¹ Il giudizio *a quo* da cui scaturì la questione di legittimità costituzionale vedeva coinvolto il direttore del quotidiano "Il giornale di Sicilia" Girolamo Ardizzone, imputato del reato previsto e punito dall'art. 684 c.p., in relazione all'articolo 164, n. 3, c.p.p., per avere pubblicato gli atti di un dibattimento penale tenuto a porte chiuse.

celebrato a porte chiuse, con un generico, e implicito, riferimento agli artt. 423 e 425 c.p.p.²².

Nel suo ragionamento la Corte premette la considerazione per cui «la pubblicità del dibattimento è garanzia di giustizia, come mezzo per allontanare qualsiasi sospetto di parzialità; ed anche le norme che disciplinano i casi nei quali, a tutela di svariati interessi, è necessario derogare al principio della pubblicità, debbono attenere al retto funzionamento della giustizia, bene supremo dello Stato, garantito anch'esso dalla Costituzione. Ma vano espediente sarebbe quello di escludere la presenza del pubblico dal dibattimento, qualora fosse consentito di portare a conoscenza di una larga cerchia di persone, a mezzo della stampa, il contenuto di quegli atti o documenti che nel processo abbiano assunto carattere riservato. Onde, il divieto sancito dall'art. 164, n. 3, del Codice di procedura penale va posto sempre in rapporto diretto con le stesse particolari esigenze di giustizia e valutato in funzione di esse»²³.

Successivamente nella stessa pronuncia si legge che «nel caso in cui il dibattimento si tenga a porte chiuse “per ragioni di pubblica igiene, in tempo di diffusione di morbi epidemici o di altre malattie contagiose” e nel caso in cui la pubblicità del dibattimento possa “eccitare riprovevole curiosità” il collegamento fra le due tutele non trova alcuna giustificazione e la norma impugnata si pone in contrasto col precetto dell'art. 21 della Costituzione»²⁴.

La Corte conclude rilevando che «per quanto riguarda le altre ipotesi previste dagli artt. 423 e 425 del Codice di procedura penale, la legittimità del divieto di pubblicazione sancita dall'art. 164, n. 3, dello stesso Codice si rinviene nella tutela di altri interessi costituzionalmente garantiti: la sicurezza dello Stato, riferita alla tutela della esistenza, della integrità, della unità, della indipendenza, della pace e della difesa militare e civile dello Stato; l'ordine pubblico, inteso nel senso di ordine legale, su cui poggia la convivenza sociale (sentenza n. 2 dell'anno 1956); la morale che va collegata al concetto di buon costume, limite espressamente dichiarato dall'art. 21; la tutela dei minori ai sensi dell'art. 31, comma 2, Cost., per i quali la pubblicità dei fatti di causa può apportare conseguenze veramente gravi, sia in relazione allo sviluppo spirituale, sia in relazione alla loro vita materiale. In tutti questi casi, sussistono interessi costituzionalmente garantiti, che appaiono perfettamente idonei a legittimare la limitazione del diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero»²⁵.

La pronuncia della Corte si risolve, quindi, per quanto qui di interesse, con la declaratoria di illegittimità costituzionale del citato art. 164 n. 3 in riferimento all'art. 21 Cost. limitatamente alle ipotesi di dibattimento celebrato a porte chiuse per evitare che la pubblicità possa «eccitare una riprovevole curiosità» e «per ragioni di pubblica igiene». Una decisione di annullamento parziale, riferita al combinato disposto dell'art. 164 n. 3, e dell'art. 423 c.p.p., limitatamente a talune ipotesi di divieto di cronaca così risultanti.

Nel commentare la sentenza Crisafulli²⁶ ha osservato che il «nesso tra l'art. 164 n. 3 e l'art. 423 doveva esser spezzato ben oltre le ipotesi del dibattimento a porte chiuse “per ragioni di pubblica igiene” o perché la pubblicità “può eccitare una riprovevole curiosità”, per l'innegabile incidenza, sull'art. 164, della garanzia costituzionale dell'art. 21 [...] il valore del quale, è stato, viceversa, pretermesso dalla Corte, che è venuta tranquillamente accumulando limite su limite, dimentica del punto di partenza, pur correttamente affermato, della necessità di rintracciare esclusivamente in altre norme costituzionali i limiti validamente applicabili alle manifestazioni della libertà di espressione». La critica di Crisafulli si fa aspra con riguardo all'affermata legittimità costituzionale del divieto di cronaca di processi celebrati a porte chiuse per motivi di ordine pubblico e nel caso ci riferisca alla «morale, che va collegata al concetto di buon

²² Il testo dell'art. 164 c.p.p. citato disponeva quanto segue:

⁴¹ È vietata la pubblicazione, col mezzo della stampa o con altri mezzi di divulgazione, fatta da chiunque in qualsiasi modo, totale o parziale, anche per riassunto o a guisa di informazione, del contenuto di qualunque documento e di ogni atto scritto od orale relativo:
[...]

³ All'istruzione o al giudizio se il dibattimento è tenuto a porte chiuse, fino a che siano trascorsi i termini stabiliti dalle norme sugli archivi di Stato».

I commi 2 e 3 dell'art. 423 c.p.p. stabilivano, in deroga al principio di pubblicità stabilito dal comma 1 del medesimo articolo, che il presidente o il pretore potessero tuttavia disporre:

⁴¹⁻¹ anche d'ufficio con ordinanza che il dibattimento o alcuni atti di esso abbiano luogo a porte chiuse, quando la pubblicità, a cagione della natura dei fatti o della qualità delle persone, può nuocere alla sicurezza dello Stato, all'ordine pubblico o alla morale o può eccitare riprovevole curiosità, ovvero quando avvengono da parte del pubblico manifestazioni che possono turbare la serenità del dibattimento.

¹⁻¹ che l'intero dibattimento sia tenuto a porte chiuse per ragioni di pubblica igiene, in tempo di diffusione di morbi epidemici o di altre malattie contagiose».

²³ Considerato in diritto, n. 2.

²⁴ Considerato in diritto, n. 4.

²⁵ Considerato in diritto, n. 6.

²⁶ V. CRISAFULLI, *In tema di limiti alla cronaca giudiziaria*, cit., p. 244 ss.

costume”, dilatando oltre il segno quest’ultimo ed in pratica aprendo l’ingresso a qualsiasi arbitrio in nome del più gretto conformismo sociale» e conduce lo stesso giurista a sostenere, infine, che, «viste queste risultanze, sarebbe stato più logico mantenere il collegamento tra le due disposizioni del codice con riferimento all’ipotesi della riprovevole curiosità».

La sent. 25 del 1965 ha comunque rivestito un’importanza fondamentale: è significativo, ad esempio, che essa sia stata largamente richiamata nella sent. 12 del 1971 che, come è noto, ha affermato che la pubblicità dei procedimenti giudiziari, pur non essendo (allora) espressamente prevista dalla Costituzione, è «coessenziale ai principi ai quali, in un ordinamento democratico fondato sulla sovranità popolare, deve conformarsi l’amministrazione della giustizia che in quella sovranità trova fondamento (art. 101, primo comma, Cost.)»; eventuali deroghe, pure possibili, debbono avere «obiettiva e razionale giustificazione» e solo «a garanzia di beni a rilevanza costituzionale», tenendo conto che nel processo penale «la pubblicità del dibattimento ha un valore particolarmente rilevante»²⁷.

La sent. 16 del 1981 si è occupata del divieto di dare notizia di procedimenti a carico di minori e della sua compatibilità con l’art. 21, comma 1, Cost. Il giudice *a quo*, pur consapevole delle posizioni assunte dalla Corte con la sent. 25 del 1965, riteneva tale assunto «non giustificato in quanto riconosce rilievo costituzionale alla tutela dei minori senza tenere conto dell’esigenza di un bilanciamento d’interessi anche garantiti dalla Costituzione»²⁸.

Richiamato il principio posto dalla sent. 25 del 1965, la Corte ricorda il principio per cui «la tutela costituzionale dei diritti ha sempre un limite nell’esigenza insuperabile che nell’esercizio di essi non siano violati beni ugualmente garantiti dalla Costituzione; limite che va stabilito non ricercando garanzia costituzionale privilegiata o non privilegiata, bensì accertando quale interesse, per il suo contenuto e per le sue modalità di esercizio, è garantito in concreto nell’armonica tutela di diversi fondamentali interessi. E, quanto al divieto dell’art. 164, n. 3, c.p.p., va rilevato che la deroga alla pubblicità del dibattimento costituisce un mezzo per il conseguimento di un’alta finalità di tutela dei minori, ai quali la pubblicità dei fatti della causa può apportare conseguenze gravi sia allo sviluppo spirituale, sia alla vita materiale, conseguenze che hanno rilevanza costituzionale ai termini dell’art. 31, secondo comma, della Costituzione, che prevede la tutela dei minori, intesa in correlazione con il principio fondamentale dell’art. 2 della Costituzione, per gli effetti che la diffusione di fatti emersi nel dibattimento può provocare sulla formazione sociale ove si svolge o potrà svolgersi la personalità del minore»²⁹.

Di conseguenza, la Corte dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 684 c.p., 164, n. 3, c.p.p. e 16 r.d.l. 20 luglio 1934, n. 1404 («Istituzione e funzionamento del tribunale per i minorenni») proposte con riferimento all’art. 21 Cost., «essendo in esse precisati i limiti del diritto e del corrispondente dovere etico che la stampa deve osservare nei riguardi dei minori imputati»³⁰.

4.

Il divieto di pubblicazione di determinati atti processuali: dal segreto istruttorio dell’art. 164, n. 1 c.p.p. del 1930 all’attuale segreto difensivo di cui all’art. 114 c.p.p.

Con la sent. 18 del 1966 la Corte si è occupata della compatibilità dell’art. 164 n. 1 c.p.p.

²⁷ M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona. II. Le garanzie fondamentali*, Milano, 1984, p. 278 ss.

²⁸ Per completezza si veda il prosieguo di tale argomentazione nella sentenza: «In particolare l’imposizione del limite alla libertà d’informazione -con la quale il legislatore ordinario ha risolto il conflitto tra l’interesse del minore e l’interesse all’informazione, entrambi di rilievo costituzionale -sarebbe in contrasto con l’art. 21 della Costituzione, perché nel sistema costituzionale la libertà d’informazione avrebbe tale fondamentale, preminente valore da escludere che essa possa essere compressa dalla tutela che nel sistema costituzionale è riconosciuta al minore. Comunque, il divieto di pubblicità, concernente i processi contro i minori, potrebbe considerarsi legittimo sul piano costituzionale soltanto se realizzasse in concreto la tutela del minore, ma ciò non avviene perché l’interesse del minore, che sarebbe compromesso dalla cronaca giudiziaria e, prima, più compromesso da eventuali notizie di cronaca sul reato da lui commesso, che sono consentite, rientrando nella generale libertà d’informazione, come si desume dall’art. 596, comma terzo, n. 2, c.p. E. poiché il suddetto divieto è previsto in una norma processuale, a fondamento della sua legittimità costituzionale non potrebbe invocarsi l’interesse di natura sostanziale, come la tutela del minore, che deve essere disciplinata con norme sostanziali. Il divieto, infine, sarebbe in contrasto con il principio di uguaglianza perché opererebbe una distinzione priva di giustificazione tra notizie ugualmente pregiudizievoli per l’interesse del minore: le une, notizie sul reato commesso, lecite; le altre, notizie sul processo, vietate» (*considerato in diritto*, n. 1).

²⁹ *Considerato in diritto*, n. 2.

³⁰ M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, cit., p. 294-295, nt. 26.

testo previgente («Divieto di pubblicazione di atti relativi all'istruzione penale») e dell'art. 684 c.p. («Pubblicazione arbitraria di atti di un procedimento penale») con riferimento all'art. 21 Cost³¹.

La Corte costituzionale, in sede di motivazione, pur sostenendo che l'art. 21, comma 1, tutela il diritto di cronaca, avverte che «la diffusione a mezzo della stampa, con immediatezza e praticamente senza limiti di spazio, può apportare effetti ben più gravi sul corso delle indagini istruttorie, sulla raccolta delle prove e sulla ricerca della verità». Di conseguenza per il giudice delle leggi «è ovvio che, allorquando la stampa produce effetti antiggiuridici, finisce col non assolvere più la funzione sociale, che le è propria, di offrire cioè al pubblico informazioni obiettive quando queste non siano pregiudizievoli per i suindicati interessi»³².

Ad avviso della Corte sono queste le ragioni che «spiegano per quale motivo la tutela del segreto istruttorio nei confronti della stampa è rafforzata, nel senso che il divieto di pubblicazione è totale (pubblicazione fatta da chiunque in qualsiasi modo) e non ammette eccezioni, né esoneri, né distinzioni fra atto ed atto»³³.

Sulla base di queste considerazioni, completate da una panoramica storica e da un richiamo agli artt. 6 e 10 CEDU volta a dimostrare che il divieto di pubblicazione degli atti istruttori del procedimento penale non costituisce una novità nell'ordinamento giuridico italiano³⁴, il giudice delle leggi afferma che «la libertà di manifestazione del pensiero garantita dall'art. 21 della Costituzione trova, dunque, un limite in una esigenza fondamentale di giustizia. Ed il bene della realizzazione della giustizia, che, fra l'altro, vale a garantire ed assicurare l'esercizio di tutte le libertà, compresa quella in esame, è anche esso garantito, in via primaria, dalla Costituzione»³⁵.

La stessa sentenza si sofferma sulla *ratio* di tali disposizioni che, pur essendo precostituzionali, mirano a proteggere principi tutelati dalla Carta fondamentale quali: *a*) assicurare la serenità e la indipendenza del giudice, proteggendolo da ogni influenza esterna di stampa, che possa pregiudicare l'indirizzo delle indagini e le prime valutazioni delle risultanze; ed assicurare altresì la libertà del giudice vietando quei comportamenti estranei che possano ostacolare la formazione del libero convincimento; *b*) tutelare, nella fase istruttorio, la dignità e la reputazione di tutti coloro che, sotto differenti vesti, partecipano al processo. È nella fase dibattimentale, infatti, che a tali interessi ne subentrano altri, di maggior rilevanza, quale la esigenza della pubblicità a garanzia di sostanziale giustizia: «Ed invero nei confronti dell'imputato la divulgazione a mezzo della stampa di notizie frammentarie, ancora incerte perché non controllate, e per lo più lesive dell'onore, può essere considerata in contrasto col principio, garantito dall'art. 27, secondo comma, della Costituzione, della non colpevolezza fino a quando non sia intervenuta sentenza di condanna. E le altre parti ed i testimoni hanno diritto alla protezione da qualsiasi offesa alla loro dignità e da qualsiasi reazione, cui potrebbe dar luogo la immediata conoscenza del loro comportamento in istruttorio»³⁶.

Sulla base di queste considerazioni la Corte dichiara non fondata la questione di legitti-

³¹ Nel procedimento penale contro i direttori dei giornali *Il Resto del Carlino* e *L'Avvenire d'Italia*, prof. Giovanni Spadolini e dott. Raniero La Valle, il Tribunale di Bologna, aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale degli artt. 164 c.p.p. e 684 c.p., in riferimento all'art. 21 Cost., rilevando che le predette norme penali puniscono il fatto della pubblicazione a mezzo stampa di determinati atti processuali ponendo una esclusiva limitazione alla libertà di stampa in ordine ad atti rispetto ai quali non tutti coloro che sono concorsi a formarli sono obbligati al segreto; di guisa che la *ratio legis* delle norme penali medesime risiederebbe in un dovere di riservatezza non tutelato dalla Costituzione e anzi in contrasto con i suoi principi informatori di libertà di informazione.

³² *Considerato in diritto*, n. 2.

³³ F. MANTOVANI, *I limiti della libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 658 che sottolinea la differenza tra obbligo del segreto e divieto di pubblicazione: «L'obbligo del segreto, concretandosi nel divieto di rivelazione, implica necessariamente l'obbligo della non pubblicazione costituendo questa una delle modalità di rivelazione; ma non è altrettanto vero che ciò che non può essere pubblicato debba essere necessariamente segreto e, quindi, non comunicabile ai terzi con mezzi non pubblici di diffusione [...] Tutto questo trova una legittima spiegazione solo nel fatto che l'obbligo di segretezza e divieto di pubblicazione sono stati posti per il conseguimento di finalità diverse, anche se la realizzazione di esse non avvenga sempre in modo del tutto indipendente».

³⁴ È interessante il richiamo operato all'art. 6 CEDU: «Nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950, si afferma che l'esercizio della libertà di espressione, (comprendente la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare le informazioni o le idee senza che possa esservi ingerenza di autorità pubbliche), comportando dei doveri e delle responsabilità, può essere sottoposto a certe formalità, condizioni, restrizioni e sanzioni previste per legge, "le quali costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, ... alla prevenzione del delitto, ... alla protezione della reputazione e dei diritti altrui... od a garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario" (art. 10). Ed un richiamo espresso alla stampa è fatto dall'art. 6 della stessa Convenzione, laddove, trattando della pubblicità delle udienze, si prevede che può essere vietato alla stampa ed al pubblico l'accesso alla sala d'udienza, allorquando "la pubblicità potrebbe pregiudicare gli interessi della giustizia"» (*Considerato in diritto*, n. 3).

³⁵ *Considerato in diritto*, n. 3.

³⁶ *Considerato in diritto*, n. 4.

mità costituzionale³⁷.

Nello stesso senso la Corte si è pronunciata anche con la sent. 18 del 1981 ove vengono riproposte le medesime questioni di legittimità relative agli art. 164 n. 1 c.p.p. e 684 c.p.

Il contrasto della disciplina derivante dalle due norme citate viene riproposto dal giudice *a quo* sulla base della considerazione per cui il segreto istruttorio delineato dai principi del codice del 1930 «non sarebbe più in armonia, dopo la legge 4 dicembre 1969, n. 932, e successive disposizioni, con l'art. 21 della Costituzione, che sancisce la libertà di stampa. Nel momento storico attuale, in cui la difesa dell'imputato è presente in quasi tutti gli atti dell'istruzione ed è in corso la fase di transizione dal rito inquisitorio a quello accusatorio, già accolto dalla legge di riforma del codice di procedura penale, la norma dell'art. 684 c.p. sarebbe anacronistica e superata. E superata sarebbe anche la sentenza di questa Corte 10 marzo 1966, n. 18, in quanto emanata nella vigenza delle rigide norme che tutelavano il segreto istruttorio, ora quasi del tutto eliminato. Per tale evoluzione il dovere del giornalista di informare il cittadino su fatti, che sensibilizzano la pubblica opinione, non potrebbe trovare ostacolo alla pubblicazione di atti che, già a conoscenza della difesa, divulgati a volte attraverso le così dette conferenze stampa, hanno più volte formato oggetto di indagini, d'inchieste da parte degli stessi operatori della stampa»³⁸.

La Corte tuttavia dichiara nuovamente infondata la questione di legittimità costituzionale richiamandosi al precedente della sent. 18 del 1966. A proposito degli elementi di novità dovuti ai mutamenti di disciplina la Corte osserva che «la legge 4 dicembre 1969, n. 932, e le successive leggi concernenti modificazioni al codice di procedura penale, citate nella stessa ordinanza di rinvio, hanno ridotto la c.d. segretezza interna del processo, ampliando il diritto delle parti di conoscere determinati atti istruttori, ma non hanno inciso sulla c.d. segretezza esterna, che si concreta nel divieto di pubblicazione degli atti istruttori in considerazione degli effetti derivanti dalla loro diffusione»³⁹.

Inoltre è di grande interesse il passo in cui si nega che l'illegittimità costituzionale della disciplina denunciata possa essere ricollegata alla «presente fase di transizione dal modello inquisitorio di processo penale al rito accusatorio, previsto dalla legge delega per la riforma del codice di procedura penale. Deve in proposito rilevarsi che il divieto di pubblicazione di atti istruttori non è caratteristica esclusiva del processo inquisitorio. Anche nel processo tipo accusatorio sussiste una sia pur limitata attività istruttoria e, quindi, permangono le ragioni proprie della fase anteriore al dibattimento, sopra enunciate, che giustificano il divieto di pubblicazione degli atti istruttori. Né la legge 3 aprile 1974, n. 108, concernente «Delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale», in alcuno degli 84 principi e criteri, enunciati nello art. 2, prevede l'eliminazione del suddetto divieto. La disciplina dei rapporti tra giustizia e informazione non può che essere in via di principio rimessa alla discrezionalità del legislatore, al quale spetta individuare la soluzione più idonea a contemperare interessi attinenti all'attività istruttoria da Un lato e all'informazione dall'altro, entrambi aventi rilievo costituzionale».

In sintesi, la Corte con le sentt. 18 del 1966 e 18 del 1981 ha affermato che la violazione del segreto istruttorio assume diversa rilevanza giuridica a seconda del mezzo usato e della sua capacità di divulgazione e, quindi, ha ritenuto giustificata la rafforzata tutela apprestata al segreto istruttorio nei confronti della stampa. Nello stesso senso, si può ricordare anche l'ord. 457 del 1987 che richiama il passaggio delle sentenze precedenti nelle quali si definiva «rafforzata» la «tutela del segreto istruttorio nei confronti della stampa, nel senso che il divieto di pubblicazione è totale (pubblicazione fatta da chiunque in qualsiasi modo) e non ammette eccezioni né esoneri, né distinzioni fra atti e atti», cioè sia «in considerazione della importanza nella vita sociale della stampa» sia per «assicurare la serenità e la indipendenza del giudice» sia

³⁷ Per un commento alla sentenza cfr. V. BAROSIO, *Il divieto di pubblicare atti e documenti relativi ad un'istruzione penale e la sua compatibilità con gli art. 3 e 21 Cost.*, in *Giur. cost.*, 1966, p. 176 ss.; F. MANTOVANI, *I limiti della libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 627 ss. La sentenza allude alla funzione sociale della stampa (che sarebbe stata valorizzata nella giurisprudenza successiva) «quasi a sollecitare il senso di responsabilità dei giornalisti nella diffusione di notizie relative alle indagini in corso»: A. PACE, M. MANETTI, *Art. 21*, in *Comm. Cost.*, Bologna-Roma, 2006, p. 196, nt. 51.

³⁸ *Considerato in diritto*, n. 2.

³⁹ *Considerato in diritto*, n. 5. Da questo punto di vista, una recente sentenza della Cassazione ha disatteso l'orientamento fatto proprio dalla Corte costituzionale nel 1966, perché ha escluso il carattere plurioffensivo del reato di cui all'art. 684 c.p. per cui l'oggettività giuridica di esso sarebbe rinvenibile nell'interesse dello Stato al normale funzionamento dell'attività giudiziaria mediante la segretezza della fase istruttoria al fine di impedire l'inquinamento della prova o la fuga di compartecipi e non già nell'esigenza di tutela della dignità e della reputazione di tutti coloro che, sotto differenti vesti, partecipano al processo: Cass. civ., sez. un., 25 febbraio 2016, n. 3727, cit.

per «tutelare, nella fase istruttoria, la dignità e la reputazione di tutti coloro che, sotto differenti vesti, partecipano al processo».

Anche la nuova disciplina in tema di segreto difensivo, introdotta con l'art. 114 del codice del 1988, ha posto il problema della sua compatibilità con l'art. 21 Cost.

La sent. 59 del 1995 ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 114, comma 3, c.p.p. nella parte in cui prevedeva il divieto di pubblicare gli atti del fascicolo del dibattimento prima della sentenza di primo grado. Più nello specifico, secondo quanto affermato nell'ordinanza del giudice *a quo*, a fronte di detto divieto, ai sensi dell'ultimo comma del medesimo art. 114 è sempre consentita la pubblicazione del contenuto di atti non coperti da segreto, il già citato terzo comma, oltre a porre una irragionevole ed ontologicamente incerta distinzione tra «pubblicazione di atti» (vietata) e «pubblicazione del contenuto di atti» (lecita), realizzerebbe una ingiustificata disparità di trattamento tra due situazioni sostanzialmente assimilabili, violando il principio della libertà di stampa sancito dall'art. 21 della Costituzione, e ponendosi in contrasto con la direttiva n. 71 dell'art. 2 della legge di delega 16 febbraio 1987 n. 81, la quale non prevede alcun divieto di pubblicazione degli atti del fascicolo per il dibattimento.

La Corte ha osservato che «in raffronto a quanto contemplato nella direttiva n. 71 della legge di delega, il legislatore delegato ha certamente introdotto al terzo comma dell'art. 114 un ulteriore divieto (riferito al fascicolo per il dibattimento), rispetto a quello relativo al fascicolo del pubblico ministero. L'analiticità con cui il delegante ha inteso precisare i casi di divieto di pubblicazione degli atti – evidentemente indicativa del rifiuto di introdurne ulteriori, in rispetto del principio sancito dall'art. 21 della Costituzione – impedisce che in sede di attuazione il legislatore delegato possa pervenire a tale risultato, tanto più ove si consideri che le motivazioni addotte per giustificarlo (corretta formazione del convincimento del giudice) non possono ragionevolmente riferirsi alla pubblicazione di quanto contenuto nel fascicolo per il dibattimento, concernente, per definizione, gli atti che il giudice deve conoscere»⁴⁰.

Il giudice delle leggi ha quindi dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 114, terzo comma, del codice di procedura penale nella parte in cui non consentiva la pubblicazione degli atti del fascicolo per il dibattimento anteriormente alla pronuncia della sentenza di primo grado.

5.

Libertà di informazione e processo penale nell'ordinamento eurounitario.

L'analisi della giurisprudenza costituzionale è però ormai divenuta insufficiente nell'attuale contesto istituzionale nel quale hanno acquisito una rilevanza crescente la giurisprudenza eurounitaria e quella della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Tuttavia, con riferimento alla problematica oggetto del presente contributo non si rinven-
gono ad oggi pronunce significative della Corte di Lussemburgo.

In prospettiva, non sono da escludere futuri sviluppi soprattutto alla stregua della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ormai "incorporata" nei Trattati a seguito del Trattato di Lisbona. In effetti nella Carta vi sono disposizioni quali l'art. 11, par. 1 («Ogni individuo ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera»), le cui potenzialità inesprese, alla luce della giurisprudenza della Corte Edu sull'art. 8 CEDU sono evidenti. Rilevano poi tanto l'art. 7, in materia di rispetto della vita privata e della vita familiare, e degli artt. 47 (diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale) e 48 (presunzione di innocenza e diritti della difesa), che mutuano alcuni dei principi del giusto processo, di cui all'art. 6 CEDU.

Anche in attuazione di tali ultimi articoli, oltre che dell'art. 82, par. 2, lett. b), TFUE⁴¹, è da ricordare un'importante direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare

⁴⁰ Considerato in diritto, n. 7.

⁴¹ Ai sensi del quale, laddove necessario per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione internazionale, il Parlamento europeo e il Consiglio possono stabilire norme minime deliberando mediante direttive secondo la direttiva ordinaria, quanto, tra l'altro, ai «diritti della persona nella procedura penale».

al processo nei procedimenti penali⁴².

La rilevanza di tale direttiva appare già alla luce dei numerosi *considerando*, dai quali si evince, in particolare, che: *a*) l'obbligo di non presentare gli indagati o imputati come colpevoli non impedisce alle autorità pubbliche di divulgare informazioni sui procedimenti penali, qualora ciò sia strettamente necessario per motivi connessi all'indagine penale. Il ricorso a tali ragioni deve essere limitato a situazioni in cui ciò sia ragionevole e proporzionato, tenendo conto di tutti gli interessi. In ogni caso, le modalità e il contesto di divulgazione delle informazioni non debbono dare l'impressione della colpevolezza dell'interessato prima che questa sia stata legalmente provata (n. 18); *b*) gli Stati membri sono chiamati ad adottare le misure necessarie per garantire che, nel fornire informazioni ai media, le autorità pubbliche non presentino gli indagati o imputati come colpevoli, fino a quando la loro colpevolezza non sia stata legalmente provata. A tal fine, gli Stati membri debbono informare le autorità pubbliche dell'importanza di rispettare la presunzione di innocenza nel fornire o divulgare informazioni ai media, fatto salvo il diritto nazionale a tutela della libertà di stampa e dei media (n. 19).

Tali indicazioni trovano esplicitazione, in particolare, nell'art. 4, a tenore del quale «gli Stati membri adottano le misure necessarie per garantire che, fino a quando la colpevolezza di un indagato o imputato non sia stata legalmente provata, le dichiarazioni pubbliche rilasciate da autorità pubbliche e le decisioni giudiziarie diverse da quelle sulla colpevolezza non presentino la persona come colpevole. Ciò lascia impregiudicati gli atti della pubblica accusa volti a dimostrare la colpevolezza dell'indagato o imputato e le decisioni preliminari di natura procedurale adottate da autorità giudiziarie o da altre autorità competenti e fondate sul sospetto o su indizi di reità» (par. 1). L'obbligo di non presentare gli indagati o imputati come colpevoli non impedisce alle autorità pubbliche di divulgare informazioni sui procedimenti penali «qualora ciò sia strettamente necessario per motivi connessi all'indagine penale o per l'interesse pubblico» (par. 3). È infine previsto che gli Stati membri adottino misure appropriate in caso di violazione di tali obblighi (par. 2).

Anche se i contenuti della direttiva appaiono, per più profili, assai generali e in definitiva attenti anche e soprattutto alle non poche differenze sussistenti tra le discipline processuali dei diversi Stati membri, rimane comunque l'importanza di un atto che potrebbe legittimare, in prospettiva, più penetranti interventi da parte del legislatore (e della giurisprudenza) europei, soprattutto nel rapporto tra presunzione di innocenza e media, a proposito del quale si è affermato che tale atto è «capace d'introdurre un mutamento effettivo per l'ordinamento giuridico italiano, in termini di crescita delle garanzie individuali e, diremmo anche, del livello di civiltà»⁴³, in una prospettiva che si richiama, per più profili, come si dirà, alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Certo, le indicazioni desumibili da tale direttiva, che dovrà essere attuata entro il 1 aprile 2018, appaiono sul punto meno incisivi⁴⁴ rispetto alle indicazioni desumibili da una importante Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa del 2003⁴⁵ che contiene un articolato elenco di principi (in totale ben 18) e tra questi, in particolare, il dovere dell'Autorità procedente di fornire informazioni ai *mass media* sui procedimenti penali di interesse pubblico, ove ciò non comprometta il segreto investigativo e le indagini di polizia (principio n. 6), nonché la correttezza del procedimento (principio n. 10). Assai rilevanti sono poi la previsione secondo la quale «qualora una persona accusata di un reato sia in grado di dimostrare che le informazioni fornite comportano una probabilità elevata di ledere il suo diritto ad un giusto processo, o hanno già dato luogo a tale lesione, la persona in oggetto dovrebbe disporre di un rimedio giuridico efficace» (principio n. 11) e quella che consente la diffusione di pareri e informazioni relativi a procedimenti penali solo ove ciò non pregiudichi la presunzione di innocenza dell'indagato o dell'imputato ed il suo diritto alla *privacy* (principi n. 8 e n. 2)⁴⁶.

⁴² Si tratta della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 216/343/UE del 9 marzo 2016, pubblicata nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* 11 marzo 2016, L 65/1.

⁴³ C. VALENTINI, *La presunzione di innocenza nella Direttiva n. 216/343/UE*: per aspera ad astra, in *Proc. pen. giust.*, 2016, n. 3, p. 193.

⁴⁴ N. CANESTRINI, *La direttiva sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali: un'introduzione*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2224 ss.

⁴⁵ Si tratta della Raccomandazione Rec (2003) 13, rinvenibile in *www.coe.int*.

⁴⁶ Per tutti, G. RESTA, *Libertà d'informazione e giustizia: la prospettiva della Corte di Strasburgo*, in *Id.*, *Dignità, persone, mercati*, Torino, 2014, p. 232 ss.

6.

Libertà di informazione e processo penale nella giurisprudenza convenzionale: la rilevanza della tutela assicurata dall'art. 8 CEDU.

Anche la giurisprudenza della Corte di Strasburgo è dominata da un'esigenza di bilanciamento tra diritti diversi, efficacemente sintetizzato come il rapporto tra «informazione sul processo (cioè l'attività di fornire ed il diritto di ricevere informazioni riguardo a processi in svolgimento e, più in generale, riguardo agli atti del procedimento)» e «processo all'informazione (ossia riguardo alle conseguenze che un individuo – realisticamente un giornalista, un fotografo o il responsabile di una pubblicazione – si trova ad affrontare a causa dell'esercizio del diritto a dare informazione)»⁴⁷.

In premessa, l'esigenza della pubblicità dello svolgimento del processo è declinata in modo diverso a seconda che si tratti della c.d. "pubblicità immediata" (riferita al *quisque de populo*) ovvero della "pubblicità mediata", ottenibile dai mezzi di comunicazione di massa, «che si traduce non solo nell'esigenza di riconoscere ai giornalisti una facoltà di presenziare ad atti processuali, ma altresì nell'esigenza di non precludere agli stessi di riferire su tali atti ad un numero indeterminato di altre persone, qual è quello di coloro che fruiscono dei mezzi d'informazione»⁴⁸.

In ogni caso, la pubblicità del processo, intesa come diritto di ogni persona a che la sua causa sia discussa pubblicamente, è considerata dalla Corte Edu come un principio fondamentale, ai sensi dell'art. 6 CEDU, inteso anche come mezzo per rafforzare la fiducia nei confronti dell'esercizio della giurisdizione. Sono ammesse deroghe, ai sensi dell'art. 6, par. 1, per cui la stampa ed il pubblico possono essere esclusi dall'intero processo, ovvero anche solo da una parte di esso, qualora lo richiedano la moralità, ovvero la tutela della vita privata delle parti, ovvero ancora qualora la pubblicità possa pregiudicare l'interesse a dare giustizia⁴⁹.

Vengono poi in essere il diritto al rispetto della propria vita privata e familiare (art. 8, par. 1) nonché della libertà di espressione (art. 10, par. 1), che incontra, tra i propri limiti, anche l'esigenza di salvaguardare l'autorità e l'imparzialità della magistratura⁵⁰.

L'importanza di tutelare la *privacy* di soggetti che intervengono nel processo è stata ribadita nel caso *Craxi c. Italia*⁵¹, in cui il ricorrente lamentava la violazione dell'art. 8 CEDU, a causa della pubblicazione a mezzo stampa del contenuto, relativo a notizie penalmente irrilevanti, delle intercettazioni disposte a suo carico e integralmente depositate dal pubblico ministero presso la segreteria del suo ufficio⁵². Nell'accogliere la doglianza, la Corte di Strasburgo, pur non aderendo alla tesi del ricorrente secondo cui la divulgazione delle informazioni riservate è stata diretta conseguenza del comportamento dell'organo d'accusa, ha sottolineato l'esigenza che le autorità pubbliche non si limitino a esimersi dal compiere indebite interferenze nella *privacy* di ciascun individuo, ma si attivino pure, attraverso azioni positive (anzitutto, una normativa adeguata), a proteggere effettivamente la riservatezza dei singoli individui anche nei loro rapporti privati (§§ 73-75). In particolare, qualora un'indebita divulgazione sia avvenuta, si rivela necessario il compimento di un'efficace inchiesta al fine di porre rimedio, per quanto possibile, alla situazione. Sebbene non sia sufficientemente chiaro se detta inchiesta debba partire anche *ex officio*, senza attendere l'esplicita manifestazione dell'interessato di voler agire nei confronti di chi ha attentato il rispetto della propria vita privata, la lesione del diritto alla

⁴⁷ R. MASTROIANNI, *Informazione sul processo e processo all'informazione nel sistema di tutela previsto dalla Cedu*, in L. GARLATI, G.E. VIGEVANI (a cura di), *Processo e informazione*, cit., p. 73.

⁴⁸ M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, cit., p. 281. Sul punto, da ultimo, G. GIOSTRA, *Processo mediatico*, cit.

⁴⁹ Per tutti, C. Edu, 26 settembre 1995, *Diennet c. Francia*. Sul punto, cfr. ancora, in particolare, R. MASTROIANNI, *Informazione sul processo*, cit., p. 77 ss.

⁵⁰ Secondo E. AMODIO, *Estetica della giustizia penale*, cit., p. 141, «già sotto questo profilo che riserva ai magistrati il primato nella gestione del potere giudiziario viene ad emergere un primo imperioso monito rispetto alle ambizioni insite nella giustizia mediatica parallela, ritenuta non lesiva o trascurabile dalla giurisprudenza più sopra esaminata».

⁵¹ Tra i commenti si veda A. TAMIETTI, *Intercettazioni telefoniche e garanzie a tutela del diritto al rispetto della vita privata e della corrispondenza dell'imputato: La Corte europea interpreta estensivamente gli obblighi positivi dello Stato*, in *Cassazione penale*, 2004, p. 686 ss. e G. MANTOVANI, *L'affaire Craxi e la doppia pronuncia della Corte europea*, in *Legislazione penale*, 2004, p. 118 ss.

⁵² C. Edu, 17 luglio 2003, *Craxi c. Italia*. Nel corso d'una udienza tenutasi il 29 settembre 1995 nel processo intentato dalla società Metropolitana Milanese, il pubblico ministero aveva consegnato al cancelliere del Tribunale i verbali delle conversazioni telefoniche intercettate e aveva chiesto che fossero acquisite come prove a carico del on. Craxi. L'accusa procedette in seguito alla lettura di un certo numero di estratti durante il processo. Il tenore di alcune conversazioni telefoniche così come il nome degli interlocutori del on. Craxi furono in seguito pubblicati dalla stampa.

privacy viene così equiparata, quanto a tutela, ai fondamentali diritti alla vita e al rispetto della persona umana, di cui rispettivamente agli artt. 2 e 3 CEDU (in questo senso l'opinione parzialmente dissenziente del giudice V. Zagrebelsky).

La Corte riconosce la violazione dell'articolo 8 della Convenzione, in quanto lo Stato italiano non ha assicurato la custodia dei verbali delle conversazioni telefoniche intercettate, né condotto in seguito una indagine effettiva sulle modalità con le quali queste comunicazioni private sono state rese pubbliche; inoltre, le autorità italiane non hanno rispettato le procedure legali prima della lettura dei verbali delle conversazioni telefoniche intercettate. Secondo la sentenza in esame, infatti, «in the present case the Court recalls that disclosures of a private nature inconsistent with Article 8 of the Convention took place (cf. § 67 above). It follows that once the transcripts were deposited under the responsibility of the registry, the authorities failed in their obligation to provide safe custody in order to secure the applicant's right to respect for his private life. Also, the Court observes that it does not appear that in the present case an effective inquiry was carried out in order to discover the circumstances in which the journalists had access to the transcripts of the applicant's conversations and, if necessary, to sanction the persons responsible for the shortcomings which had occurred. In fact, by reason of their failure to start effective investigations into the matter, the Italian authorities were not in a position to fulfil their alternative obligation of providing a plausible explanation as to how the applicant's private communications were released into the public domain. / The Court holds, therefore, that the respondent State did not fulfil its obligation to secure the applicant's right to respect for his private life and correspondence. There has consequently been a violation of Article 8 of the Convention».

Assai interessante è una più recente pronuncia del 2013 nella quale si è affermata la violazione dell'art. 8 CEDU nel caso di pubblicazione di conversazioni telefoniche intercettate nel corso di procedimento penale, prima che esse divengano pubbliche secondo la legge. Nella sentenza si opera anche un *excursus* riassuntivo della giurisprudenza della Corte⁵³.

Da questo punto di vista, la Corte Edu ha nel corso degli anni sviluppato una giurisprudenza assai cospicua sulle intercettazioni e i limiti alle stesse, sulla base di un'interpretazione estensiva del concetto di corrispondenza⁵⁴, inteso come ogni mezzo di comunicazione privata⁵⁵.

L'art. 8 è poi utilizzato a fondamento della reputazione e dell'onore di una persona come parti essenziali dell'identità personale e dell'integrità morale. Tali interessi sono tutelabili dall'art. 8 CEDU, che entra in gioco in presenza di gravi allegazioni la cui pubblicazione abbia una ripercussione diretta sulla vita privata dell'interessato comportando una compromissione dell'integrità personale⁵⁶.

Tuttavia, vengono qui in considerazione alcuni criteri che la Corte Edu utilizza nelle ipotesi di conflitto tra libertà di informazione relativa a procedimenti giudiziari e tutela della personalità, ovvero: a) il contributo del messaggio ad un dibattito di interesse pubblico; b) la notorietà della persona e il tipo di attività oggetto della pubblicazione; c) il comportamento tenuto in precedenza dal soggetto e il grado di conoscenza della notizia; d) i metodi seguiti per il conseguimento dell'informazione e la sua veridicità; e) il contenuto, la forma e le conseguenze della pubblicazione; f) la gravità delle sanzioni irrogate nei confronti dei media⁵⁷.

Nel caso specifico, relativamente al bilanciamento tra interessi, la Corte ha ritenuto che vada sanzionata, sul piano civilistico⁵⁸, la diffusione da parte dei media, durante un'indagine preliminare in cui un pregiudicato sia sentito come persona informata sui fatti, di informazioni circa le precedenti condanne dell'interessato e di affermazioni tendenti ad ingenerare nel pubblico la convinzione che egli sia il principale sospettato del reato oggetto di indagine.

⁵³ C. Edu, 16 aprile 2013, *Casuneanu c. Romania*.

⁵⁴ Per tutti, V. ZENO ZENCOVICH, *Art. 8*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 311 ss.

⁵⁵ V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2016, p. 276 ss.

⁵⁶ C. Edu, 9 aprile 2009, *A.c. c. Norvegia*. Importanti sono anche C. Edu, 11 gennaio 2005, *Sciacca c. Italia* e 24 maggio 2009, *Toma c. Romania*, nelle quali è affermata la responsabilità dello Stato per avere diffuso foto segnaletiche al di fuori dei casi previsti dalla legge e ad avere consentito ai giornalisti di scattare e pubblicare all'interno di commissariati di polizia fotografie di persone in stato di fermo.

⁵⁷ C. Edu, 7 febbraio 2012, *Alex Springer c. Germania*; sul punto, G. RESTA, *La giurisprudenza della Corte di Strasburgo sulla libertà d'informazione e la sua rilevanza per il diritto interno: il caso dei processi mediatici*, in *Dir. informatica*, 2012, p. 165.

⁵⁸ La Corte si basa sulla considerazione che, per quanto riguarda la tipologia dei rimedi, l'art. 8 CEDU non impone la tutela penale dell'onore e della reputazione, essendo sufficiente la tutela civilistica, v. C. Edu, 29 gennaio 2004, *Sindicato dos Pilotos de Aviação Civil c. Portogallo*.

6.1.

Segue: *il diritto di cronaca nella giurisprudenza Edu.*

Il diritto di cronaca riceve un'ampia tutela nella giurisprudenza Edu (è nota la definizione della stampa come "cane da guardia" della democrazia, fatta propria della giurisprudenza della Corte Edu⁵⁹), in un'ottica per cui ai media è riconosciuto uno specifico ruolo, fonte anche di specifiche responsabilità⁶⁰.

La Corte richiede infatti che proprio per la funzione così istituzionalmente rilevante della stampa⁶¹ il diritto di cronaca sia esercitato in conformità ai principi del giornalismo responsabile: come affermato anche recentemente dalla stessa Corte, «benché la stampa giochi un ruolo essenziale in una società democratica, e abbia il dovere di comunicare informazioni e idee su qualsiasi questione di interesse pubblico [...], i giornalisti sono comunque soggetti a obblighi e responsabilità. La tutela accordata ai giornalisti dall'articolo 10 della Convenzione è infatti subordinata alla condizione che essi agiscano in buona fede, per fornire informazioni accurate e affidabili, in conformità ai principi del giornalismo responsabile, che rinvia principalmente al contenuto raccolto e/o divulgato mediante mezzi giornalistici»⁶².

In questo senso, commenti e analisi del giornalismo giudiziario non possono «scalzare la fiducia del pubblico nel ruolo dei tribunali per l'amministrazione della giustizia», per cui risultano in violazione dell'art. 6 CEDU le «dichiarazioni che rischierebbero, intenzionalmente o meno, di ridurre le *chances* di una persona di godere delle garanzie di un processo equo»⁶³ (il caso era relativo alla diffusione di resoconti di udienze penali nei quali si riferivano fatti e opinioni relative ad un noto uomo politico, giudicato per frode fiscale).

Tra le pronunce più rilevanti si può ricordare la sentenza 26 aprile 1979, *Sunday Times c. United Kingdom*, nella quale la Corte Europea dei diritti dell'uomo ha affermato che «l'idea che i tribunali non possano funzionare nel vuoto è in generale condivisa. Il loro compito è quello di comporre le controversie ma nulla vieta che esse non possano dar luogo a dibattiti in altre sedi, vuoi sulle riviste specializzate, sulla grande stampa o tra il grande pubblico. Inoltre se è vero che i mezzi di comunicazione non devono superare i limiti stabiliti per la buona amministrazione della giustizia (tra i quali rientra il principio della presunzione di innocenza) è loro compito comunicare informazioni e idee sulle questioni di cui si occupano tribunali, così come su quelle relative ad altri settori di pubblico interesse. Accanto alla loro funzione di

⁵⁹ C. Edu, 27 marzo 1996, *Goodwin c. Regno Unito*. Tale definizione è però da inquadrare alla luce dell'evoluzione più recente che vede, da una parte, crescenti fenomeni di condizionamento della libertà degli operatori dell'informazione e, dall'altra, il dilagare di una logica di profitto economico decisamente prevalente rispetto all'interesse pubblico: G. RESTA, *Processi mediatici e tutela della persona*, in ID., *Dignità, persone, mercati*, cit., p. 202.

⁶⁰ Sul punto, cfr. già P. CARETTI, *Art. 10*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea*, cit., p. 337 ss.

⁶¹ Così anche C. Edu, 20 maggio 1999, *Bladet Tromsø e Stensaas c. Norvegia*.

⁶² C. Edu, 16 febbraio 2017, *Travaglio c. Italia* che si richiama a numerose pronunce precedenti, tra le quali C. Edu, 17 dicembre 2014, *Pentikäinen c. Finlandia*; 24 gennaio 2017, *Travaglio c. Italia*.

⁶³ C. Edu, 29 agosto 1997, *Worm c. Austria*.

fornire informazioni sta il diritto del pubblico ad essere informato»⁶⁴.

È da ricordare che tale pronuncia, resa a strettissima maggioranza (undici voti contro nove), ha visto una articolata *dissenting opinion* nella quale è stata evidenziata la rilevanza del limite, di cui all'art. 10 CEDU, relativo all'imparzialità del potere giudiziario, inserita nella Convenzione, proprio su proposta del Regno Unito, allo scopo di salvaguardare l'istituto del *contempt of court*⁶⁵.

Nella sentenza 10 febbraio 1995, *Alenet de Ribemont c. France*, la Corte Europea ha statuito che l'attività di informazione ai mezzi di comunicazione di massa da parte di autorità pubbliche rispetto a procedimenti penali in corso deve essere svolta «con tutta la discrezione e con tutto il riserbo imposti dalla presunzione di innocenza»⁶⁶, in un'ottica di interpretazione estensiva di detto principio «fino ad essere ricostruito come diritto a non essere pubblicamente rappresentati come colpevoli di un reato prima che la responsabilità venga accertata conformemente alle previsioni di legge»⁶⁷.

Nello stesso senso, nella sentenza 29 marzo 1997, *Worm c. Austria*, § 50, la Corte Europea ha ribadito che anche i giornalisti devono rispettare la presunzione di innocenza, quale definita dall'art. 6 della Convenzione, a tutela anche delle personalità pubbliche e degli uomini politici⁶⁸.

Inoltre, la Corte nella sentenza 10 ottobre 2000, *Daktaras vs Lituania*, ha statuito che la presunzione di innocenza costituisce uno dei requisiti per il giusto processo. Tale principio è violato se eventuali dichiarazioni, rilasciate a mezzo stampa, da parte di un pubblico ufficiale riguardo ad un indagato, possano lasciare intendere che egli sia colpevole prima della sentenza

⁶⁴ Si riporta il testo originale del paragrafo 65: «The Government's reply is that it is a matter of balancing the public interest in freedom of expression and the public interest in the fair administration of justice; they stress that the injunction was a temporary measure and say that the balance, on being struck again in 1976 when the situation had changed, fell on the other side. This brings the Court to the circumstances surrounding the thalidomide case and the grant of the injunction. / As the Court remarked in its *Handyside* judgment, freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society; subject to paragraph 2 of Article 10 (art. 10-2), it is applicable not only to information or ideas that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population (p. 23, para. 49). These principles are of particular importance as far as the press is concerned. They are equally applicable to the field of the administration of justice, which serves the interests of the community at large and requires the co-operation of an enlightened public. There is general recognition of the fact that the courts cannot operate in a vacuum. Whilst they are the forum for the settlement of disputes, this does not mean that there can be no prior discussion of disputes elsewhere, be it in specialised journals, in the general press or amongst the public at large. Furthermore, whilst the mass media must not overstep the bounds imposed in the interests of the proper administration of justice, it is incumbent on them to impart information and ideas concerning matters that come before the courts just as in other areas of public interest. Not only do the media have the task of imparting such information and ideas: the public also has a right to receive them (see, *mutatis mutandis*, the *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen* judgment of 7 December 1976, Series A no. 23, p. 26, para. 52). / To assess whether the interference complained of was based on "sufficient" reasons which rendered it "necessary in a democratic society", account must thus be taken of any public interest aspect of the case. The Court observes in this connection that, following a balancing of the conflicting interests involved, an absolute rule was formulated by certain of the Law Lords to the effect that it was not permissible to prejudge issues in pending cases: it was considered that the law would be too uncertain if the balance were to be struck anew in each case (see paragraphs 29, 32 and 33 above). Whilst emphasising that it is not its function to pronounce itself on an interpretation of English law adopted in the House of Lords, (see, *mutatis mutandis*, the *Ringeisen* judgment of 16 July 1971, Series A no. 13, p. 40, para. 97), the Court points out that it has to take a different approach. The Court is faced not with a choice between two conflicting principles but with a principle of freedom of expression that is subject to a number of exceptions which must be narrowly interpreted (see, *mutatis mutandis*, the *Klass and others* judgment of 6 September 1978, Series A no. 28, p. 21, para. 42). In the second place, the Court's supervision under Article 10 (art. 10) covers not only the basic legislation but also the decision applying it (see the *Handyside* judgment, p. 23, para. 49). It is not sufficient that the interference involved belongs to that class of the exceptions listed in Article 10 (2) (art. 10-2) which has been invoked; neither is it sufficient that the interference was imposed because its subject-matter fell within a particular category or was caught by a legal rule formulated in general or absolute terms: the Court has to be satisfied that the interference was necessary having regard to the facts and circumstances prevailing in the specific case before it».

⁶⁵ M. CHIAVARIO, *I rapporti giustizia-«media»*, cit., c. 212.

⁶⁶ Si riporta il testo originale del paragrafo 38: «Freedom of expression, guaranteed by Article 10 (art. 10) of the Convention, includes the freedom to receive and impart information. Article 6 para. 2 (art. 6-2) cannot therefore prevent the authorities from informing the public about criminal investigations in progress, but it requires that they do so with all the discretion and circumspection necessary if the presumption of innocence is to be respected». Sul punto, cfr. anche C. Edu, 31 marzo 2016, *Alexey Petrov c. Bulgaria*.

⁶⁷ G. RESTA, *Processi mediatici*, cit., p. 216.

⁶⁸ Si riporta il testo originale del paragrafo 50: «Restrictions on freedom of expression permitted by the second paragraph of Article 10 "for maintaining the authority and impartiality of the judiciary" do not entitle States to restrict all forms of public discussion on matters pending before the courts. There is general recognition of the fact that the courts cannot operate in a vacuum. [...] / However, public figures are entitled to the enjoyment of the guarantees of a fair trial set out in Article 6, which in criminal proceedings include the right to an impartial tribunal, on the same basis as every other person. This must be borne in mind by journalists when commenting on pending criminal proceedings since the limits of permissible comment may not extend to statements which are likely to prejudice, whether intentionally or not, the chances of a person receiving a fair trial or to undermine the confidence of the public in the role of the courts in the administration of criminal justice.

di condanna⁶⁹. Ad analoghe conclusioni la Corte era già giunta in un caso in cui il Ministro dell'interno francese in una conferenza stampa aveva indicato come responsabile di un reato un soggetto poi prosciolto con una pronuncia di non luogo a procedere⁷⁰.

Viceversa, lo stesso giudice ha ritenuto che queste restrizioni non operino quando la diffusione di informazioni era stata anticipata, attraverso altri canali, alla stampa e al pubblico⁷¹.

Le decisioni relative al rapporto fra esercizio della giurisdizione e libertà di espressione si sforzano di bilanciare, da una parte, il rispetto dovuto all'istituzione giudiziaria e, dall'altra, la tutela di un dibattito pubblico relativo a tematiche di interesse generali su cui i tribunali sono chiamati a pronunciarsi. In particolare, tale bilanciamento inclina verso la tutela della presunzione di innocenza tanto più in quanto i fatti oggetto di pubblicazioni abbiano una limitata rilevanza generale e appartengano prevalentemente alla sfera privata e sentimentale (come in alcune vicende tragiche di cronaca nera)⁷². In particolare, in un caso, sul presupposto che la violazione del segreto dell'indagine stessa fosse ingiustificata, la Corte ha riconosciuto la compatibilità dell'ammenda inflitta al giornalista con l'art. 10 CEDU⁷³ (la sentenza appare di grande interesse anche alla luce dei frequenti richiami alla giurisprudenza precedente).

Viceversa, con particolare riferimento al segreto nelle fasi del procedimento penale che lo prevedono, è stato ritenuto che esso può cedere, quando l'informazione sia di rilevante interesse pubblico, di fronte al diritto/dovere del giornalista di informare il pubblico, sia pure tenendo conto nei singoli casi dei pertinenti doveri e responsabilità.

In una fondamentale pronuncia del 2007⁷⁴ la Corte di Strasburgo ha rinvenuto la violazione dell'art. 10 CEDU nel caso di condanna penale di un giornalista per la pubblicazione di materiale coperto da segreto istruttorio, qualora la divulgazione non possa arrecare un effettivo pregiudizio né all'amministrazione della giustizia, né alla presunzione d'innocenza dell'interessato, ma serva a fornire, nel rispetto dell'etica professionale, informazioni affidabili e precise su vicende di interesse generale, che abbiano formato oggetto di ampia copertura mediatica (il caso era relativo ai giornalisti che avevano pubblicato nel 1996 un libro che riportava atti relativi alla fase istruttorio di una indagine su intercettazioni illecite attuate da un collaboratore del Presidente Mitterrand).

La pronuncia valorizza, in particolare, la funzione sociale dei media cui fa riscontro il diritto del pubblico di ricevere le informazioni⁷⁵. Si tratta di un aspetto tanto essenziale quanto problematico, se non altro alla luce dei tanti fattori evolutivi che hanno caratterizzato i sistemi di comunicazioni di massa: «Di qui una tensione crescente, derivante da un alto dalla difficoltà di coniugare i requisiti di serietà e correttezza della cronaca giornalistica con la pressione degli indici d'ascolto ed i tempi imposti dal mercato dell'informazione; dall'altro, dalla relazione perversa che è venuta a determinarsi in molti sistemi tra la "spettacolarizzazione" della giustizia e la ricerca di protagonismo mediatico da parte di alcuni "signori del diritto"»⁷⁶.

In ogni caso, la giurisprudenza Edu afferma che l'art. 6, par. 1, CEDU, il quale dispone

⁶⁹ Nel paragrafo 41 si legge: «The Court recalls that the presumption of innocence enshrined in Article 6 § 2 of the Convention is one of the elements of a fair criminal trial required by Article 6 § 1. It will be violated if a statement of a public official concerning a person charged with a criminal offence reflects an opinion that he is guilty before he has been proved so according to law. It suffices, even in the absence of any formal finding, that there is some reasoning to suggest that the official regards the accused as guilty (see, mutatis mutandis, the *Allenet de Ribemont v. France* judgment of 10 February 1995, Series A no. 308, p. 16, § 35)».

⁷⁰ C. Edu, 10 febbraio 1995, *Allenet de Ribemont c. Francia*; cfr. anche 22 aprile 2010, *Fatullayev c. Azerbaijan*.

⁷¹ C. Edu, 22 maggio 1990, *Weber c. Svizzera*.

⁷² C. Edu, 24 novembre 2005, *Tourancheau e July c. Francia*.

⁷³ C. Edu, Grande Camera, 29 marzo 2016, *Bédat- c. Svizzera*. Nel par. 55 si afferma, in particolare, che «in the present case, the applicant's right to inform the public and the public's right to receive information come up against equally important public and private interests which are protected by the prohibition on disclosing information covered by the secrecy of criminal investigations. Those interests are the authority and impartiality of the judiciary, the effectiveness of the criminal investigation and the right of the accused to the presumption of innocence and protection of his private life». Nel par. 68 si aggiunge che «while emphasising that the rights guaranteed by Article 10 and Article 6 § 1 deserve equal respect in principle (see paragraph 53 above), the Court reiterates that it is legitimate for special protection to be afforded to the secrecy of a judicial investigation, in view of what is at stake in criminal proceedings, both for the administration of justice and for the right of persons under investigation to be presumed innocent (see *Dupuis and Others*, cited above, § 44). It emphasises that the secrecy of investigations is geared to protecting, on the one hand, the interests of the criminal proceedings by anticipating risks of collusion and the danger of evidence being tampered with or destroyed and, on the other, the interests of the accused, notably from the angle of presumption of innocence, and more generally, his or her personal relations and interests. Such secrecy is also justified by the need to protect the opinion-forming and decision-making processes within the judiciary».

⁷⁴ C. Edu, 7 giugno 2007, *Dupuis c. Francia*. Cfr. anche C. Edu, 21 gennaio 1999, *Fressoz e Roire c. Francia*; 3 ottobre 2000, *Du Roy e Malaurie c. Francia*.

⁷⁵ L. FILIPPI, *La sentenza Dupuis c. Francia: la stampa "Watchdog" della democrazia tra esigenze di giustizia, presunzione d'innocenza e privacy*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 813 ss.

⁷⁶ G. RESTA, *La giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, cit., p. 165.

deroghe al diritto d'accesso all'udienza, legittima l'imposizione di segreti opponibili alla stampa, come quello relativo all'identità di un testimone qualora si tratti di salvaguardare la sua incolumità⁷⁷.

7.

Considerazioni conclusive: i non pochi nodi ancora aperti.

Il quadro che si è venuto delineando nei paragrafi precedenti evidenzia le numerose problematiche istituzionali sottese al c.d. “processo mediatico”.

Sul punto, la giurisprudenza costituzionale, invero piuttosto risalente, consente di trarre solo sommarie indicazioni su taluni profili.

Rimangono sul tappeto alcune problematiche di grande rilievo, in parte affrontate prevalentemente in via giurisprudenziale: si pensi, in particolare, al rapporto tra presunzione di innocenza e “verginità” del giudice di fronte agli organi di informazione⁷⁸.

Sul primo punto, sono state evidenziati da più parti i rischi di improprie influenze del processo mediatico sui giudici (ma anche sugli organi inquirenti)⁷⁹; è noto che la giurisprudenza appare attestata sulla tesi secondo la quale «il magistrato dovrebbe essere per *habitus* professionale impermeabile alle conoscenze di provenienza extraprocessuale» anche per la difficoltà di “misurare” tali condizionamenti e di apprestare rimedi processuali che finiscono per incidere negativamente sulle garanzie di cui all'art. 25, comma 1, Cost.⁸⁰

Emblematica al riguardo è la giurisprudenza della Cassazione relativa all'istituto della rimessione, che esclude l'applicabilità di tale strumento anche nei casi di eccessiva “attenzione mediatica” da parte di organi di informazione nazionale o locale. Così in una recente pronuncia, il giudice di legittimità ha osservato che lo *strepitus fori* derivante dall'opera dei media «finisce per essere elemento del tutto neutro», in primo luogo perché «l'attenzione “mediatica” sul processo è espressione della libertà di manifestazione del pensiero, trattandosi di iniziative rientranti nel diritto all'informazione ed alla libertà di cronaca e di opinione. Occorre, infatti, riconoscere che il diritto all'informazione sul processo, in quanto valore costituzionalmente tutelato, è un bene imprescindibile per l'equilibrio di un sistema democratico: non si tratta, cioè, di tutelare soltanto un valore di rilevanza costituzionale quale la libertà di manifestazione del pensiero, di cui i diritti di cronaca e di critica costituiscono peculiare espressione, ma si deve anche tener conto la eventuale compressione dei suddetti diritti – anche se intesa a garantire la maggiore “neutralità” possibile del terreno processuale – avrebbe ricadute non consentite su un essenziale valore endoprocessuale, di natura tipicamente pubblicistica, qual è il diritto dei cittadini (direttamente coinvolti nella singola vicenda giudiziaria, od anche non coinvolti) alla trasparenza nell'esercizio della funzione giurisdizionale penale». La Corte, rifacendosi a propri precedenti⁸¹, ribadisce quindi che «anche ripetuti articoli giornalistici, e persino una vera e propria campagna di stampa, pur continua ed animosa, non assumono di per sé rilievo ai fini della “transiatio iudicii”, in mancanza di elementi concreti che rivelino una coeva potenziale menomazione dell'imparzialità dei giudici locali. / La frequente “osmosi” che oggi esiste tra processo penale e attenzione mediatica, per le ragioni sopraesposte, porta ad escludere che tali fenomeni possano assumere una valenza così eccezionale da provocare reazioni non usualmente tollerate da parte di chi partecipa al processo, così da costituire il presupposto per la rimessione. [...] D'altronde ponendosi su un diverso piano, se si ammettesse l'idoneità di una pur violenta campagna di stampa ad influire sulla determinazione della competenza del giudice, attraverso la rimessione del processo, ciò significherebbe, in sostanza, ammettere la possibilità di condizionare la scelta del giudice da parte di chiunque, essendo in grado di orientare gli organi di informazione, volesse distrarre il processo da una data sede»⁸².

Sul secondo punto, la direttiva dell'Unione europea 2016/343 già ricordata, “recependo” indicazioni provenienti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, sem-

⁷⁷ C. Edu, 26 marzo 1996, *Doorson c. Paesi Bassi*.

⁷⁸ Sul punto, da ultimo, F.M. PIZZETTI, *Informazione, presunzione d'innocenza e “verginità del giudice”. L'Italia e l'Europa*, in *L'informazione giudiziaria in Italia. Libro bianco sui rapporti tra mezzi di comunicazione e processo penale*, Pisa, 2016, p. 128 ss. e i riferimenti bibliografici ivi riportati.

⁷⁹ Per tutti, da ultimo, G. GIOSTRA, *Processo mediatico*, cit., par. 3.

⁸⁰ G. GIOSTRA, *Processo mediatico*, cit.

⁸¹ Cass. pen., sez. VI, 21 ottobre 2013, n. 11499, in *CED Cass. pen. 2014*; Cass. pen., sez. II, 19 dicembre 2014, n. 2565, in *CED Cass. pen. 2015*.

⁸² Cass. pen., sez. II, 23 dicembre 2016, n. 55328, in *Dir. & giust.*, 13 gennaio 2017.

bra ormai attestare un'interpretazione estensiva della presunzione di innocenza, da garanzia destinata ad operare non soltanto sul piano processuale a diritto della personalità, inteso cioè come diritto a non essere presentato come colpevole prima che la sua responsabilità sia stata legalmente accertata.

L'estensione in questione si spiega anche alla luce del fatto che la presunzione di innocenza è considerata dalla Corte di giustizia un principio generale del diritto dell'Unione⁸³ e pertanto assume un particolare rilievo istituzionale. E non a caso, un'analoga estensione è stata fatta propria da non pochi ordinamenti nazionali. Rinviando alla dottrina sul punto, si deve qui richiamare l'inserimento nel *Code civil* francese, con una legge del 2000, di un apposito articolo⁸⁴ che, oltre a qualificare la presunzione di innocenza come diritto soggettivo, ne arricchisce la tutela, in particolare valorizzando il ricorso alle misure di urgenza⁸⁵.

Su tale interpretazione estensiva sembra attestata anche la giurisprudenza della Cassazione con riferimento alla declinazione dell'esimente del diritto di cronaca giudiziaria⁸⁶, ma spunti in questo senso possono rinvenirsi già nella citata sent. 18 del 1966 della Corte costituzionale nella quale si afferma che «nei confronti dell'imputato la divulgazione a mezzo della stampa di notizie frammentarie, ancora incerte perché non controllate, e per lo più lesive dell'onore, può essere considerata in contrasto col principio, garantito dall'art. 27, secondo comma, della Costituzione, della non colpevolezza fino a quando non sia intervenuta sentenza di condanna»⁸⁷.

Anche la giurisprudenza successiva ha valorizzato la rilevanza costituzionale dell'onore e della reputazione, da considerare tra i beni e interessi inviolabili «in quanto essenzialmente connessi con la persona umana» (cfr. anche Corte cost., sent. 86 del 1974), anche quali corollari del paradigma della pari dignità sociale di cui all'art. 3, comma 1, Cost.⁸⁸; in quanto tali, essi si atteggiavano anche come limiti alla libertà di manifestazione del pensiero. Per cui, come è stato esattamente osservato, la presunzione di innocenza «vale soprattutto a disciplinare la forma – ossia i modi – dell'informazione sui procedimenti penali in corso, più che non a limitarne l'oggetto. In questo senso, quando si discute di un'informazione lesiva della presunzione d'innocenza, il tema non è quello – a sua volta ben noto – delle fughe di notizie, ma è soprattutto quello del linguaggio, delle modalità espositive, dei toni utilizzati»⁸⁹.

⁸³ Corte giust., 22 novembre 2012, causa C-89/11 P, *E.ON Energie*.

⁸⁴ L'art. 9-1 del *Code civil* (introdotta con la legge n. 2000-516 del 15 giugno 2000) prevede: « Chacun a droit au respect de la présomption d'innocence. / Lorsqu'une personne est, avant toute condamnation, présentée publiquement comme étant coupable de faits faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction judiciaire, le juge peut, même en référé, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que l'insertion d'une rectification ou la diffusion d'un communiqué, aux fins de faire cesser l'atteinte à la présomption d'innocence, et ce aux frais de la personne, physique ou morale, responsable de cette atteinte ».

⁸⁵ G. RESTA, *Processi mediatici*, cit., p. 217 ss.

⁸⁶ Da ultimo, Cass. pen., sez. V, 23 gennaio 2017, n. 15587, in *Dir. & giust.*, 2017, 30 marzo 2017. Sul punto, per tutti, L. CAMALDO, *La pubblicazione degli atti processuali tra giusto processo e libertà di stampa*, Milano, Giuffrè, 2012; P.P. PAULESU, *La presunzione di innocenza, tra realtà processuali e dinamiche extraprocessuali*, in A. BALSAMO, R.E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, p. 125 ss.

⁸⁷ *Considerato in diritto*, n. 4. Sul punto, da ultimo, F.M. PIZZETTI, *Informazione*, cit., p. 128.

⁸⁸ Sul punto, un efficace quadro di sintesi è rinvenibile in S. TURCHETTI, *Cronaca giudiziaria e responsabilità penale del giornalista*, Roma, 2014, p. 27 ss.

⁸⁹ F.M. PIZZETTI, *Informazione*, cit., p. 129.

Il rapporto tra processo penale e media nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

The Relationship Between Criminal Proceedings and the Media in the Case-Law of the European Court of Human Rights

ROBERTO CHENAL

*Giurista presso la Corte europea dei diritti dell'uomo
Dottore di ricerca in Diritto penale*

PROCESSO MEDIATICO, MASS MEDIA E GIUSTIZIA PENALE,
PRESUNZIONE DI INNOCENZA, LIBERTÀ D'ESPRESSIONE,
VITA PRIVATA

MASS MEDIA TRIAL, MASS MEDIA AND CRIMINAL
JUSTICE, PRESUMPTION OF INNOCENCE,
FREEDOM OF EXPRESSION, PRIVATE LIFE

ABSTRACT

Il presente articolo analizza le principali pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di rapporti tra processo penale e media. Sono quindi, da una parte, identificati i diritti coinvolti e, dall'altra, ricostruite le modalità con le quali questi entrano in conflitto con altri diritti o interessi collettivi.

Particolare attenzione è posta sulle modalità con le quali la Corte effettua il bilanciamento tra i diritti e gli interessi contrapposti nei seguenti ambiti: le dichiarazioni alla stampa e le conferenze stampa delle autorità pubbliche in merito a processi penali ancora pendenti; la trasmissione alla stampa da parte delle autorità pubbliche di immagini di persone indagate; le fughe di notizie relative ad atti di indagine.

The present article is aimed at assessing a number of key judgments delivered by the European Court of Human Rights which touch upon the relationship between criminal proceedings and the media. On the one hand, it will identify which rights are affected, while on the other hand it will explore the manner in which such rights may enter into conflict with other rights or collective interests.

Particular emphasis is placed on how the Court conducts the balancing exercise between the different interests at stake in the following areas: statements to the press and press conferences held by public officials with regard to pending criminal proceedings; the release to the press, by public authorities, of images of individuals under investigation; leaks concerning investigation activities.

SOMMARIO

1. Introduzione – 2. Le dichiarazioni alla stampa e i limiti posti dalla tutela dell'imparzialità del giudice – 3. Segue: i limiti posti dal rispetto del principio della presunzione di innocenza – 4. La trasmissione alla stampa di immagini dell'indagato e la tutela della vita privata – 5. Le fughe di notizie relative ad atti di indagine. Dalla responsabilità dei giornalisti a quella delle autorità pubbliche

1.

Introduzione.

I rapporti tra processo penale e media coinvolgono una pluralità di diritti e interessi, rispetto ai quali la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo è di volta in volta chiamata a compiere un attento bilanciamento. Scopo di questo articolo è quello di fornire una panoramica della giurisprudenza della Corte in materia e in particolare di analizzare alcuni aspetti rilevanti tanto per i loro riflessi sull'ordinamento interno, quanto per la loro attitudine a far emergere le diverse forme nelle quali si concretizza il bilanciamento: le dichiarazioni alla stampa e le conferenze stampa delle autorità pubbliche in merito a processi penali ancora pendenti; la trasmissione alla stampa da parte delle autorità pubbliche di immagini di persone indagate; le fughe di notizie relative ad atti di indagine.

2.

Le dichiarazioni alla stampa e i limiti posti dalla tutela dell'imparzialità del giudice.

La Corte ha riconosciuto che la tutela della libertà d'espressione, riconosciuta dall'articolo 10 CEDU, si estende anche alle dichiarazioni espresse sul posto di lavoro, comprese quelle provenienti da funzionari pubblici¹. In quanto tali, anche coloro che appartengono alla magistratura godono della tutela contenuta in questa disposizione.²

Tuttavia, i funzionari pubblici, ivi compresi i membri della magistratura e, più in generale i funzionari che lavorano nelle giurisdizioni, sono vincolati a un dovere di lealtà, riserbo e discrezione in ragione della funzione e del ruolo che ricoprono³. Tra le altre ragioni, tali limiti alla libertà di espressione sono imposti dalla necessità di tutelare altri interessi e diritti, quali l'imparzialità del giudice, la presunzione di innocenza, il diritto al rispetto della vita privata. Sono quindi considerate legittime restrizioni del diritto alla libertà d'espressione dei funzionari impiegati nell'ambito della giustizia ogni qualvolta l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario siano suscettibili di essere messi in discussione⁴.

Alla luce di queste considerazioni è necessario tracciare una distinzione tra coloro che esercitano una funzione giudicante e gli altri funzionari. La ragione risiede nel fatto che la figura del giudice è l'unica che incide non solo sulla presunzione di innocenza e sulla vita privata, ma anche sul diritto ad un tribunale imparziale. Secondo la giurisprudenza della Corte, infatti, il principio dell'imparzialità si applica solo all'organo giudicante e non anche all'organo inquirente, in quanto parte del processo penale⁵.

La Corte ha più volte sottolineato le specificità del compito svolto dal potere giudiziario il quale, in quanto garante della giustizia, gioca un ruolo fondamentale in uno Stato di diritto e, al fine di assolvere correttamente al proprio compito, deve godere della piena fiducia da parte dell'opinione pubblica⁶.

La libertà di espressione del giudice è quindi sottoposta a restrizioni maggiori rispetto a quella degli altri organi dello Stato e ad esso è richiesta la massima discrezione e riserbo⁷.

¹ *Guja c. Moldavia*, GC, n. 14277/04, 12 febbraio 2008, § 52; *Vogt c. Germania*, n. 17851/91, 26 settembre 1995, § 53; *Wille c. Liechtenstein*, GC, n. 28396/95, § 41; *Ahmed e altri c. Regno Unito*, 2 settembre 1998, § 56; *Fuentes Bobo c. Spagna*, n. 39293/98, 29 febbraio 2000, § 38.

² *Harabin c. Slovacchia*, n. 58688/11, 20 novembre 2012, § 149.

³ *Baka c. Ungheria*, GC, n. 20261/12, 23 giugno 2016, §§ 162 e 164; *Guja c. Moldavia*, cit., § 70; *Kudeshkina c. Russia*, n. 29492/05, 26 febbraio 2009, § 85; *Ozpinar c. Turchia*, n. 20999/04, 19 ottobre 2010.

⁴ *Wille c. Liechtenstein*, cit., § 64; *Di Giovanni c. Italia*, n. 51160/06, 9 luglio 2013, § 71.

⁵ *Previti c. Italia*, dec., n. 45291/06, 8 dicembre 2009, §255; *Clements c. Grecia*, dec., n. 76629/14, 19 aprile 2016; così come non si applica ad altri organi dello Stato, quale il Ministro della Giustizia, v. *Priebke c. Italia*, dec., n. 48799/99, 5 aprile 2001.

⁶ *Baka c. Ungheria*, cit., §164.

⁷ *Di Giovanni c. Italia*, cit., §80; *Baka c. Ungheria*, cit., §164; *Shvachkin c. Estonia*, nn. 39820/08, 14942/09, 29 maggio 2012, § 75.

Ciò limita fortemente, se non addirittura ponendo un divieto assoluto, la possibilità da parte di un giudice di fare dichiarazioni alla stampa, anche qualora tale uso possa essere finalizzato a rispondere a provocazioni. Tale soluzione è imposta dalla necessità di tutelare gli interessi superiori della giustizia e l'immagine della funzione giudiziaria⁸.

Questi principi si riferiscono in particolare a dichiarazioni collegate alla funzione giudicante svolta dal magistrato in un caso specifico, ma non proibiscono al giudice di esprimersi, in termini generali, su questioni di interesse pubblico e, in particolare, sul tema dell'indipendenza della magistratura e dell'amministrazione della giustizia. È dunque necessario che gli Stati assicurino la libertà di espressione dei giudici rispetto a tali temi anche qualora le loro dichiarazioni suscitino un dibattito avente implicazioni di natura politica. A questo proposito, l'applicazione di sanzioni può avere un effetto dissuasivo sull'esercizio del diritto alla libertà di espressione e alla partecipazione dei giudici al dibattito pubblico su questioni legate all'amministrazione della giustizia e al sistema giudiziario nel suo complesso⁹. In base ai medesimi principi, l'articolo 10 CEDU garantisce ai giudici la possibilità di esprimersi, anche in maniera critica, su riforme legislative proposte dal Governo o dal Parlamento e ciò non si ritiene possa nuocere all'equità dei processi nei quali potrebbero applicarsi tali proposte o progetti di legge in caso di loro approvazione¹⁰. Infine, la Corte ha ritenuto in più occasioni, e in particolare in alcuni casi contro l'Italia, che il fatto che un giudice possa avere delle opinioni politiche differenti rispetto a quelle dell'accusato non costituisce di per sé un conflitto di interessi tale da giustificare l'astensione o la ricasazione del giudice in questione¹¹. Ciò è tanto più vero quando non sussiste alcun legame tra l'oggetto della procedura penale e la dichiarazione o le idee del giudice¹².

Gli altri organi o agenti dello Stato, quali il pubblico ministero, gli agenti delle forze dell'ordine o i membri dell'esecutivo la cui attività non trova un limite nell'articolo 6 § 1 CEDU, sono soggetti, rispetto a un giudice, a restrizioni meno stringenti nell'esercizio della loro libertà di espressione. Questo non significa tuttavia che non siano sottoposti a restrizioni in vista della tutela di altri diritti della persona, quali in particolare, il diritto alla presunzione di innocenza, previsto dall'articolo 6 § 2 CEDU, e il diritto al rispetto della vita privata, tutelato dall'articolo 8 CEDU.

3.

Segue: i limiti posti dal rispetto del principio della presunzione di innocenza.

La presunzione di innocenza si ritiene violata se una dichiarazione ufficiale che riguarda un indagato riflette il sentimento che egli sia colpevole, nonostante la sua responsabilità penale non sia stata ancora formalmente riconosciuta con sentenza definitiva¹³. In questo contesto, la scelta dei termini impiegati dall'agente dello Stato riveste un'importanza particolare¹⁴. Ciò che conta è il senso concreto delle dichiarazioni oggetto della doglianza ed è necessario tenere in considerazione le circostanze specifiche nelle quali esse sono state formulate¹⁵. A questo proposito, la Corte distingue tra le dichiarazioni che riflettono il sentimento che l'indagato sia colpevole da quelle che si limitano a descrivere uno stato di sospetto: mentre le prime sono incompatibili con l'articolo 6 § 2 CEDU, le seconde si ritengono in linea di principio ad esso conformi¹⁶.

La violazione della presunzione di innocenza può essere causata da dichiarazioni di qualunque organo o agente dello Stato.

È importante rilevare che, ai sensi della Convenzione, si considerano organi o agenti dello Stato tutti quegli enti o quelle persone fisiche che esercitano una porzione del potere pubblico. La Corte verificherà nel caso concreto quale sia la natura delle funzioni e dei poteri esercitati,

⁸ *Buscemi c. Italia*, n. 29569/95, §§ 67-69, § 257.

⁹ *Baka c. Ungheria*, cit., §§ 162-167 e 171.

¹⁰ *Previti c. Italia*, cit., § 253.

¹¹ *M.D.U. c. Italia*, dec., n. 58540/00, 28 gennaio 2003, *Previti c. Italia*, cit., § 258

¹² *M.D.U. c. Italia*, cit.

¹³ *Rywin c. Polonia*, nn. 6091/06, 4047/07, 4070/07, 18 febbraio 2016, § 203.

¹⁴ *Daktaras c. Lituania*, n. 42095/98, 10 ottobre 2000, § 41.

¹⁵ *Y.B. e altri c. Turchia*, nn. 48173/99 e 48319/99, 28 ottobre 2004, § 44.

¹⁶ *Rywin c. Polonia*, cit., § 204.

prescindendo dalla qualificazione giuridica interna dell'atto o della procedura di cui si discute¹⁷. Rientrano dunque senz'altro nella nozione di organo dello Stato le autorità pubbliche, quali l'organo legislativo, il governo e l'amministrazione, i tribunali, i funzionari pubblici. Sono altresì considerati organi dello Stato quegli enti privati che partecipano all'esercizio del potere pubblico o che gestiscono un servizio pubblico sotto il controllo dell'autorità. A questo proposito, la Corte fa riferimento ad una serie di criteri indicativi della natura di tali enti, quali lo statuto giuridico dell'organizzazione, le prerogative attribuitegli, il grado di indipendenza dalle autorità pubbliche a livello di organo amministrativo e di modalità di finanziamento¹⁸.

Con riferimento infine alle persone fisiche che sono considerate agenti dello Stato, a titolo esemplificativo, per la rilevanza che assumono rispetto al tema di cui si tratta, si possono ricordare: il pubblico ministero¹⁹, il funzionario di polizia²⁰, il Ministro degli Interni²¹, della Giustizia²² o dell'Economia²³, il capo di Stato²⁴, il presidente dell'assemblea parlamentare²⁵, il primo ministro²⁶, il portavoce di un tribunale²⁷.

La presunzione di innocenza non può però essere interpretata in modo da impedire di fornire all'opinione pubblica informazioni relative a indagini penali in corso, di dibattere di tali temi in sede parlamentare o sugli organi di stampa²⁸, e ciò in ragione della protezione offerta dall'articolo 10 CEDU ai diritti a fornire e ricevere informazioni. Tuttavia, tali atti devono svolgersi con discrezione e riserbo e in particolare, le dichiarazioni di un funzionario dello Stato in merito alla responsabilità penale di una persona non devono poter spingere l'opinione pubblica a credere nella colpevolezza dell'indagato e pregiudicare quindi l'accertamento e la valutazione dei fatti che devono essere svolti dall'autorità competente²⁹.

Al fine dell'esame del rispetto dell'articolo 6 § 2, la Corte prende in considerazione inoltre l'impatto che le dichiarazioni hanno avuto sull'opinione pubblica e, a tal fine, valuta i seguenti elementi³⁰: il significato proprio delle parole e dei termini utilizzati, la fase nella quale era pendente il processo penale al momento delle dichiarazioni, la copertura mediatica dello stesso, la posizione gerarchica dell'agente dello Stato³¹.

In applicazione di tali criteri, la Corte ha, ad esempio, ritenuto contrarie all'articolo 6 § 2 CEDU conferenze stampa nelle quali gli agenti della polizia incaricati delle indagini avevano indicato l'indagato come responsabile di un omicidio³²; in cui il procuratore capo aveva espresso alla stampa, in seguito a un sentenza di assoluzione in primo grado e in un momento in cui il grado di appello era ancora pendente, la sua convinzione della colpevolezza dell'imputato, nonostante avesse poi precisato che spettava ai tribunali decidere in merito alla sua responsabilità³³; ovvero ancora in casi in cui il capo della procura aveva indicato che un articolo di giornale costituiva una "minaccia di terrorismo"³⁴ o in cui il pubblico ministero aveva descritto come "illeghi" le azioni compiute dagli indagati³⁵. La Corte ha altresì condannato lo Stato in ipotesi in cui il pubblico ministero o un agente della polizia incaricato di un'indagine avevano partecipato a una trasmissione televisiva nella quale l'indagato era stato presentato, in sostanza, come colpevole delle accuse mosse nei suoi confronti³⁶.

Come si è visto in precedenza, ciò che conta non è l'espressione formale utilizzata ma il senso concreto da essa assunta nelle circostanze specifiche del caso. Di conseguenza, il fatto

¹⁷ *Radio France e altri c. Francia*, dec., n. 53984/00, 23 settembre 2003 e *Demirbas e altri c. Turchia*, dec., nn. 1093/08, 301/08, 303/08, 9 novembre 2010.

¹⁸ *Radio France e altri c. Francia*, n. 53984/00, 30 marzo 2004, § 26 e *Samsonov c. Russia*, dec., n. 2880/10, 16 settembre 2014.

¹⁹ *Daktaras c. Lituania*, cit., §44.

²⁰ *Allet de Ribemont c. Francia*, n. 15175/89, 10 febbraio 1995, § 41.

²¹ *Ibidem*.

²² *Konstas c. Grecia*, n. 53466/07, 24 maggio 2011, § 16.

²³ *Konstas c. Grecia*, *ivi*, §14.

²⁴ *Peša c. Croazia*, n. 40523/08, 8 aprile 2000, § 149.

²⁵ *Butkevicius c. Lituania*, n. 48297/99, 26 marzo 2002, §§ 49, 50 e 53.

²⁶ *Gutsanovi c. Bulgaria*, n. 34529/10, 15 ottobre 2013, §§ 194196.

²⁷ *Neagoe c. Romania*, n. 23319/08, 21 luglio 2015, § 46.

²⁸ *Rywin c. Polonia*, cit., § 207.

²⁹ *Rywin c. Polonia*, cit., § 207; *Peša c. Croazia*, cit., §141, *Konstas c. Grecia*, cit., §§ 34-35.

³⁰ *Petyo Petkov c. Bulgaria*, n. 32130/03, 7 gennaio 2010, §91.

³¹ V. ad es., per la posizione del capo della procura, *Fatullayev c. Azerbaijan*, n. 40984/07, 22 aprile 2010, § 162.

³² *Allet de Ribemont c. Francia*, cit., §§ 11 e 41.

³³ *Petyo Petkov c. Bulgaria*, cit., § 94.

³⁴ *Fatullayev c. Azerbaijan*, cit., § 162.

³⁵ *Ulgar Mammadov c. Azerbaijan*, n. 15172/13, 22 maggio 2014, § 127.

³⁶ *Khujine e altri c. Russia*, n. 13470/02, 23 ottobre 2008, § 91.

che le dichiarazioni abbiano posto il tema della responsabilità penale non in termini di certezza, ma in forma interrogativa o dubitativa non costituisce di per sé un elemento determinante per concludere per la non violazione dell'articolo 6§2 CEDU³⁷.

4.

La trasmissione alla stampa di immagini dell'indagato e la tutela della vita privata.

La nozione di vita privata adottata dalla Corte si estende agli aspetti relativi all'identità personale, come il nome e l'immagine. Quest'ultima rappresenta infatti una delle componenti essenziali dell'esplicarsi della personalità, in quanto rivela le caratteristiche uniche di ciascuna persona distinguendola dalle altre. La tutela dell'immagine presuppone dunque il diritto individuale al controllo sull'uso di tale immagine, incluso il diritto a rifiutarne la pubblicazione³⁸.

Di fronte alla trasmissione da parte dei media di una fotografia o di un video che mostrano un soggetto imputato, la Corte accerta innanzitutto se il fatto all'origine della pubblicazione sia riconducibile ad una qualche responsabilità delle autorità pubbliche. Può trattarsi, ad esempio, dell'ipotesi in cui le immagini siano state direttamente fornite agli organi di stampa da parte di un agente dello Stato o, ancora, di quello in cui la ripresa delle immagini dell'accusato in assenza del suo consenso sia avvenuta con l'autorizzazione o comunque la tolleranza da parte delle autorità dello Stato³⁹.

Nel caso in cui l'ingerenza nel diritto alla vita privata discenda direttamente da un'attività di un organo dello Stato, è necessario verificare che tale ingerenza sia prevista dalla legge, persegua uno scopo legittimo e sia proporzionata allo scopo perseguito.

Per quanto riguarda il primo aspetto, la Corte ha stabilito, nel caso *Sciacca c. Italia*, che la trasmissione ai media nel corso di una conferenza stampa di una foto identificativa del ricorrente, scattata durante le operazioni relative al suo arresto, non fosse prevista dalla legge e che quindi tale atto costituisse, di per sé, una violazione dell'articolo 8 CEDU⁴⁰.

A tal proposito, la Corte ha messo in evidenza innanzitutto come in Italia la pratica della trasmissione di immagini di persone accusate non fosse regolamentata per "legge" ai sensi dell'articolo 8 CEDU, ma da una semplice prassi.

Inoltre, sebbene l'articolo 392, comma 2, c.p.p. permetta la pubblicazione di atti di indagine solo nel caso in cui ciò sia necessario per la prosecuzione delle indagini stesse, il Governo non ha provato che tale circostanza ricorresse nel caso citato.

E' utile notare come il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, responsabile per la sorveglianza dell'esecuzione delle sentenze della Corte, con la Risoluzione CM/ResDH(2016)120 del 7 giugno 2016 ha considerato, alla luce del Piano d'azione presentato dal Governo il 31 marzo 2016, che lo Stato abbia adottato, successivamente alla data in cui l'ingerenza è stata compiuta, tutte le misure generali necessarie al fine di risolvere il problema strutturale sottostante la violazione constatata. In particolare, il Governo ha elencato una pluralità di norme che mirano a fornire quella tutela che la Corte ha ritenuto essere assente nel caso *Sciacca*: fra le altre, il Codice in materia di protezione dei dati personali (Decreto legislativo n. 196 del 2003) che include anche la possibilità di ricorrere al Garante per la protezione dei dati personali in caso di violazione dei diritti previsti dallo stesso codice e l'articolo 8 del Codice di deontologia relativo al trattamento dei dati personali nell'esercizio dell'attività giornalistica.

Per quanto concerne l'esame dello scopo legittimo, la Corte ha più volte affermato che una foto, pubblicata nel contesto di un servizio relativo a procedure penali pendenti, non possiede di per sé alcun valore informativo. Per questo al fine di poter giustificare la limitazione del

³⁷ *Lavents c. Lettonia*, n. 58442/00, 28 novembre 2002, §126. Si v. anche *Neagoe c. Romania*, cit., §46, nella quale la portavoce della Corte d'appello aveva utilizzato i termini "suppongo" e "è probabile" in riferimento alla possibilità di condanna dell'imputato da parte della Corte d'appello stessa.

³⁸ *Kömel c. Russia*, n. 20383/04, 12 dicembre 2013, §40. Si v. anche *Küchl c. Austria*, n. 51151/06, 4 dicembre 2012, § 58, *Von Hannover c. Germania*, n. 2, GC, nn. 40660/08, 60641/08, §§ 95-96, *Eerikäinen e altri c. Finlandia*, 10 febbraio 2009, n. 3514/02, §61, *Khoubine e altri c. Russia*, n. 13470/02, 23 ottobre 2008, § 117, *Gurgenidze c. Georgia*, n. 71678/01, 17 ottobre 2006, § 55, *Sciacca c. Italia*, n. 50774/99, 11 gennaio 2005, § 29.

³⁹ *Sciacca c. Italia*, cit., §22.

⁴⁰ Per altri casi di violazione dell'articolo 8 CEDU in ragione della mancanza di base legale, si v. *Kömel c. Russia*, cit.; *Guiorgui Nikolaïcbvili c. Georgia*, n. 37048/04, 13 gennaio 2009.

diritto alla vita privata devono sussistere delle valide e convincenti ragioni⁴¹.

Interessanti a tal proposito sono i casi *Khoujine e altri c. Russia* e *Toma c. Romania*: nel primo caso, le autorità hanno fornito la foto presente nel passaporto del ricorrente, al tempo in stato di custodia cautelare, alla stampa e la stessa è stata poi trasmessa durante un programma televisivo; nel secondo, gli agenti dello Stato hanno permesso alla stampa di accedere ai locali di polizia nei quali il ricorrente si trovava in stato di arresto e di filmarlo e fotografarlo. Tenuto conto del fatto che i ricorrenti non erano latitanti, si trovavano in stato di detenzione e il processo non era ancora cominciato, la Corte ha ritenuto che l'ingerenza non perseguisse alcuno scopo legittimo e che da ciò conseguisse automaticamente la violazione dell'articolo 8 CEDU. L'ingerenza infatti non mirava a proteggere alcun interesse di giustizia, quale ad esempio assicurare la comparizione del ricorrente al processo o prevenire delle infrazioni di natura penale⁴².

Infine, per quanto riguarda la proporzionalità della misura adottata, la Corte ritiene che non sia applicabile, *mutatis mutandis*, la propria giurisprudenza relativa alla pubblicazione sulla stampa di immagini o video di personaggi pubblici ai casi in cui tali pubblicazioni riguardino persone accusate nel quadro di un procedimento penale⁴³. Queste ultime, non potendo essere considerate "figure pubbliche" per il solo fatto di essere parte di un processo penale, ma dovendo essere qualificate come "persone ordinarie", devono godere di una maggiore protezione del diritto alla vita privata⁴⁴.

Si può citare, a titolo esemplificativo, il caso *Amarandei e altri c. Romania*⁴⁵, nel quale le autorità avevano effettuato le registrazioni video di una perquisizione di un immobile abusivamente occupato da membri di un'associazione, che si sospettava effettuassero attività criminali. Tali immagini erano poi state trasmesse agli organi di informazione che le avevano pubblicate. Nel valutare la proporzionalità dell'ingerenza, la Corte ha ritenuto che, anche a voler supporre che la diffusione delle immagini rispondesse a un interesse generale, quale ad esempio informare l'opinione pubblica delle investigazioni in corso, lo Stato non avesse dimostrato di aver adottato eventuali misure altrettanto effettive nel perseguire lo scopo invocato, ma meno invasive della vita privata dei ricorrenti, attraverso l'adozione di precauzioni minime quali, ad esempio, l'oscuramento dei loro corpi e volti o la non diffusione delle immagini che riprendevano i ricorrenti nei loro spazi privati.

Come si è visto, al fine di fare valere la responsabilità dello Stato è necessario dimostrare che le autorità hanno fornito o almeno collaborato al fine di fornire le immagini agli organi di informazione. Nel caso in cui, al contrario, le immagini siano state raccolte in un luogo pubblico e senza la collaborazione delle autorità, la Corte ritiene che in principio non sorga nessun problema di conformità con la Convenzione⁴⁶.

Tuttavia, anche questo tipo di raccolta e trasmissione di immagini dell'imputato può, in determinate circostanze, costituire indice rilevante ai fini della valutazione circa la sussistenza di una violazione dei diritti del singolo rilevante ai fini della Convenzione.

Si fa riferimento, in particolare, ai casi di imputati tenuti in manette o in gabbie durante le udienze pubbliche, laddove vi sia una copertura mediatica del caso. In queste situazioni viene in rilievo la nozione di trattamento degradante contenuta nell'art. 3 CEDU.

La Corte ha più volte ricordato che l'utilizzo delle manette non è problematico rispetto all'art. 3 CEDU, se la misura è connessa ad un arresto o ad una detenzione legittima e se non costituisce uso della forza o esposizione pubblica, eccedenti rispetto a quanto sia ragionevolmente necessario nelle circostanze concrete. A questo proposito è, ad esempio, importante valutare se vi siano ragioni di credere che la persona possa tentare di resistere all'arresto, darsi alla fuga, ferire, causare danni o distruggere prove⁴⁷. Sulla base degli stessi principi, costringere un imputato a partecipare al proprio processo all'interno di una gabbia deve essere giustificato dal rischio di fuga o di compimento di atti violenti da parte dello stesso⁴⁸.

L'inesistenza di ragioni atte a giustificare tali trattamenti, indubbiamente in grado di umi-

⁴¹ *Toma c. Romania*, n. 42716/02, 24 febbraio 2009, § 92; *Khoujine e altri c. Russia*, cit., § 117

⁴² *Toma c. Romania*, cit., § 92.

⁴³ *Sciacca c. Italia*, cit., § 28.

⁴⁴ *Sciacca c. Italia*, cit., § 29 e *Gourguénidzé c. Georgia*, cit., § 57.

⁴⁵ *Amarandei e altri c. Roumania*, n. 1443/10, 26 aprile 2016.

⁴⁶ *Lazariu c. Roumania*, n. 31973/03, 13 novembre 2014, §§ 176-182; *Bivolaru c. Roumania*, n. 28796/04, 28 febbraio 2017, §§ 149-150.

⁴⁷ *Miroslaw Garlicki c. Polonia*, n. 36921/07, 14 giugno 2011, § 74. Nello stesso senso, si v. *Raninen c. Finlandia*, n. 20972/92, 16 dicembre 1997, § 56; *Erdoğan Yağız c. Turchia*, § 42, n. 26337/95, 6 marzo 2007; *Kazakova c. Bulgaria*, n. 55061/00, 22 giugno 2006, § 53; *Wieser c. Austria*, n. 2293/03, 22 febbraio 2007, § 37.

⁴⁸ *Khodorkovskiy c. Russia*, n. 5829/04, 31 maggio 2011, § 123.

liare il soggetto che li subisce, costituiscono un importante indice dell'esistenza di un trattamento degradante. Tale valutazione è poi confermata e aggravata, laddove al trattamento già di per sé umiliante, si affianchi la prolungata esposizione al pubblico del soggetto, attraverso la copertura mediatica del processo.

Significativi a tale proposito sono i due casi *Khodorkovskiy c. Russia* e *Ramishvili e Kokhleidze c. Georgia*⁴⁹: in entrambi gli imputati erano stati costretti a partecipare alle udienze da una gabbia metallica. In *Khodorkovskiy* il processo era stato seguito dai maggiori mass media nazionali ed internazionali; in *Ramishvili e Kokhleidze* non solo gli imputati erano stati chiusi in una gabbia e il processo era stato trasmesso in diretta in tutto il Paese, ma la sala d'udienza era costantemente presidiata da uomini armati e col volto coperto dal passamontagna.

In entrambi i casi, la Corte ha ritenuto che fosse stata superata la soglia minima di gravità necessaria per affermare l'esistenza di una violazione dell'art. 3 CEDU, sottolineando, da un lato, che il Governo non era stato in grado di fornire alcuna ragione per l'applicazione della misura restrittiva e, dall'altro lato, che la copertura da parte dei mezzi di informazione aveva provocato una prolungata esposizione pubblica dei soggetti in una situazione umiliante sia agli occhi del pubblico che di loro stessi⁵⁰.

È importante sottolineare che, dal punto di vista dell'esame dei rimedi interni da esperire ai sensi dell'articolo 3 CEDU, la Corte ha rigettato l'eccezione dei Governi con la quale essi hanno indicato che i ricorrenti potevano chiedere di accertare, in sede civile, la responsabilità dei mezzi di informazione che hanno diffuso le immagini e di ottenere il corrispondente risarcimento. Infatti, la Corte ha ritenuto che oggetto della doglianza non fosse la responsabilità dei media, ma delle autorità dello Stato che, in maniera diretta o indiretta, avevano permesso o favorito la diffusione delle immagini⁵¹.

La problematica qui descritta è stata esaminata dalla Corte anche dal punto di vista della tutela della libertà di espressione degli organi di stampa, sia nella forma della libertà di fornire che di ricevere informazioni. E' sufficiente qui ricordare alcuni casi nei quali la Corte ha considerato compatibile con la Convenzione le restrizioni che il diritto interno di alcuni Stati impone nella pubblicazione di immagini relative a persone accusate o imputate⁵². Nonostante l'importanza degli interessi tutelati dall'articolo 10 CEDU e dall'articolo 6 CEDU, la Corte ammette di norma tali restrizioni, a patto che non siano di carattere assoluto e permettano al giudice di valutarne la necessità caso per caso alla luce delle specificità delle circostanze concrete.

Nella recente decisione *Van Beukering and Het Parool B.V. c. Paesi Bassi*⁵³ la Corte richiama i principali criteri da assumere per valutare l'eventuale violazione dell'articolo 10 CEDU e per effettuare il bilanciamento tra i diversi diritti e interessi in gioco. Tra questi, si possono citare i seguenti: il contributo al dibattito di interesse pubblico; il grado di notorietà della persona interessata dall'ingerenza; l'oggetto dell'inchiesta giornalistica; la condotta precedente della persona interessata; il contenuto, la forma e le conseguenze della pubblicazione e, se del caso, le circostanze nelle quali le immagini sono state scattate o riprese; le modalità con le quali le informazioni sono state ottenute e la loro veridicità; la gravità della sanzione imposta al giornalista o all'editore.

5. Le fughe di notizie relative ad atti di indagine. Dalla responsabilità dei giornalisti a quella delle autorità pubbliche.

Riconoscendo innanzitutto l'importanza degli interessi e dei diritti tutelati dagli articoli 10 e 6 CEDU, che proteggono rispettivamente la libertà di espressione e il diritto ad un equo processo, i giudici di Strasburgo prendono atto del fatto, come era già stato ricordato in precedenza, che i tribunali non operano nel "vuoto". Se è vero che spetta loro decidere della

⁴⁹ *Khodorkovskiy c. Russia*, cit. e *Ramishvili e Kokhleidze c. Georgia*, n. 1704/06, 27 gennaio 2009.

⁵⁰ *Khodorkovskiy c. Russia*, cit., §§120 ss. e *Ramishvili e Kokhleidze c. Georgia*, 27 gennaio 2009, §§ 96 ss.

⁵¹ *Toma c. Romania*, cit. §§ 83-85.

⁵² Tra gli altri, si v. *News Verlags GmbH & Co.KG c. Austria*, n. 31457/96, 11 gennaio 2000; *Egeland et Hanseid c. Norvegia*, n. 34438/04, 16 aprile 2009.

⁵³ *Van Beukering and Het Parool B.V. c. Paesi Bassi*, dec., n. 27323/14, 20 settembre 2016, § 33.

responsabilità penale di una persona, ciò non significa che non ci possa essere un precedente o contemporaneo dibattito sull'oggetto del processo in altre sedi, quali ad esempio riviste specializzate, la stampa generalista o, più in generale, nell'opinione pubblica. Inoltre, non sussiste solo il compito della stampa di informare il pubblico ma anche il diritto di quest'ultimo a ricevere le informazioni. Tali principi valgono, a maggior ragione, se coinvolto nel processo penale è un personaggio pubblico⁵⁴.

La Corte sottolinea, tra l'altro, che libertà di espressione e diritto ad un equo processo non sono sempre in contrasto: il fatto di riportare e commentare atti relativi a procedimenti penali contribuisce infatti alla loro pubblicità e ciò è perfettamente in linea con il diritto all'udienza pubblica previsto dall'articolo 6 § 1 CEDU⁵⁵. Allo stesso tempo, il medesimo articolo 6 CEDU costituisce un limite alla libertà della stampa⁵⁶. Nella sentenza di Grande Camera, *Bédat c. Svizzera*, la Corte richiama a questo proposito la necessità di tutelare l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario, l'effettività delle indagini penali, il diritto alla presunzione di innocenza dell'indagato⁵⁷.

Inoltre, i diritti protetti dall'articolo 10 CEDU entrano in conflitto non solo con quelli garantiti dall'articolo 6 CEDU, ma anche con il diritto alla tutela della vita privata, previsto dall'articolo 8 CEDU⁵⁸. In alcune circostanze, quindi, non solo la condanna del giornalista o dell'editore che pubblicano notizie segrete o comunque non pubbliche e che ledono la vita privata dell'indagato, sono compatibili con l'articolo 10 CEDU, ma la Corte sembra riconoscere che, in virtù degli obblighi positivi che discendono dall'articolo 8 CEDU, l'utilizzo della repressione penale sia addirittura necessario in casi eccezionali, in particolare in presenza di un indagato che si trova in una situazione di vulnerabilità, come la persona in stato di detenzione e/o affetta da disabilità mentale e che quindi non è in condizione di richiedere una protezione attraverso lo strumento del processo civile⁵⁹. In ogni caso, secondo la Corte, se proporzionata, e in particolare di carattere non detentivo, una sanzione penale avente lo scopo di tutelare il segreto investigativo e la vita privata non rischia di esercitare un effetto dissuasivo sull'esercizio della libertà di espressione dei giornalisti che intendono informare il pubblico in relazione a procedure penali in corso⁶⁰.

Questione separata rispetto alla responsabilità dei giornalisti per la pubblicazione di materiale coperto da segreto è la responsabilità delle autorità per la trasmissione di atti di indagine ai mezzi di informazione. Si tratta di obblighi distinti rispetto a quelli appena citati. Infatti, un conto sono gli obblighi positivi che discendono dagli articoli 8 e 6 CEDU, che impongono allo Stato di prevedere una tutela di natura civile e, in casi eccezionali, penale per dissuadere i giornalisti dal compiere ingerenze sproporzionate nei diritti dell'indagato, altro è la responsabilità dello Stato per aver permesso o comunque non represso la fuga di notizie da parte delle autorità pubbliche.

Qualunque agente⁶¹ che, nell'esercizio o al di fuori delle proprie funzioni, fornisce o collabora⁶² con soggetti terzi al fine di rendere pubblico materiale coperto da segreto o su cui vige il divieto di pubblicazione o che, più in generale, può ledere ingiustificatamente il diritto alla vita privata, fa scattare, con la sua stessa azione od omissione, la responsabilità internazionale dello Stato⁶³.

Tali principi emergono con chiarezza nel leading case in materia di fughe di notizie relative ad atti di indagine non ancora pubblici, il caso *Craxi c. Italia* (n° 2), che analizza la questione dal punto di vista della tutela prevista dall'articolo 8 CEDU⁶⁴.

A questo proposito la Corte stabilisce che sullo Stato gravano due ordini di obblighi: il primo di carattere preventivo, il secondo di natura procedurale, che sorge in un momento successivo alla fuga di notizie.

⁵⁴ *Craxi c. Italia*, n° 2, n. 25337/94, 17 luglio 2003, §§ 62 – 63.

⁵⁵ *Craxi c. Italia*, n° 2, cit., §64.

⁵⁶ *Bédat c. Svizzera*, GC, n. 56925/08, 29 marzo 2016, §§ 51-52.

⁵⁷ *Bédat c. Svizzera*, cit., §§ 51 e 68.

⁵⁸ *Ivi*, § 55.

⁵⁹ *Ivi*, § 78.

⁶⁰ *Bédat c. Svizzera*, cit., § 81

⁶¹ Si v. a questo proposito quanto richiamato in precedenza in merito alla nozione di organo o agente dello Stato ai sensi della convenzione, ci si può qui limitare a citare, a titolo esemplificativo il giudice, il pubblico ministero, ma anche il singolo agente di polizia o il funzionario della cancelleria del tribunale.

⁶² E più in generale facilita, dolosamente o colposamente, la trasmissione di tale materiale.

⁶³ *Assanidzé c. Georgia*, n. 71503/01, 8 aprile 2004, § 146.

⁶⁴ *Craxi c. Italia*, n° 2, cit., §§ 49 ss.

In primo luogo, la Corte impone dunque agli Stati di adottare adeguate garanzie al fine di impedire che notizie lesive della vita privata possano essere rese pubbliche. In particolare, essa ha stabilito che è compito essenziale degli Stati organizzare la loro amministrazione e formare il personale in modo da garantire che informazioni confidenziali o segrete non vengano divulgate⁶⁵. Inoltre, poiché il materiale investigativo è di norma depositato nella cancelleria del tribunale, lo Stato ha il dovere di garantire che esso sia custodito in un luogo sicuro e che siano adottate misure di sicurezza adeguate. Ad esempio, nel caso *Craxi c. Italia* (n° 2), la Corte ha ritenuto che ci fosse violazione sotto questo profilo anche se gli atti, la cui pubblicazione era vietata, erano stati resi disponibili alle parti⁶⁶.

Il secondo tipo di obblighi è di natura procedurale e consiste nell'onere di eseguire un'inchiesta effettiva al fine di accertare le circostanze che hanno portato i giornalisti ad avere accesso al materiale coperto da segreto o comunque confidenziale, individuare i responsabili della fuga di notizie e, eventualmente, punirli con una sanzione sufficientemente dissuasiva. Tale obbligo, come è stato messo in evidenza dal Giudice Zagrebelsky nella sua opinione dissenziente nel caso *Craxi c. Italia* (n° 2), è riconosciuto di norma dalla Corte nell'ambito della tutela dei diritti previsti dagli articoli 2 e 3 CEDU, ossia in presenza di gravi violazioni dell'integrità fisica e/o psichica. L'estensione di queste garanzie anche in materia di fuga di notizie è dunque indice di quanto sia importante tale ambito per la tutela dei diritti della persona.

È rilevante, inoltre, sottolineare come, sempre nella sentenza *Craxi c. Italia* (n° 2), tale estensione sembra giustificata dal fatto che molto spesso solo le autorità nazionali possiedono gli strumenti per accertare lo svolgimento dei fatti, il che comporta, di norma, l'inversione dell'onere della prova. Pertanto, di fronte alla prova della fuga di notizie, spetta allo Stato fornire una versione verosimile in relazione alle modalità che la hanno permessa⁶⁷.

Occorre infine rilevare che l'onere procedurale posto in capo allo Stato non costituisce un obbligo di risultato, ma di mezzi. Nel caso *Cariello e altri c. Italia*, ad esempio, la Corte ha ritenuto che non ci fosse violazione in quanto un'inchiesta era stata svolta e, anche se non aveva condotto all'individuazione dei responsabili, poteva essere definita effettiva. Infatti, nell'ambito della stessa, numerose persone erano state interrogate ed erano state esaminate le telefonate ricevute dal giornalista responsabile della pubblicazione nel tentativo di individuare il soggetto che aveva permesso la fuga di notizie⁶⁸.

L'importanza di garantire, in via preventiva e successiva, contro le fughe di notizie è strumentale rispetto alla tutela di altri diritti. Tutte le garanzie, in particolare relative al controllo giurisdizionale, che uno Stato deve prevedere al fine di garantire che intercettazioni, perquisizioni o altri mezzi di ricerca della prova siano svolti nel rispetto dell'articolo 8 CEDU sarebbero rese ineffettive e vanificate da un'eventuale fuga di notizie, in particolare se ciò avvenisse prima che le giurisdizioni interne possano avere effettuato un controllo sulla legalità degli atti di indagini e prima che abbiano potuto "selezionare" il materiale utilizzabile nel prosieguo delle indagini ed, eventualmente, del dibattimento⁶⁹.

Rispetto all'individuazione della natura delle informazioni da proteggere, dall'analisi della giurisprudenza della Corte emerge che rientrano nel campo di applicazione dell'articolo 8 CEDU non solo le informazioni non pubbliche che riguardano aspetti legati alla vita privata del ricorrente, ma anche questioni che, pur non totalmente estranee all'oggetto della procedura penale, possono dare l'impressione che lo stesso abbia commesso le infrazioni di cui è accusato⁷⁰.

Tale ultimo aspetto è tanto più importante qualora la fuga di notizie avvenga prima che le giurisdizioni interne abbiano potuto esaminare l'accusa a carico del ricorrente. Infatti, nella fase delle indagini preliminari la possibilità per l'indagato di agire al fine di tutelare la sua vita privata sono molto limitate: da una parte, la questione della sua responsabilità penale non è ancora sottoposta all'esame del giudice del dibattimento e, dall'altra, l'autenticità o l'accuratezza, ad esempio, delle conversazioni telefoniche e della loro interpretazione non possono essere contestate. Per la Corte è tuttavia fondamentale verificare che, fin dal primo momento in cui

⁶⁵ *Stoll c. Svizzera*, GC, n. 69698/01, 10 dicembre 2007, §§ 61 e 143; *Craxi c. Italia*, n° 2, cit., § 75; *Apostu c. Romania*, n. 22765/12, 3 febbraio 2015, § 119.

⁶⁶ *Craxi c. Italia*, n° 2, cit., § 75.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ *Cariello e altri c. Italia*, dec., n. 14064/07, 30 aprile 2013, §§85-86.

⁶⁹ *Apostu c. Romania*, cit., §§ 129-132.

⁷⁰ *Apostu c. Romania*, cit., §123.

avviene la fuga di notizie, sussistano delle vie di ricorso per lamentarsi della stessa⁷¹.

Con riferimento invece alla tipologia di informazioni che devono godere di protezione, occorre rilevare che l'articolo 8 CEDU protegge i singoli contro la fuga non solo di notizie segretate, ma anche di quelle che, sebbene messe a disposizione delle parti, sono sottoposte al divieto di pubblicazione⁷². Il fatto che in un determinato ordinamento il divieto di pubblicazione sia finalizzato in particolar modo alla tutela delle indagini e non della reputazione dell'indagato è, ai fini del giudizio della Corte, irrilevante. Ciò che importa è valutare se, in sostanza, la pubblicazione abbia avuto un impatto sulla vita privata del ricorrente⁷³.

In entrambi i casi, la tutela dell'articolo 8 CEDU deve di norma prevalere sulla protezione del diritto dell'opinione pubblica a essere informata, anche qualora siano in gioco questioni di interesse generale⁷⁴, che sotto questo profilo non rilevano in alcun modo⁷⁵.

È necessario qui ribadire la differenza tra la responsabilità delle autorità statali nell'aver, dolosamente o colposamente, fornito o comunque permesso l'accesso della stampa a notizie riservate e quella dei giornalisti che, una volta in possesso di tali informazioni, decidono di pubblicarle. Come si è visto sopra, le prime hanno obblighi di natura preventiva e procedurale, devono cioè organizzare la struttura amministrativa in modo tale da evitare le fughe di notizie e, laddove esse avvengano, devono indagare al fine di individuarne i responsabili; i giornalisti hanno invece il diritto di informare il pubblico, salvo poter andare incontro a responsabilità civile o, in casi eccezionali, penale, nelle ipotesi di lesione del diritto alla vita privata della persona le cui informazioni sono state rese pubbliche.

L'affermazione secondo cui, in questo contesto, l'interesse pubblico non può avere rilevanza nella giustificazione dell'ingerenza nella vita privata non è quindi in contrasto con la conclusione cui perviene la Corte quando ritiene che la condanna penale dei giornalisti in caso di pubblicazione di notizie di interesse pubblico per le quali vige il divieto di pubblicazione sia in contrasto con l'art. 10 CEDU⁷⁶. Di conseguenza, in un ipotetico caso in cui si riscontri sia la fuga di notizie, la cui responsabilità è riconducibile a un organo o agente dello Stato, sia la condanna penale del giornalista che le ha pubblicate, non sarebbe irragionevole un'eventuale contestuale violazione da parte dello Stato dell'articolo 8 CEDU – in riferimento alla persona la cui vita privata è stata lesa – e dell'articolo 10 CEDU – in relazione alla libertà di espressione del giornalista.

⁷¹ *Apostu c. Romania*, cit., §§ 152 e 131.

⁷² *Drakšas c. Lituania*, n. 36662/04, 31 luglio 2012, § 60.

⁷³ *Cășuneanu c. Romania*, cit., 16 aprile 2013, § 86.

⁷⁴ *Cășuneanu c. Romania*, cit., § 84. Si v. l'opinione dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque nel caso *Drakšas c. Lituania*, cit.

⁷⁵ *Cășuneanu c. Romania*, cit., § 84.

⁷⁶ Si v., ad esempio, *Pinto Coelho c. Portogallo*, n. 28439/08, 28 giugno 2011; *Laranjeira Marques da Silva c. Portogallo*, n. 16983/06, 19 gennaio 2010; *Campos Dâmaso c. Portogallo*, n. 17107/05, 24 aprile 2008; *Dupuis e altri c. Francia*, n. 1914/02, 7 giugno 2007; *Du Roy e Malaurie c. Francia*, n. 34000/96, 3 ottobre 2000.

La giustizia penale nel gioco di specchi dell'informazione

Regole processuali e rifrazioni deformanti

Criminal Justice in the Prism of Information

Rules of Procedure and Deforming Refractions

RENZO ORLANDI

Professore ordinario di Diritto processuale penale presso l'Università di Bologna

PUBBLICAZIONE DI ATTI PROCESSUALI, SEGRETO INVESTIGATIVO,
GIUDICE IMPARZIALE, PRESUNZIONE DI INNOCENZA,
ATTIVITÀ GIORNALISTICA, DEONTOLOGIA PROFESSIONALE

PUBLICATION OF PROCEDURAL DOCUMENTS,
CONFIDENTIALITY OF THE CRIMINAL INVESTIGATION,
IMPARTIAL JUDGE, PRESUMPTION OF INNOCENCE,
JOURNALISM ACTIVITY, PROFESSIONAL ETHICS

ABSTRACT

Lo scritto fornisce una illustrazione critica delle norme che regolano la segretezza e i limiti di pubblicazione degli atti processuali penali. La ricognizione è condotta alla luce dei problemi che l'esperienza italiana lascia affiorare attualmente. I delicati problemi connessi con l'intreccio di interessi in gioco (riservatezza individuale, tutela dell'indagine, fairness processuale) fanno da trama all'esposizione. Il paragrafo finale è dedicato a una sintetica prospettazione di immaginabili soluzioni de iure condendo volte a superare le attuali, insoddisfacenti pratiche.

The article provides a critical illustration of the rules governing the confidentiality and limits of the publication of criminal proceedings. Recognition is conducted in the light of the problems that the Italian experience has now emerged. The delicate problems associated with the interplay of interests at stake (individual confidentiality, protection of inquiry, procedural fairness) make up the plot. The final paragraph is devoted to a synthetic design of imaginable solutions by trying to overcome the current, unsatisfactory practices.

SOMMARIO

1. Premessa: diritti e interessi in gioco. – 2. Rassegna ragionata delle principali fonti normative volte a regolare il rapporto fra informazione giudiziaria e giustizia penale. – 3. Riservatezza dell'indagine e tutela del segreto cosiddetto interno (art. 329). – 4. Divieto di pubblicare gli atti di un procedimento penale (art. 114 c.p.p.). – 5. Conclusioni.

1.

Premessa: diritti, interessi in gioco e questioni aperte.

Il rapporto fra giustizia penale e informazione si situa in un crocevia di diritti e interessi di non facile contemperamento, destinati spesso a configgere nella realtà quotidiana.

In primo luogo, il diritto a manifestare liberamente il pensiero, che certamente include la libertà di dare notizia di fatti socialmente rilevanti, esprimendo al riguardo anche opinioni personali. Esso trova riconoscimento, come si sa, nell'art. 21 della nostra Costituzione oltre che nell'art. 10 CEDU (Libertà di espressione) e nell'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali UE (Libertà di espressione e informazione).

Sussiste poi un interesse della collettività ad essere informata sull'andamento dei processi giudiziari: interesse riconducibile al principio, anch'esso di rango costituzionale, stando al quale la giustizia è amministrata in nome del popolo (art. 101 comma 1 cost.), sicché non si giustificerebbero eventuali censure autoritative volte a oscurare irragionevolmente taluni eventi giudiziari, soprattutto quando questi coinvolgono persone note, per le funzioni o mansioni che svolgono in seno alla collettività. Per questo, i processi penali sono, di regola, pubblici e l'operato di polizia e magistratura deve ispirarsi a forme di trasparenza pur con le cautele necessarie a non pregiudicarne l'efficace svolgimento. È, questo, un attributo essenziale delle società democratiche, tant'è vero che siamo abituati ad associare ai regimi dittatoriali la pratica dei processi segreti e delle sparizioni misteriose per mano della "giustizia".

Occorre tener conto, infine, dell'intrico di diritti individuali e legittime aspettative riconosciuti ai soggetti privati coinvolti nella vicenda giudiziaria (imputati, parti eventuali, persone offese, difensori, testimoni); diritti a loro volta riconducibili a canoni sovra-legali esprimibili in termini di diritto di difesa, presunzione d'innocenza, giusto processo, tutela della riservatezza; tutti sussumibili sotto il comune denominatore della dignità umana.

Il segnalato intreccio di interessi trova un consapevole riconoscimento nel comma 2 del citato art. 10 CEDU, dove si muove dalla realistica constatazione che la libertà di espressione comporta doveri e responsabilità, sicché la legge statale, nel regolare l'informazione giudiziaria, è tenuta a porre quei limiti e quelle restrizioni necessarie in una società democratica a garantire, tra l'altro, l'imparzialità del giudice e la reputazione individuale.

L'ordinamento italiano è ancora lontano dal regolare il bilanciamento fra questi molteplici interessi con la prudente precisione che la delicata materia meriterebbe. Di qui incertezze e irrisoltezze che lasciano campo libero a incontenibili sconfinamenti dell'informazione giudiziaria, dagli effetti spesso pregiudizievoli sia per l'iniziativa giudiziaria, sia per la reputazione e i destini di coloro che la subiscono o che vi sono comunque coinvolti.

Le dinamiche dell'informazione giornalistica vivono in un rapporto di naturale (si può dire fisiologica) dialettica con le esigenze dell'accertamento penale e con il reticolo di diritti individuali che questo mette in gioco. Bisogna però ammettere che le dinamiche cambiano e diventano patologiche (nel senso di minacciare seriamente e pregiudicare sia le finalità di quell'accertamento, sia le sorti di quei diritti individuali), quando – come sta accadendo nel nostro tempo – le fonti informative mutano nella misura e con le qualità caratteristiche della Information Technology.

Da quando esiste la stampa quotidiana, i grandi processi penali, le causes célèbres, hanno sempre attratto, appassionato, diviso l'opinione pubblica. Un elemento di spettacolarizzazione, per quanto lo si voglia esorcizzare o emarginare, ha sempre accompagnato e sempre accompagnerà l'accertamento di grandi delitti, l'arresto di famosi "delinquenti", l'accusa infamante contro imputati "eccellenti" provenienti dal mondo della politica, dell'economia, dello spettacolo, del mondo professionale. L'evoluzione dei nuovi media sta però accentuando in maniera preoccupante il problema sia della reputazione individuale di coloro che incappano in taluni processi penali, sia l'imparzialità di chi li deve giudicare.

Quando esisteva solo la carta stampata, l'impatto dell'informazione sulla vicenda giudi-

ziaria era certo più controllabile e le immaginabili distorsioni sul giudizio finale più facili da neutralizzare. Ad esempio, all'epoca del caso Murri¹, che agli inizi del secolo scorso appassionò e divise l'opinione pubblica (non solo bolognese), le intemerate della stampa cattolica contro il laicismo della famiglia Murri, erano efficacemente fronteggiate dalla stampa socialisteggiante. Il dibattito fu rimesso per legittima suspicione alla Corte d'assise di Torino: il che bastò a scongiurare il possibile eccesso di partigianeria di giurati autoctoni, troppo esposti al calore dell'informazione locale². Quel mondo è definitivamente tramontato. Oggi, non facciamo i conti solo con la stampa a diffusione cittadina o provinciale. Radio e televisione irradiano informazioni (spesso collegate con fatti delittuosi) in ogni angolo anche remoto del Paese. Le notizie corrono fulminee in tutte le direzioni, sicché appare oggi inadeguato lo strumento della rimessione (art. 45 c.p.p.), che svariati decenni fa poteva ancora sortire l'effetto voluto³.

Anche più insidioso è l'uso dei social media nella circolazione di questo tipo di informazioni. Il carattere interattivo di codesti nuovi mezzi di comunicazione dà un'impressione di controllo democratico sull'informazione: impressione apparente (e fasulla), perché i followers che a quell'interazione partecipano tendono a costituirsi in gruppo preconco di pressione per diffondere notizie (spesso non verificate e persino infondate), fatte circolare al solo scopo di screditare qualcuno o di perseguire finalità politiche, più o meno esplicite. Non va inoltre trascurato il peso crescente che i social media stanno già avendo sui classici mezzi di informazione: per dare le loro notizie o per averne conferma radio, TV, giornali attingono sovente a Twitter, Facebook, Instagram, o a siti come YouReporter, ormai in grado di contendere il primato dell'informazione alle tradizionali agenzie di stampa.

È cosa frequente – dopo qualche evento delittuoso capace di solleticare la curiosità del pubblico – vedere riportati sui giornali documenti (messaggi, foto, filmati) tratti da Facebook o da Instagram per illustrare la personalità della vittima o del supposto autore del reato.

Va altresì tenuto presente il considerevole accrescimento del quantum informativo consentito dalle pubblicazioni on-line: vi troviamo serie di foto, filmati, file audio, chilometriche ordinanze cautelari, lunghe motivazioni di sentenze, che né la carta stampata (per ragioni di spazio), né la trasmissione televisiva (per ragioni di tempo) potrebbero permettersi di pubblicare. Ne risulta, in definitiva, un sistema comunicativo on-demand di accelerata rapidità, che inevitabilmente favorisce il formarsi di opinioni e convincimenti approssimativi su fatti rilevanti della nostra vita sociale e che finisce col rendere ancora più straniante o inaccettabile la lentezza della procedura giudiziaria.

L'esperienza italiana degli ultimi decenni evidenzia un dato patologico che va qui tenuto presente. Si allude alla tendenza di usare strumentalmente la giustizia penale per motivi di lotta politica o economica. In particolare, a partire dai processi per fatti di corruzione politica che caratterizzarono, in Italia, gli inizi degli anni Novanta del secolo scorso (epoca cosiddetta di Tangentopoli), si è rapidamente diffusa l'abitudine di denunciare gli avversari politici davanti all'autorità giudiziaria. Un nuovo, efficace mezzo di lotta politica, che ha nella magistratura e nella stampa alleati essenziali, quanto, spesso, incolpevoli.

Si criticano spesso i magistrati per le indagini a carico di politici, risultati poi estranei ai reati ipotizzati nella denuncia. Si criticano i giornalisti per essersi prestati a rovinare l'immagine e magari la carriera del politico preso di mira. Ma, nella maggior parte dei casi, né gli uni, né gli altri sono rimproverabili per aver fatto quel che la loro funzione pubblica o la loro professione impongono loro di fare: per gli uni, aprire un'indagine per verificare se la denuncia è fondata; per gli altri, informare la collettività su fatti socialmente rilevanti.

Esistono certamente magistrati e giornalisti affetti da protagonismo narcisistico. Sarebbe tuttavia errato voler spiegare con simili debolezze umane, con (minoritarie) patologie individuali, un fenomeno ben più ampio e diffuso, la cui causa risiede verosimilmente in un mutamento di costume che ha contribuito a ridefinire il contesto delle relazioni interpersonali.

Quando l'indagine scaturisce dalla denuncia di un avversario politico, dalla soffiata di

¹ Tullio e Linda Murri, figli di Augusto Murri, grande luminare di medicina e medico curante del Re, furono accusati e condannati per omicidio. Pur estraneo ai fatti, Augusto Murri subì un attacco frontale dalla stampa cattolica in coincidenza con l'avvio delle indagini contro i suoi figli, al punto che fu costretto ad abbandonare l'insegnamento per un intero anno accademico.

² La vicenda processuale è ben ricostruita dalla storica P. BABINI (*Il caso Murri*, ed. il Mulino, Bologna, 2004), con meticolosa attenzione ai resoconti giornalistici che affiancarono l'intera durata del procedimento penale, a partire dalle sue fasi iniziali.

³ È significativo che negli ultimi decenni le richieste di rimessione del processo siano state rigettate pressoché sistematicamente dalla Corte di cassazione, spesso sul presupposto che il legittimo sospetto – pur in ipotesi sussistente per via di martellanti campagne di stampa – non fosse "altrimenti evitabile", considerata la vasta copertura data dai *media* a taluni casi giudiziari. Insomma, un male inevitabile, non neutralizzabile col debole strumento della rimessione.

concorrente sentitosi – a torto o a ragione – discriminato in una gara d'appalto, o dalla contro-informazione di associazioni sensibili alla tutela di istanze collettive (ambiente, salute, consumerismo etc.), bisogna ammettere che taluni processi penali (quelli dei quali più si parla) tendono a farsi scenario di scontri politici, economici, sociali, ben al di là dei vizi privati di singoli magistrati. Si tratta di una realtà che sfugge, in larga parte, all'occhio del giurista e che esige lo sguardo smalzato del sociologo, dello psicologo sociale, dell'etno-metodologo, del criminologo⁴, in grado di cogliere le pulsioni personalistiche e le "normalità" comportamentali dei soggetti che popolano la scena dell'informazione giudiziaria. Andrebbe studiato l'impatto dell'informazione giudiziaria sulle correnti dell'opinione pubblica: un compito che non può qui essere assolto, anche perché estraneo alle competenze del giurista⁵.

Al di là delle utili indicazioni che possono venire dai cultori delle scienze sociali, credo che sia lecito per il giurista muovere dalla premessa che, oggi, la giustizia penale è usata (talvolta, da singoli cittadini, più spesso da persone aggregate in formazioni sociali) con intento strumentale, per fini di lotta politica o per raggiungere obiettivi di asserita giustizia sociale: un intento che l'attuale, imperfetta regolazione dei rapporti fra giustizia e informazione rende, di fatto, facile da perseguire.

La vigente normativa italiana appare inadeguata non solo a regolare il traffico in quell'affollato crocevia di diritti e interessi al quale si è poco fa accennato, ma anche a contrastare l'accennato uso strumentale della giustizia penale. Se davvero, come qui ipotizzato, la denunciata stortura affonda le radici in un costume diffuso, non ci si può illudere di sradicarla con l'introduzione di norme (penali o processuali) volte a limitare l'informazione sulle vicende giudiziarie. Ciò non significa che ci si debba rassegnare a mantenere l'assetto normativo attuale. Anzi, l'esperienza italiana sul terreno dei rapporti fra giustizia penale e informazione – rimeditata alla luce dei principi sovra-legali rilevanti e confrontata con qualche significativa esperienza straniera – induce a riflettere sull'opportunità di qualche ritocco.

L'impressione, già a un primo sguardo, è che l'insoddisfacente quadro normativo riguardante i temi qui in discussione dipenda principalmente dallo scarso rilievo riconosciuto alla riservatezza del dato personale (sia dell'imputato, sia di altri soggetti privati coinvolti a vario titolo nell'accertamento penale): un diritto che la cultura giuridica italiana fatica a qualificare come fondamentale⁶.

⁴ Basti uno sguardo alla letteratura americana: gli autori che si occupano di rapporti fra informazione e giustizia penale provengono dalla sociologia o dalla criminologia: si vedano, J. BRUSCHKE – W. E. LOGES, *Free Press vs. Fair Trials. Examining Publicity's Role on Trial Outcomes*, Mahwah, Lawrence Erlbaum Associates, New Jersey, 2014; H. NASHERI, *Crime and Justice in the Age of Court TV*, LFB Scholarly Publishing, New York 2002; R. FOX, R. W. VAN SICKEL, TH. L. STEIGER, *Tabloid Justice. Criminal Justice in an Age of Media Frenzy*, Lynne Rienner Publishers, Boulder, 2007; R. SURETTE, *Media, Crime and Criminal Justice. Images, Realities and Policies*, Cengage Learning, 5° ed., Stamford, 2015. Fra le pubblicazioni italiane meritano di essere segnalati il contributo (etnometodologico) di P. P. GIGLIOLI, S. CAVICCHIOLI, G. FELE, *Rituali di degradazione. Anatomia del processo Cusani*, Il Mulino, Bologna, 1997 e quello di D. NELKEN, M. MANERI, *La produzione della notizia giudiziaria e il segreto investigativo*, in G. GIOSTRA, *Processo Penale e Informazione. Proposte di riforma e materiali di studio*, Istituto di procedura penale, Macerata, 2001, pp. 213-291.

Tra le riflessioni di carattere più strettamente giuridico vanno ricordati i saggi riportati nel volume che raccoglie gli atti del recente 71° *Deutscher Juristentag*, dedicato al tema dei rapporti fra giustizia penale e informazione: si veda in particolare la ricca relazione introduttiva di K. ALTENHAIN, *Öffentlichkeit im Strafverfahren. Transparenz und Schutz der Verfahrensbeteiligten*, Beck, München, 2016, C 9 ss.

⁵ La figura concettuale della "opinione pubblica" è notoriamente controversa essendo stata definita secondo molteplici significati (si veda, al riguardo, il recente saggio di M. BARISONE, *Opinioni pubbliche*, in *Rassegna it. di sociologia*, 2011, p- 571 ss.). Tuttavia, una delle accezioni ricorrenti è quella di "tribunale sociale" che rinvia alla funzione di "controllo sociale" insita nel concetto di "opinione pubblica" (si veda, E. NOELLE-NEUMANN, *Die Schweigespirale. Theorie der öffentlichen Meinung*, Springer, 2001, trad. it. *La spirale del silenzio. Per una teoria dell'opinione pubblica*, Roma, Meltemi, 2002, p. 159 e p. 201). Rilevante, qui, tale sfaccettatura del concetto: l'opinione pubblica giudica nutrendosi degli alimenti che i media somministrano quotidianamente; giudicare sulla scorta di informazioni riferite a spezzoni di indagine, di attività poliziesca o giudiziaria, è un modo svelto di raggiungere a buon mercato un risultato (es. la neutralizzazione di un avversario politico) che il processo penale non sarebbe in grado di produrre o tarderebbe a produrre. C'è poi un altro profilo, che interessa ancor più da vicino il presente saggio: della collettività adombrata in quel "tribunale sociale" fanno parte anche i magistrati che si occupano in sede giudiziaria del caso del quale i media riferiscono. Il rischio è che – nonostante gli sforzi per mantenere un profilo imparziale e indipendente – anch'essi siano attratti in quella "spirale del silenzio" (vale a dire, in quella inclinazione a seguire il sentimento dei più), sulla quale ha acutamente richiamato l'attenzione Elisabeth Noelle-Neumann.

⁶ Non è così, ad esempio, nell'ordinamento tedesco, dove il *Bundesverfassungsgericht*, con una sentenza del 1983 (cosiddetta *Volkszählungsurteil*) ha affermato l'esistenza del diritto fondamentale di ogni individuo a disporre liberamente dei dati riguardanti la sua vita e la sua condizione personale (*informationelles Selbstbestimmungsrecht*). Ne segue che ogni compressione di tale diritto soggiace alla riserva di legge, va disposta con provvedimento dell'autorità giudiziaria, nel rispetto del principio di proporzionalità. In attuazione di tali principi è stato novellato nella *Strafprozessordnung* un apposito libro (lottavo, §§ 474-482), che regola casi e modi di acquisizione di atti processuali per ragioni estranee al procedimento in corso o definito (uso in altro procedimento; uso da parte di privati; uso a fini scientifici etc.).

2.

Rassegna ragionata delle principali fonti normative volte a regolare il rapporto fra informazione giudiziaria e giustizia penale.

A parte i principi sovra-legali dei quali s'è sommariamente dato conto nel paragrafo introduttivo, la materia che ci interessa è oggetto di una variegata serie di fonti normative di diverso rango e diversa efficacia, che un po' disordinatamente si sono andate accumulando nel tempo.

Un primo gruppo di disposizioni è contenuto nei codici penale e di procedura penale. Benché collocate nei due distinti testi, costituiscono un insieme, essendo le sanzioni (previste rispettivamente dagli artt. 326, 379bis e 684 c.p.) al servizio di obblighi di segretezza (art. 329 e 391quinquies c.p.p.) o divieti di pubblicazione (art. 114 c.p.p.) posti in ambito processuale. Ciò non impedisce, ovviamente, di studiarle separatamente: delle disposizioni penali si occuperà infatti il collega prof. Bartoli, mentre le citate norme processuali saranno oggetto di illustrazione critica nei prossimi due paragrafi del presente contributo. Se ne faccio qui menzione, è per una ragione di completezza espositiva, oltre che per segnalare come, in questo corpus di norme, non sia rintracciabile – se non in misura minima – quell'interesse alla tutela dell'inviolabilità dei dati sensibili che pur meriterebbe di entrare nel novero dei diritti da tutelare, quanto meno con ponderati divieti di pubblicazione.

Tale interesse non trova spazio – come ci si sarebbe potuti attendere – nemmeno nel d. lgs. n. 196 del 2003 (cosiddetto codice privacy).

Ad esso è invece dedicato un provvedimento del Garante (atto di normazione secondaria⁷) che fissa alcune regole di comportamento per il giornalista alle prese con notizie di rilevante interesse pubblico e sociale, fra le quali certamente rientrano quelle ricavabili da attività di accertamento penale. Il rispetto della sfera privata non impedisce la pubblicazione di notizie riguardanti fatti insoliti (originali) o fatti connessi con l'esercizio di funzioni pubbliche, sulle quali giustamente il giornalista è chiamato a effettuare il suo occhiuto controllo (art. 6). Particolare attenzione va prestata alla figura del minore, la cui personalità va tutelata anche quando le informazioni su di lui riguardassero quei fatti di sicura rilevanza sociale che sono i reati (art. 7). Infine, compare un cenno alla necessità che sia rispettata la dignità della persona, quando vengono divulgate notizie o immagini su fatti di cronaca: vietato indulgiare morbosamente su dettagli violenti, su persone arrestate con manette ai polsi, salvo il consenso di queste ultime e salvo altresì che le immagini servano a denunciare eventuali abusi della pubblica autorità (art. 8).

Una delibera dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni è inoltre dedicata al delimitato e attuale problema dei processi cosiddetti mediatici. Con essa si sollecitano le emittenti televisive, pubbliche e private, locali e nazionali, a dotarsi di un codice di autoregolamentazione volte ad assicurare corrette modalità di rappresentazione dei procedimenti giudiziari nelle trasmissioni radiotelevisive⁸.

A tale delibera hanno fatto seguito il varo del Codice di auto-regolamentazione, siglato a Roma il 21 maggio 2009 dai rappresentanti delle emittenti radiotelevisive pubblica e private, nazionali e locali, dai fornitori di contenuti radiotelevisivi firmatari o aderenti alle associazioni firmatarie, dall'Ordine nazionale dei giornalisti e dalla Federazione nazionale della stampa italiana⁹ e il Testo unico dei doveri del giornalista, approvato dal Consiglio nazionale dell'Ordine dei giornalisti nella riunione del 27 gennaio 2016, che, all'art. 8, fornisce le linee dell'ideale "Cronaca giudiziaria e dei processi in TV"¹⁰.

Entrambi questi documenti impongono cautela e imparzialità nel diffondere nomi e immagini di persone coinvolte in procedimenti penali, richiamano al rispetto della presunzione di innocenza, a un uso accorto del linguaggio che sappia distinguere fra pubblico ministero e giudice, fra imputato e condannato, fra arrestato e colpevole, fra processo penale e rappresentazione mediatica dello stesso, il tutto con frequenti (quanto, in realtà, poco efficaci) riferimen-

⁷ Codice di deontologia relativo al trattamento dei dati personali nell'esercizio dell'attività giornalistica, *Provvedimento del Garante del 29 luglio 1998*, in *Gazzetta Ufficiale* 3 agosto 1998, n. 179.

⁸ Delibera n. 13/08/CSP, in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana* n. 39 del 15 febbraio 2008.

⁹ Consultabile cliccando [qui](#).

¹⁰ Consultabile in <http://www.odg.it/content/testo-unico-dei-doveri-del-giornalista>.

ti alla necessità di salvaguardare la dignità delle persone delle quali la trasmissione si occupa¹¹.

Fra le fonti normative rilevanti ai fini del nostro discorso merita un cenno a parte la Raccomandazione (2003) 13, adottata dal Consiglio d'Europa, contenente Principi relativi alle informazioni fornite attraverso i mezzi di comunicazione in rapporto ai procedimenti penali¹². Pur nella sua genericità, tale Raccomandazione dispensa ai legislatori nazionali utili linee-guida per bilanciare i molteplici interessi destinati qui a intrecciarsi e a confliggere.

Si muove dal riconoscimento di una legittima aspettativa del pubblico, in una società democratica, ad essere informato sul concreto funzionamento del sistema giudiziario penale (principio 1). L'informazione giornalistica deve tuttavia esercitarsi nel rispetto della presunzione d'innocenza (principio 2). Va altresì rispettata la dignità sia delle persone sospettate, imputate, condannate e dei loro familiari, sia dei minori, dei soggetti particolarmente vulnerabili, delle vittime, dei testimoni, sì da evitare che l'informazione giornalistica procuri a tutti i costi conseguenze nocive ulteriori a quelle inevitabilmente connesse con l'accertamento penale (principio 8). L'autorità giudiziaria o di polizia deve limitarsi a fornire informazioni verificate o basate su ipotesi ragionevoli, chiaramente esplicitate ai giornalisti destinatari (principio 3), anche al fine di prevenire influenze pregiudizievoli sui giurati o sui giudici che si apprestano a risolvere il merito della questione (principio 10). Le informazioni relative alla fase preliminare del processo vanno date in modo da non pregiudicare la fairness del successivo giudizio ed eventuali inosservanze di questa cautela dovrebbero trovare nella normativa processuale "rimedi giuridici efficaci" (principio 11).

Un bel programma, come si vede, solo in parte realizzato nel nostro attuale ordinamento e dal quale il legislatore italiano potrebbe pertanto trarre utili ispirazioni integrative.

Dai prossimi due paragrafi risulterà quale sia la distanza fra il quadro ideale prefigurato dai provvedimenti succitati e l'attuale normativa processuale italiana in tema di limiti alla pubblicazione di atti giudiziari penali.

3. Riservatezza dell'indagine e tutela del segreto cosiddetto interno (art. 329).

Il buon esito dell'indagine pubblica è il solo interesse che ispira l'art. 329 c.p.p.

Il comma 1 esprime la regola generale, secondo la quale gli atti investigativi della polizia e del pubblico ministero non sono accessibili ad altre persone, finché l'imputato e/o il suo difensore non li possano conoscere: ciò può accadere anche prima della chiusura dell'indagine, per gli atti cosiddetti garantiti, vale a dire, quelli che ammettono la presenza difensiva e il deposito del relativo verbale (art. 364-366 c.p.p.). Qui il segreto vincola le persone stesse che compiono l'atto investigativo. La norma ha la sua unica ratio giustificatrice nell'esigenza di tenere il contenuto dell'atto compiuto dalla polizia o dal pubblico ministero al riparo dagli sguardi di coloro che potrebbero avere interesse a sviare o contrastare l'indagine.

In via eccezionale, ma sempre per il miglior esito dell'attività investigativa, il pubblico ministero può de-secretare l'atto (comma 2), ad esempio quando appare opportuno diffondere l'identikit o il fotogramma del supposto autore del reato da parte di possibili testimoni.

Questo tipo di segreto viene qualificato come "interno" in quanto opponibile, di regola, alle altre parti del procedimento nel quale l'atto è compiuto. Esso è opponibile anche ad altri soggetti pubblici (polizia, giudici, pubblici ministeri, funzionari dell'amministrazione pubblica) impegnati in altri procedimenti (penali o extra-penali), salvo eccezioni legalmente previste, giustificate dall'esigenza di coordinamento investigativo fra uffici del pubblico ministero¹³; dalla necessità di prevenire fenomeni di criminalità reputata grave e allarmante¹⁴; oppure da

¹¹ La verità è che risulta impossibile espungere dalla trasmissione radiotelevisiva avente ad oggetto un procedimento giudiziario l'elemento della spettacolarizzazione nel quale è insito un uso strumentale delle vicende e delle esistenze umane: per quanto ci si sforzi di ridurlo, tale elemento sopravvive, essendo il sale (e il segnalatore di successo) della trasmissione stessa. Esigere – come fanno i due documenti evocati nel testo – che anche la rappresentazione mediatica del processo rispetti le regole del contraddittorio, lungi dal rimarcare il carattere imparziale del *reportage*, accresce la confusione con il processo giudiziario, che ha proprio nel contraddittorio la sua anima caratterizzante.

¹² Adottata il 10 luglio 2003 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa.

¹³ Art. 371 c.p.p. e art. 118 bis disp. att. c.p.p.

¹⁴ Si vedano, al riguardo, l'art. 118 c.p.p., che consente al Ministro dell'interno di ottenere dall'autorità giudiziaria informazioni su attività investigative anche in deroga dell'art. 329, al fine di prevenire delitti per i quali sarebbe obbligatorio l'arresto in flagranza.

ragioni legate alla salvaguardia dell'ordine democratico¹⁵.

Sempre nell'interesse dell'indagine pubblica, la legge assegna al pubblico ministero il potere di secretare atti che cadrebbero fuori del segreto "interno": ciò col consenso dell'imputato o anche in assenza di tale consenso, qualora reputi che la conoscenza dell'atto da secretare possa ostacolare l'indagine nei confronti di altre persone (comma 3). Si può considerare un prolungamento di questa eccezione, la secretazione di durata limitata (non più di due mesi), che lo stesso pubblico ministero può imporre con riguardo a dichiarazioni ricevute da persone da lui occasionalmente sentite nel corso di un'attività di indagine difensiva (art. 391-quinquies c.p.p.): vale a dire, quando il difensore (dell'indagato o dell'offeso da reato) abbia proceduto all'audizione di persona informata sui fatti, da lui stesso autoritativamente convocata (art. 391-bis comma 10 c.p.p.).

Non c'è molto altro da dire su questo tipo di segreto, se non che la sua violazione integra il delitto previsto dall'art. 326 c.p.: delitto proprio (del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio), di regola non imputabile al giornalista se non a titolo di concorso. Oggetto del divieto espresso nell'art. 329 o ricavabile dai decreti di secretazione del pubblico ministero è, non tanto la pubblicazione, quanto piuttosto la propalazione delle notizie o delle informazioni riservate oltre la ristretta cerchia dei soggetti legittimati a conoscerle.

4.

Divieto di pubblicare gli atti di un procedimento penale (art. 114 c.p.p.).

Il divieto di pubblicazione è invece l'oggetto dell'art. 114 c.p.p. Meglio, anzi esprimersi al plurale: i divieti, poiché, come si dirà, tale articolo (tortuoso e tormentato) esprime una pluralità di regole negative/permisive, ispirate a una eterogenea molteplicità di interessi.

Il comma 1 vieta in maniera perentoria la pubblicazione degli atti coperti da segreto interno, quelli dei quali si è dato conto nel paragrafo precedente. Qui, evidentemente, l'interesse protetto è ancora una volta quello dell'indagine pubblica. Ciò che non può essere portato a conoscenza delle parti private, deve, a maggior ragione, restare inaccessibile al pubblico.

Subiscono invece un diverso trattamento gli atti conoscibili dalle parti del processo, per i quali vigono comunque dei divieti di pubblicazione. Con riguardo a tali atti si parla di segretezza esterna: ciò che si vuole evitare è la divulgazione omnibus di un atto del quale le parti hanno diritto di ottenere copia.

Conviene esaminare distintamente tali divieti di pubblicazione, in ragione del tipo di interesse che mirano a tutelare e prendendo le mosse da quelli più facilmente spiegabili.

Uno dei divieti espressi nell'art. 114 integra o sostituisce quell'esigenza di segretezza che sta al fondo della scelta legislativa di escludere – eccezionalmente in taluni casi – l'udienza a porte chiuse. Nelle situazioni previste dall'art. 472 commi 1 e 2 (ragioni di buon costume, tutela della sicurezza dello Stato, protezione di testimoni o di parti private) è possibile escludere il pubblico dalla sala d'udienza. Il comma 4 del citato art. 114 completa l'opera, escludendo a sua volta che possano essere conosciuti, per altre vie, i verbali di atti formati o letti in un dibattimento a porte chiuse. E, quand'anche il dibattimento non avesse luogo, quelle stesse ragioni impedirebbero la diffusione di atti che vanno in ogni caso sottratti alla vista e alla discussione pubblica (art. 114 comma 5).

Una ragione esistenziale, quella di tutelare una personalità in formazione, giustifica invece il divieto di pubblicare le immagini e le generalità del minore coinvolto come teste, persona offesa o persona danneggiata in un procedimento penale. Questo il senso dell'art. 114 comma 6, che consente deroghe al divieto in questione solo nell'interesse o con il consenso del minore almeno sedicenne. La norma ribadisce e completa un divieto già presente nella speciale legislazione riguardante il processo minorile, che vieta "la pubblicazione e la divulgazione con qualsiasi mezzo, di notizie o immagini idonee a consentire l'identificazione del minore comunque coinvolto nel procedimento penale"¹⁶. La segretezza esterna si impone, pertanto, anche per il minore direttamente coinvolto (come imputato) nel processo penale, in linea del resto con la già citata regola che esclude, in via generale, la pubblicità delle relative udienze

¹⁵ L'art. 118 bis c.p.p. riconosce al Presidente del Consiglio dei ministri la facoltà di ottenere informazioni sull'attività investigativa della polizia e del pubblico ministero in nome della ragion di Stato.

¹⁶ Art. 13 d.P.R. n. 448 del 1988.

dibattimentali¹⁷.

Una ragione esistenziale, di tutela della dignità umana, giustifica altresì il divieto di pubblicare i fotogrammi dell'arrestato in vinculis. Il comma 6-bis dell'art. 114 intende porre un freno a pratiche di "sciacallaggio" giornalistico, inclini a spettacolarizzare operazioni poliziesche di facile presa sul pubblico. Il danno che ne potrebbe derivare sia all'immagine dell'arrestato, sia, soprattutto, al suo destino processuale è elevato: una persona in manette evoca in modo icastico e immediato un'idea di colpevolezza, che persino una successiva assoluzione faticherebbe a cancellare nella mente del comune cittadino. Il divieto in questione è dunque opportuno, anche perché – oltre alla dignità personale dell'arrestato – mira a salvaguardare la presunzione d'innocenza di fronte al "tribunale sociale" dell'opinione pubblica. A dispetto della sua importanza, tuttavia, la proibizione è pressoché priva di efficacia. La sua inosservanza non è infatti soggetta a conseguenze di carattere processuale. Unica sanzione immaginabile sarebbe quella disciplinare, irrogata dall'ordine professionale¹⁸. Il divieto ha peraltro una sua deroga, che il citato comma 6-bis individua nel consenso dell'arrestato a farsi riprendere con le manette ai polsi o comunque in stato di coercizione fisica: formulata così, sembra una singolare concessione all'esibizionismo individuale, anziché – come sarebbe auspicabile – un'apertura al giornalismo d'inchiesta, pronto a documentare eventuali abusi dell'autorità pubblica¹⁹.

Resta da esaminare il caso più complicato e controverso di segretezza esterna: quello riguardante il divieto di pubblicare atti compiuti nella fase preliminare, per i quali sia caduto il segreto interno. Tali atti, come già detto, sono noti e accessibili alle parti. Non solo. Essi sono acquisibili da parte di "chiunque vi abbia interesse", come stabilisce espressamente l'art. 116 c.p.p. Non deve trattarsi di un interesse giuridicamente radicato nel procedimento de quo, sicché anche il giornalista può chiedere (e ottenere) l'accesso ad atti non più coperti da segreto interno²⁰.

Il punto merita una breve digressione. La constatazione che il giornalista possa chiedere copia degli atti, non significa che egli vanti un correlativo diritto a veder soddisfatta la sua richiesta. Nella pratica, anzi, accade spesso che – pendente l'indagine – il pubblico ministero intenda in senso ampiamente discrezionale il "potere" attribuitogli dal citato art. 116. Ciò favorisce un trattamento differenziato dei giornalisti "questuanti" e, alla fin fine, una censurabile "fiera delle informazioni" dagli esiti poco edificanti. Sarebbe di gran lunga preferibile una regola che imponesse al magistrato penale di rilasciare a tutti gli interessati (inclusi i giornalisti) copia di atti coperti da segreto esterno²¹. Ciò avrebbe quanto meno l'effetto di mettere i "lavoratori dell'informazione" in condizione di esercitare paritariamente il diritto di cronaca, evitando trattamenti di favore, umilianti questue o vane attese. Il libero accesso agli atti di indagine non più coperti da segreto interno esigerebbe – a mo' di opportuno contrappeso – l'accettazione di un decalogo da parte del giornalista circa l'uso corretto delle informazioni ottenute; un'assunzione di responsabilità che potrebbe trovare adeguata regolamentazione solo sul piano deontologico-disciplinare. L'economia dell'informazione è naturalmente portata a trasformare in merce le notizie di interesse pubblico: e i processi penali – non tutti, ma, certo,

¹⁷ Art. 33 d.P.R. n. 448 del 1988.

¹⁸ Il divieto di presentare le persone arrestate con ferri e manette ai polsi viene ribadito – a fini disciplinari – dall'art. 8 comma 3 del Codice deontologico relative al trattamento di dati personali nell'esercizio dell'attività giornalistica (citato *supra*, nt. 6).

¹⁹ Più corretta e maggiormente rispondente alla positiva funzione informativa del giornalista sembra la formulazione usata dalla norma deontologica citata alla nt. precedente: con essa si deroga al divieto di esibire in pubblico l'arrestato ammanettato, quando ciò appaia necessario per "segnalare abusi".

²⁰ Ciò si ricava dall'art. 43 disp. att. c.p.p., dove si chiarisce che le parti private e la persona offesa, in quanto titolari di un diritto al deposito degli atti, non hanno bisogno dell'autorizzazione cui allude l'art. 116 comma 2 per ottenerne copia. Quell'autorizzazione serve dunque per altri soggetti, genericamente interessati a conoscere il contenuto degli atti fino a quel momento compiuti. Per quanto riguarda il giornalista, l'interesse trova pertanto fondamento nel diritto di cronaca.

²¹ Come saggiamente auspica Luigi Ferrarella in *Il "giro della morte": il giornalismo giudiziario tra prassi e norme*, in *questa Rivista*, n. 3/2017. La proposta è condivisa anche da Armando Spataro (procuratore della Repubblica a Torino) nella lettera pubblicata sul quotidiano *La Stampa* del 3 agosto 2017, a seguito di un incidente avente ad oggetto uno spiacevole equivoco originato, a ben vedere, proprio dal carattere astruso e complicato della normativa che disciplina oggi i rapporti fra giustizia penale e informazione in Italia. La proposta ha registrato altresì l'opinione favorevole di Raffaele Cantone (attuale presidente dell'Autorità Nazionale Anti-Corruzione), con una lettera pubblicata sul quotidiano *la Repubblica* del 1° luglio 2017, p. 13.

alcuni fra essi – forniscono dettagli succulenti per i lettori²². Insomma, l'idea di consentire al giornalista libero accesso agli atti di indagine coperti da segretezza solo esterna è buona, perché semplifica i rapporti fra giustizia e informazione; è però rischiosa, perché – se non adeguatamente controbilanciata da effettive regole disciplinari o reputazionali – finisce col legittimare pratiche distorsive del corso della giustizia e, alla lunga, deleterie per la tenuta del sistema giudiziario. Ciò, magari, per affermare – consapevolmente o meno – privati interessi pronti a profittare di un'informazione giornalistica faziosa in grado di mettere in cattiva luce la giustizia penale presso la pubblica opinione.

Tornando all'esame della disciplina attualmente in vigore, le regole che ci interessano sono collocate in tre commi (il 2°, il 3° e il 7° dell'art. 114) da leggere e intendere nel loro intreccio: una combinazione di norme che la stessa Corte costituzionale non ha esitato a definire “irragionevole e ontologicamente incerta”²³.

Il comma 2° contiene un generale divieto di pubblicare gli atti pur conoscibili dalle parti e da chiunque altro vi abbia interesse. Dal comma 3° ricaviamo inoltre che il divieto di pubblicazione sopravvive solo per gli atti che – una volta chiusa la fase preliminare del processo – sono collocati nel fascicolo del pubblico ministero: pubblicabili, pertanto quelli destinati al fascicolo del dibattimento²⁴ e quelli che, pur presenti nel fascicolo del pubblico ministero, siano occasionalmente usati a fini di contestazione nell'esame dei testimoni (art. 500 c.p.p.) o delle parti (art. 503 comma 3 c.p.p.). La ratio di tale ultima norma è chiara: si vuol evitare che il giudice del dibattimento venga a conoscere, per vie esterne (vale a dire, per il tramite dei mezzi di comunicazione) atti che non gli è lecito conoscere per le vie interne del processo. Il fascicolo del pubblico ministero è destinato infatti a restare inaccessibile al giudice dibattimentale, chiamato a formarsi un convincimento sulla sola scorta del materiale probatorio formato davanti a lui, nel contraddittorio fra le parti. In breve: i commi 2° e 3° dell'art. 114 sono posti al servizio di una formazione dibattimentale della prova, rispettosa dei principi di oralità e immediatezza.

A complicare le cose interviene il comma 7° dell'art. 114, secondo il quale “è sempre consentita la pubblicazione di atti non coperti da segreto” (e qui, per segreto si deve ovviamente intendere quello “interno”, imposto dall'art. 329 c.p.p.).

La perentorietà dei divieti di pubblicazione imposti dai citati commi 2° e 3° trova dunque un forte temperamento nell'apertura che il comma 7° dell'art. 114 fa alla pubblicabilità del contenuto di atti non pubblicabili. Non è un gioco di parole, né un'eccezione tale da rinnegare del tutto le regole poco fa illustrate. Il divieto del quale parlano i commi 2° e 3° riguarda i verbali degli atti non pubblicabili, non la parafrasi o il riassunto che degli atti stessi può fare il giornalista. In altre parole, l'insieme dei tre commi qui considerati va inteso alla luce della distinzione fra “atto” (così come riprodotto nel relativo verbale) e “contenuto dell'atto”, così come raccontato, riassunto, parafrasato dall'autore della pubblicazione²⁵.

Si è inteso, in questo modo, soddisfare due esigenze in contrasto: quella di salvaguardare da un lato l'imparzialità del giudicante, rendendogli inaccessibili atti processuali formati unilateralmente e pertanto inidonei ad alimentare il suo convincimento ai fini della decisione (dibattimentale) di merito, e, d'altro lato, l'esigenza di favorire la libertà di stampa, affinché l'opinione pubblica possa essere informata sul corso della giustizia penale con riguardo anche alle fasi non pubbliche della procedura.

La distinzione “atto/contenuto dell'atto” risulterà forse chiara e – ai fini qui considerati – efficace per il giudice, il quale sa bene che per sciogliere il dubbio fra innocenza e colpevolezza deve misurarsi con atti formali, legittimamente compiuti secondo le ritualità procedurali, non potendosi accontentare dei resoconti, riassuntivi e parziali, ospitati dai mezzi di comunicazio-

²² Risulta al riguardo eloquente una recente esperienza portoghese, originata da una forzatura interpretativa. La diatriba verte sulle disposizioni del *código de processo penal* (artt. 68 e 69) che ammettono una sorta di intervento adesivo (*assistência*) del *quóvis de populo* solidale con la funzione di accusa impegnata nell'accertamento di reati reputati di particolare interesse pubblico (fra questi, reati di corruzione, peculato, favoreggiamento personale da parte di un pubblico funzionario). Scopo della norma è quello di rendere più efficace l'attività repressiva, sollecitando l'attiva collaborazione dei cittadini. Orbene, i giornalisti portoghesi hanno sfruttato e stanno sfruttando queste disposizioni per intervenire nei processi penali allo scopo di ottenere copia di quegli atti che l'interveniente in funzione adesiva ha diritto di ottenere pur non essendo una parte processuale. Ciò ha dato la stura a quel fenomeno di giudizi paralleli che ha contaminato anche la realtà portoghese, come ben documenta A. A. NÓBREGA, *O jornalista assistente no processo penal português*, in *Revista de concorrência e regulação*, 2017, p. 181 ss.

²³ Cfr. sent. n. 59 del 1995, punto 2 del *Considerato in diritto*.

²⁴ Nella sua formulazione originaria, tale comma includeva nel divieto di pubblicazione anche gli atti dell'indagine destinati al fascicolo del dibattimento: inclusione ritenuta dalla Corte cost. (sent. nr. 59 del 1995) in contrasto con la l. delega del 1987 (dir. 71) oltre che irragionevolmente restrittiva della libertà di stampa (art. 21 cost.).

²⁵ Secondo la giurisprudenza, per *contenuto dell'atto* si deve intendere “quanto in esso si rappresenta, senza richiami testuali, sì che se ne divulgino informazioni senza una riproduzione totale o parziale dello stesso”. Così Cass. sez. I, 11 luglio 1994, in Ced, Rv nr. 199918.

ne.

Il comune cittadino, invece, non distingue o fatica a distinguere fra le due entità concettuali. Vero che egli non ha il potere né di assolvere, né di condannare, ma è pur sempre parte viva di una pubblica opinione interessata a quei fatti socialmente rilevanti che sono i processi penali e i relativi esiti. In quanto tale, è in grado di giocare un ruolo nella legittimazione politico-sociale della magistratura penale.

Non vanno inoltre trascurate – sotto questo stesso profilo – le campagne di informazione (o di disinformazione) che la stampa è capace di orchestrare, pubblicando (del tutto legittimamente, in base all'art. 114) resoconti interessati su casi giudiziari di pubblico interesse. E si sa che le campagne stampa irradiano spesso i propri (invisibili) riflessi anche sul convincimento del giudice che si appresta a decidere il caso. Qui, in particolare, si avverte il rischio che il giudicante – pur geloso della propria autonomia – sia in realtà incline ad assecondare, persino senza rendersene conto, l'opinione corrente; sia insomma attratto in quella “spirale del silenzio” alla quale s'è fatto breve cenno in precedenza²⁶.

In definitiva, la distinzione prospettata nel citato art. 114 fra atto (non pubblicabile) e contenuto dell'atto (pubblicabile) pecca di semplicismo, perché muove dall'ingenua premessa che, per salvare le forme del giusto processo, sia sufficiente rendere inaccessibili al giudice gli atti dell'indagine preliminare non utilizzabili in dibattimento. In realtà, l'ampia possibilità, offerta dalla nostra attuale legge processuale, di pubblicare i contenuti di atti non pubblicabili, sortisce il singolare effetto di far maturare nella collettività convincimenti (di colpevolezza o di innocenza) che finiscono col premere – pur in misura non precisamente misurabile – sul formale e istituzionale convincimento del giudice.

C'è poi un ulteriore fenomeno patologico che la pratica applicazione dell'art. 114 ha finito col favorire. Gli atti, la cui pubblicazione è vietata (secondo le disposizioni appena commentate) sono quelli di indagine e, più precisamente, quelli destinati a una possibile lettura nel futuribile dibattimento. Restano pertanto esclusi atti diversi, quali, ad esempio, gli ordini di comparizione²⁷, e, quel che più conta, i provvedimenti a contenuto decisorio adottati nel corso della fase preliminare. È prassi frequente che nella motivazione di tali provvedimenti siano riversati atti o stralci di atti di indagine la cui pubblicazione, anche parziale, sarebbe vietata dal comma 2° dell'art. 114. Assistiamo così alla divulgazione – soprattutto tramite i siti web, dove la lunghezza del testo non è mai un problema – di chilometriche ordinanze cautelari che riportano fedelmente dichiarazioni rese da persone informate sui fatti o dialoghi intercettati²⁸. Una facile tecnica di aggiramento che fa leva sull'esclusione dei provvedimenti a contenuto decisorio (e relative motivazioni) dal novero degli atti riconducibili al citato art. 114. La lettera è salva, ma la ratio della norma o, più precisamente, del combinato fra i tre commi (2°, 3° e 7°), viene in buona sostanza tradita, col rendere facilmente accessibili al futuro giudice dibattimentale atti o parti di atti dei quali dovrebbe restare all'oscuro²⁹.

5.

Conclusioni.

Anche in Italia, i rapporti fra giustizia penale e informazione sono nella realtà fonte di molteplici tensioni e conflitti, le ragioni dei quali sfuggono in buona parte allo sguardo del giurista. Di qui l'opportunità di un preliminare sguardo sociologico alla varietà di interessi che, di fatto, sono in gioco nella quotidiana amministrazione delle informazioni che traggono spunto da vicende giudiziarie penali. Una ricognizione extra-giuridica dei problemi che ruotano attorno a questi rapporti appare utile sia per completare la diagnosi e messa a fuoco delle

²⁶ Cfr. *supra*, nota 5.

²⁷ Rara la giurisprudenza sul punto. L'unica massima trovata (che considera lecita proprio la pubblicazione di un ordine di comparizione) risale a molti anni fa: Cass. sez. VI, 2 marzo 1990, in Ced, Rv nr. 185141.

²⁸ Un paio di esempi fra i tanti: l'ordinanza cautelare emessa dal GIP di Napoli il 2 maggio 2016, in un procedimento per fatti di camorra, riporta ampi stralci di sommarie informazioni testimoniali e di intercettazioni telefoniche; l'ordinanza cautelare emessa dal GIP di Firenze, il 18 marzo 2015, in un procedimento per fatti di corruzione, riporta ampi stralci di intercettazioni telefoniche.

²⁹ Il discorso vale anche per le intercettazioni telefoniche, benché i documenti nei quali queste ultime sono trascritte siano destinati al fascicolo dibattimentale. Le intercettazioni riprodotte nelle ordinanze cautelari, infatti, vanno considerate a tutti gli effetti atti di indagine, non essendo state ancora filtrate da quella procedura di stralcio con l'intervento della difesa (art. 268 c.p.p.) che soddisfa in qualche modo le esigenze del contraddittorio.

I particolari problemi che la divulgazione “precoce” delle intercettazioni telefoniche pone e le proposte di riforma già intraprese per superarli (ddl 4368, ora in discussione alla Camera dei deputati) saranno affrontati nella relazione della prof. C. Conti, alla quale pertanto si fa rinvio.

questioni sul tappeto, sia per individuare i rimedi realisticamente approntabili per affrontarle. Sarebbe auspicabile a tal fine un dialogo fra giuristi e studiosi della comunicazione.

Dal canto suo, il giurista riesce a cogliere al più la varietà di interessi giuridicamente rilevanti che avvilluppano quel rapporto e che le normative pertinenti (penale, processuale, deontologica) tendono a comporre e regolare, fino ad oggi con esiti soddisfacente solo per chi – come si dice – ama mestare nel torbido.

Particolare attenzione meritano le norme processuali volte a limitare la pubblicazione di atti e immagini suscettibili di ledere la dignità delle persone a qualsiasi titolo coinvolte nel procedimento penale o di pregiudicare garanzie processuali dell'imputato (presunzione d'innocenza, diritto a un giusto processo).

Il modo in cui la legge processuale italiana provvede a disciplinare la varietà degli interessi (pubblici e privati) in gioco appare insoddisfacente, alla luce dell'esperienza sin qui fatta. In particolare, è emersa l'inadeguatezza della combinazione normativa fra commi 2°, 3° e 7° dell'art. 114 c.p.p. inidonei a soddisfare, al contempo, fairness processuale, correttezza informativa e tutela della riservatezza. Inoltre, le norme in questione sono inefficaci di fronte ai vari espedienti che, nella pratica, ne eludono lo spirito, riversando – nei motivi dei provvedimenti interinali – atti o parti di atti che non potrebbero essere pubblicati.

L'inadeguatezza del quadro normativo si accentua con l'evoluzione del sistema informativo sotto il segno delle nuove tecnologie, del web, dei social media. Il moltiplicarsi delle fonti informative (non più limitate alle tradizionali agenzie di stampa), rende vago e nebuloso l'insieme delle notizie che accompagnano la nostra quotidianità (fenomeno delle cosiddette fake news) con ripercussioni inevitabili anche sull'arena giudiziaria e sull'attività e sulla posizione dei soggetti che la animano (polizia, pubblico ministero, giudice, difensori, imputati).

Utili indicazioni per una riforma che tenga conto dei molteplici interessi in gioco possono venire dall'elenco di principi espressi nella Raccomandazione (2003)13 del Consiglio d'Europa.

Non si tratta solo di superare il controverso art. 114 c.p.p. e il combinato di quei tre commi (2°, 3° e 7°) che hanno retto malamente l'urto dell'informazione giudiziaria in un'esperienza ormai trentennale. La distinzione atto/contenuto dell'atto si è rivelata fragile e inconsistente, sia perché non ha impedito l'aggiramento del divieto di pubblicare atti investigativi, sia perché la pubblicazione (lecita) del loro contenuto si presta a manipolazioni e rimaneggiamenti capaci di condizionare ab externo la vicenda giudiziaria. La distinzione può anche essere mantenuta, ma senza l'illusione che essa serva allo scopo che, ingenuamente, tramite la stessa si era cercato di conseguire.

Altri devono essere i punti sui quali insistere in un'ampia prospettiva de iure condendo. Ecco una concisa rassegna dei principali:

Tutela delle persone a vario titolo coinvolte nella vicenda giudiziaria. I nomi di imputati, vittime e testimoni non dovrebbero essere divulgati, salvo che la notizia del loro coinvolgimento in un processo penale non sia già nota per vie diverse da quella giudiziaria. Qualora i nomi fossero già noti, l'informazione sulla vicenda processuale dovrebbe limitarsi alle notizie che abbiano una connessione stretta con l'oggetto dell'accertamento. Vanno evitati resoconti romanzati o narrazioni fantasiose che, traendo spunto da dicerie, indulgiano sulla personalità o sullo stile di vita del soggetto preso di mira. Regole di questo tipo dovrebbero ispirare la deontologia professionale del buon giornalista che si occupa di giustizia penale.

Diritto di accesso alle informazioni giudiziarie. Ai giornalisti andrebbe riconosciuto il diritto di accedere (paritariamente) alle informazioni che il pubblico ministero – durante la fase investigativa – ritiene suscettibili di pubblicazione. Va superata l'attuale pratica delle informazioni distribuite secondo criteri arbitrari di simpatia o di reciproca convenienza. Il diritto di cronaca legittima (anche sul piano giuridico) l'interesse di ogni giornalista a ottenere dal magistrato precedente copia degli atti non più coperti da segreto interno.

Siti web. Trattandosi di realtà in impetuosa, disordinata imprevedibile crescita, risulta oggi difficile tracciare le linee di una regolamentazione idonea a tutelare il viluppo di interessi meritevoli di tutela nel contesto della giustizia penale, anche perché i siti internet che informano, magari occasionalmente, su vicende giudiziarie non sono gestiti necessariamente da giornalisti, con l'aggiunta che spesso le notizie e i documenti da essi veicolati provengono da server non soggetti alla giurisdizione italiana. Andrebbero comunque evitate – se del caso con adeguati provvedimenti coercitivi – iniziative interattive come, ad esempio, sondaggi sulla colpevolezza o innocenza di un imputato, oppure sulla affidabilità di un testimone. Andreb-

be inoltre regolata la pubblicazione di atti diversi da quelli di indagine (come, ad esempio, i provvedimenti cautelari) ora non soggetti al divieto di pubblicazione ex art. 114 commi 2, 3, 7.

Motivazione dei provvedimenti cautelari. Si prestano frequentemente a fungere – intenzionalmente o meno – come “cavalli di troia” per aggirare il divieto di pubblicare, in tutto o in parte, atti coperti da segreto esterno. La motivazione dovrebbe essere redatta in forma sintetica e tale da non riprodurre, con la tecnica del copia-incolla, brani di dichiarazioni testimoniali o di registrazioni telefoniche non ancora passate per l’udienza-stralcio. La recente riforma processuale (l. nr. 103 del 2017), pur intervenuta nel senso di una maggior tutela delle persone intercettate e della loro riservatezza³⁰, non ha ritenuto di dover porre un argine alla deprecabile pratica delle mega-motivazioni dei provvedimenti cautelari: pratica divenuta davvero esiziale per le sorti del giusto processo, dopo che la Corte cost., facendo cadere il segreto interno per le intercettazioni usate a fini cautelari³¹, ha di fatto reso accessibile anche ai giornalisti (o ad alcuni fra essi) la copia delle relative registrazioni³².

Talk show giudiziari. In linea di massima andrebbero evitati, quanto meno mentre la procedura giudiziaria è in corso. Se ne può giustificare la messa in onda per motivi di particolare interesse sociale. In ogni caso, non dovrebbero risolversi in occasioni di entertainment. Andrebbero piuttosto concepiti e presentati come servizi di informazione finalizzati a commentare e spiegare la dinamica della vicenda giudiziaria, senza pretendere di sostituirvisi; lo scopo (informativo-didascalico) dovrebbe animare l’organizzazione del dibattito televisivo e ispirare la scelta dei partecipanti, evitando spettacolarizzazioni che magari garantiscono l’audience, a danno però di una seria e ponderata informazione. Declinati in questa diversa versione, il cosiddetto talk-show giudiziario potrebbe evolversi nel senso del programma di approfondimento e divulgazione su temi di interesse sociale, spiegati senza secondi o terzi fini, con lo scopo esclusivo di rendere accessibili anche ai non giuristi le (attualmente incomprensibili) tecnicità che caratterizzano ogni procedimento penale.

Giornalismo investigativo. Può rendere utili servizi alla collettività, purché non intersechi l’attività investigativa di pubblici ministeri e difensori. Il lato positivo sta nell’attività denuncia di disfunzioni o comportamenti socialmente inaccettabili, idonea a fungere da notizia di reato e tale quindi da sollecitare l’avvio di un procedimento penale. Il rischio è che, alla fase della denuncia segua una investigazione parallela a quella condotta da polizia e magistratura: quand’anche il lavoro del giornalista fosse, per così dire, sinergico con quello dell’attività pubblica, vi sarebbero ragioni per diffidare del suo contributo che finirebbe fatalmente per nuocere alle ragioni della difesa o dell’accusa. Fra i doveri del giornalista con riguardo alla cronaca giudiziaria (doveri elencati nel testo unico deontologico approvato dal Consiglio Nazionale dell’Ordine il 27 gennaio 2016) dovrebbe figurare anche quello di astenersi dal condurre indagini parallele a quelle in corso ad opera di polizia e pubblico ministero: salva, ovviamente, la possibilità di effettuare un controllo su possibili inerzie o abusi da parte dell’autorità pubblica; ciò che rientrerebbe peraltro in quella attività di denuncia che fa del giornalismo investigativo un efficace strumento di controllo e critica del potere (anche giudiziario).

³⁰ Il contenuto di tale riforma, anche nella prospettiva dei rapporti fra giustizia e comunicazione, è oggetto del saggio redatto dalla prof. Carlotta Conti, *La riservatezza delle intercettazioni nella “delega Orlandi”*, in *questa Rivista*, n. 3/2017.

³¹ Si veda la sent. nr. 336 del 2008.

³² La pratica delle mega-motivazioni cautelari è poi favorita dall’uso assai disinvolto del “copia-incolla”, così rapido e facile grazie alle tecnologie informatiche, anche nella stesura dei provvedimenti interinali.

Tutela penale del segreto processuale e informazione: per un controllo democratico sul potere giudiziario

Protection Under Criminal Law of the Confidentiality of the Investigation: for a Democratic Control over the Judiciary

ROBERTO BARTOLI

Professore ordinario di Diritto penale presso l'Università di Firenze

GIUSTIZIA PENALE, INFORMAZIONE, SEGRETO PROCESSUALE, SEGRETO INVESTIGATIVO, DIRITTO DI CRONACA, DIRITTO DI CRONACA GIUDIZIARIA, RIVELAZIONE DI SEGRETI D'UFFICIO, PUBBLICAZIONE ARBITRARIA DI ATTI PROCESSUALI

CRIMINAL JUSTICE, INFORMATION, CONFIDENTIALITY OF THE INVESTIGATION, FREEDOM OF PRESS, BREACH OF CONFIDENTIALITY, PUBLICATION OF PROCEDURAL DOCUMENTS

ABSTRACT

L'ineffettività che contraddistingue l'attuale disciplina posta a tutela del segreto processuale non sembra derivare dalla inadeguatezza degli strumenti utilizzati, quanto piuttosto dalla trasformazione che si è determinata degli interessi in gioco: il diritto di cronaca giudiziaria finalizzato a un controllo democratico sul potere giudiziario risulta sempre di più destinato a prevalere sugli interessi pubblici e privati coinvolti nelle dinamiche delle indagini processuali. Posto che un bilanciamento tra diritto di cronaca giudiziaria e reputazione può essere raggiunto solo in concreto, vero nodo problematico è il contrasto alla rivelazione dei segreti d'ufficio da parte degli autentici custodi, contrasto che può essere rafforzato non solo – e non tanto – incrementando la repressione penale (autori delle violazioni sono coloro che poi dovrebbero perseguirle), ma più realisticamente rompendo i rapporti opachi che si generano tra magistratura e stampa. A tal fine, passaggio indispensabile risulta consentire anche al giornalista l'accesso pieno e trasparente agli atti non più coperti dal segreto, con benefici per la stessa attività giornalistica sotto il profilo del rispetto del limite della verità processuale, vera e propria pietra angolare del diritto di cronaca giudiziaria finalizzata al controllo del potere giudiziario.

The ineffectiveness that characterizes the current legal protection of the confidentiality of the investigation seems to be a consequence, not of the defect of the tools in use, but rather of the transformation that involves the implicated interests: the right of information aimed at a democratic control over the judiciary is destined to prevail over the public and the private interests affected by the investigations. Since a balance between right to information and right to reputation can only be achieved case by case, the main issues are related to the breach of the confidentiality due to the activity of the “custodians”, which needs to be prevented not only – and not so much – by increasing the penalties, but also and more realistically by impeding ambiguous relations between the judiciary and the press. Therefore, the press should be allowed to freely access to acts no longer covered by the secret, with benefits for the journalistic activity itself, as regards the respect of the limitation of “procedural truth”.

SOMMARIO

1. Il quadro della disciplina. – 1.1. La tutela del segreto c.d. interno. – 1.2. La tutela del segreto c.d. esterno. – 1.3. Una breve sintesi. – 2. La rivelazione di atti coperti dal segreto investigativo. – 2.1. Alcune proposte per il rafforzamento del contrasto alla rivelazione dei segreti di ufficio. – 3. La pubblicazione di atti coperti dal segreto investigativo. – 3.1. La problematica giustificazione del divieto assoluto di pubblicazione. – 4. La pubblicazione di atti non più coperti dal segreto. – 4.1. La questione della c.d. *discovery*. La disciplina vigente e la prassi vivente. – 4.1.1. Disamina di alcune proposte di riforma. – 4.1.2. Il problema delle intercettazioni. – 4.2. La pubblicazione degli atti non più coperti da segreto investigativo. – 4.2.1. Il divieto assoluto di pubblicazione e la sua illegittimità costituzionale. – 4.2.2. Il divieto ibrido di pubblicazione e la sua irragionevolezza. – 4.2.3. Per una pubblicità assoluta e per un bilanciamento in concreto tra diritto di cronaca giudiziaria e reputazione.

1. Il quadro della disciplina.

Prima di esaminare le questioni problematiche che si pongono nel rapporto tra tutela penale del segreto processuale e informazione, ci sembra opportuno tracciare il quadro della disciplina vigente. Sia perché si tratta di un quadro piuttosto articolato, per non dire frammentato, che esige una certa ricomposizione anche al fine di agevolare la nostra esposizione e lo stesso lettore. Sia perché nel nostro ordinamento la tutela penale del segreto processuale risulta nella sostanza recettizia della disciplina processuale in tema di segreto sugli atti, e ciò in un duplice senso¹. Non solo nel senso che il diritto penale tende a tutelare le esigenze di segretezza che si pongono già a livello processuale, ma anche nel senso che le recepisce nel modo in cui sono state configurate dalla stessa disciplina processuale, non potendosi dimenticare che all'interno delle dinamiche del processo v'è la necessità di bilanciare tali esigenze con una pluralità di interessi a partire dal diritto di difesa fino ad arrivare al diritto di cronaca giudiziaria, oggetto specifico della nostra indagine.

Sul punto occorre partire dalla notissima e – per così dire – classica distinzione tra tutela del segreto c.d. interno e tutela del segreto c.d. esterno². Con il concetto di segreto c.d. interno si intende in buona sostanza il segreto investigativo che copre gli atti di indagine fino a quando non sono conoscibili dall'indagato e dal suo difensore (e quindi – almeno in teoria – da qualsiasi soggetto) e comunque non oltre la chiusura delle indagini preliminari, riservando pertanto la conoscenza degli atti soltanto a coloro che svolgono le indagini o comunque vi partecipano o vi assistono; con il concetto di segreto c.d. esterno si intende invece la sussistenza di ulteriori limiti conoscitivi rispetto ad atti già noti o conoscibili, rispetto ai quali, cioè, il segreto c.d. interno risulta ormai caduto, e tali limiti sono posti al fine di proteggere da possibili interferenze esterne al processo una pluralità di interessi diversi e ulteriori dal segreto investigativo, che possono consistere nel libero convincimento del giudice, nella reputazione, nella presunzione di innocenza, nella riservatezza delle parti coinvolte nel procedimento.

1.1. La tutela del segreto c.d. interno.

Ebbene, per quanto riguarda il segreto c.d. interno o investigativo, ai divieti di rivelazione e pubblicazione posti dalla disciplina processuale corrispondono alcune fattispecie incriminate che per l'appunto puniscono la rivelazione e la pubblicazione di atti coperti dal segreto investigativo.

In ordine alla rivelazione, sul piano processuale, sono previsti tre divieti. Anzitutto, v'è il divieto – per così dire – generale ed astratto, posto dall'art. 329, comma 1, c.p.p., il quale sancisce che “gli atti di indagine compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria sono coperti dal segreto fino a quando l'imputato non ne possa avere conoscenza e, comunque, non oltre la chiusura delle indagini preliminari”. E' bene ricordare che attraverso questa disciplina si è passati dalla segretezza “di fase” a quella “di atti”, passaggio che si è reso necessario per trovare un punto di equilibrio tra le esigenze investigative e quelle difensive: mentre la se-

¹ In argomento, v. per tutti F. PALAZZO, *Tutela penale del segreto processuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 542.

² Ha delineato per primo tale distinzione G.D. PISAPIA, *Il segreto istruttorio nel processo penale*, Milano, 1960, p. 129.

gretezza “di fase” si estendeva a tutta la fase istruttoria, escludendo la conoscibilità degli atti nei confronti di tutti i soggetti diversi da coloro che in ragione del proprio ufficio risultavano legittimati a conoscerli, e quindi escludendo la conoscibilità anche nei confronti dell’indagato e del difensore, con conseguente compromissione del diritto di difesa, la segretezza “di atti” ha consentito e consente di limitare la segretezza a tutti quegli atti che non sono conoscibili dall’indagato e dal difensore e quindi di far cadere il segreto proprio nel momento in cui gli atti divengono conoscibili dalle parti³. Detto diversamente, si è passati da una segretezza “assoluta”, in quanto nella fase istruttoria il segreto non cadeva mai risultando tutti gli atti inconoscibili, a una segretezza “relativa”, in quanto adesso già durante le indagini preliminari il segreto cade proprio nel momento in cui gli atti diventano conoscibili dall’indagato. Non solo, ma tale passaggio ha consentito anche di dare un certo spazio al diritto di cronaca già durante le indagini, in quanto, nel momento in cui l’atto non è più coperto dal segreto, esso diventa, nei limiti che vedremo, pubblicabile.

In secondo luogo, la disciplina processuale pone due ulteriori divieti di rivelazione che scattano allorché il pubblico ministero abbia esercitato il potere di c.d. segretezza. Da un lato, l’art. 329, comma 3, lett. a), c.p.p. sancisce che “anche quando gli atti non sono più coperti dal segreto a norma del comma 1, il pubblico ministero, in caso di necessità per la prosecuzione delle indagini, può disporre con decreto motivato l’obbligo del segreto per singoli atti, quando l’imputato lo consente o quando la conoscenza dell’atto può ostacolare le indagini riguardanti altre persone”. Dall’altro lato, l’art. 391-*quinquies*, comma 1, c.p.p. sancisce che “se sussistono specifiche esigenze attinenti all’attività di indagine, il pubblico ministero può, con decreto motivato, vietare alle persone sentite di comunicare i fatti e le circostanze oggetto dell’indagine di cui hanno conoscenza”. Pur derivando entrambi i divieti dal potere di segretezza del pubblico ministero, si tratta tuttavia di divieti molto diversi tra di loro, perché mentre il primo (ri)estende il segreto “ad atti” rispetto ai quali esso risulta già caduto, il secondo riguarda atti già segreti *ex art. 329 c.p.p.*, rispetto ai quali la segretezza viene estesa anche ai contenuti dell’atto⁴.

Sul piano sostanziale, a presidio di questa disciplina sono previste tre fattispecie incriminatrici. Anzitutto, la rivelazione dei segreti di cui all’art. 329, commi 1 e 3 lett. a), c.p.p. da parte dei soggetti che ricoprono qualifiche pubblicistiche (pubblico ministero, ufficiali e agenti di polizia giudiziaria, interprete, consulente, perito, segretari, cancellieri e rispettivi eventuali ausiliari) è punita dal delitto di rivelazione dei segreti di ufficio di cui all’art. 326, comma 1, c.p. È opportuno ricordare che tale fattispecie punisce qualsiasi rivelazione, anche quando la notizia è stata appresa dal soggetto in termini del tutto occasionali, ma pur sempre in qualche modo connessi alla funzione, o addirittura abusivamente⁵. In secondo luogo, l’art. 379-*bis*, parte prima, c.p. punisce chiunque rivela indebitamente notizie segrete concernenti un procedimento penale, da lui apprese per avere partecipato o assistito ad un atto del procedimento stesso (persone informate sui fatti), con la conseguenza che questa fattispecie estende l’incriminazione della rivelazione di notizie segrete di cui all’art. 329, commi 1 e 3 lett. a), c.p.p. anche a soggetti che, essendo sforniti della qualifica soggettiva, ma avendo appreso segreti in ragione della assistenza o partecipazione a un atto, non potrebbero rispondere del reato proprio di cui all’art. 326 c.p. Infine, la rivelazione dei segreti di cui all’art. 391-*quinquies*, comma 1, c.p.p., è punita espressamente dalla seconda parte dell’art. 379-*bis*, c.p.⁶.

In ordine alla pubblicazione degli atti coperti dal segreto, sul piano processuale, il divieto è posto dall’art. 114, comma 1, c.p.p., il quale sancisce che “è vietata la pubblicazione, anche parziale o per riassunto, con il mezzo della stampa o con altro mezzo di diffusione, degli atti coperti dal segreto o anche solo del loro contenuto”. Da questa disposizione si ricava che rispetto agli atti coperti dal segreto investigativo di cui all’art. 329 c.p.p. esiste un divieto di pubblicazione che può definirsi assoluto, in quanto non è consentita né la pubblicazione totale, né quella parziale, né quella per riassunto, risultando vietata la pubblicazione anche del solo contenuto: insomma, degli atti coperti da segreto, stando alla lettera della legge, si può dare solo l’informazione del loro compimento.

³ Sul punto, v. l’ampia ricostruzione di F. MOLINARI, *Il segreto investigativo*, Milano, 2003, p. 63 ss.

⁴ F. GRISOLIA, *Art. 329*, in A. GIARDA-G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, vol. II, V. ed., Milano, 2017.

⁵ M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, 3. ed., Milano, 2013, pp. 344 s.

⁶ Per un quadro complessivo sulla fattispecie di cui all’art. 379-*bis* c.p., v. per tutti G. PIFFER, *I delitti contro l’amministrazione della giustizia. I delitti contro l’attività giudiziaria*, in G. MARINUCCI-E. DOLCINI (diretto da), *Trattato di diritto penale, parte speciale*, vol. IV, tomo I, Milano, 2005, p. 790 ss.

Sul piano sostanziale, il divieto di pubblicazione è presidiato dalla fattispecie di cui all'art. 684 c.p., il cui tenore letterale si attaglia perfettamente a quanto disposto dall'art. 114, comma 1, c.p.p., in quanto punisce "chiunque pubblica in tutto o in parte, anche per riassunto o a guisa di informazione, atti o documenti di un procedimento penale, di cui sia vietata per legge la pubblicazione"⁷.

1.2.

La tutela del segreto c.d. esterno.

Per quanto riguarda il segreto c.d. esterno, posto che la rivelazione di atti non più coperti da segreto, vale a dire noti e accessibili alle parti e quindi acquisibili e conoscibili da "chiunque vi abbia interesse" (su questo punto avremo modo di tornare in seguito), risulta lecita sul piano processuale e quindi anche su quello sostanziale, la pubblicazione conosce invece alcuni divieti processuali la violazione dei quali viene punita.

Sul piano processuale, il divieto di pubblicazione di atti non più coperti dal segreto è posto dall'art. 114, commi 2, 3 e 7. Rinviando al contributo del prof. Renzo Orlandi per una disamina dettagliata di questa disciplina⁸, qui ci interessa evidenziare che il secondo comma pone un divieto generale di pubblicare gli atti che risultano comunque conoscibili: "è vietata la pubblicazione anche parziale, degli atti non più coperti dal segreto fino a che non siano concluse le indagini preliminari ovvero fino al termine dell'udienza preliminare". Il terzo comma pone un divieto di pubblicazione solo per quegli atti che – una volta chiusa la fase preliminare del processo – sono collocati nel fascicolo del pubblico ministero, con la conseguenza che sono pubblicabili quelli destinati al fascicolo del dibattimento e quelli che pur presenti nel fascicolo del pubblico ministero sono occasionalmente usati in dibattimento (si pensi a quelli usati ai fini delle contestazioni nell'esame dei testimoni o delle parti).

Stando al tenore di queste due disposizioni si dovrebbe concludere che esse pongano due divieti assoluti. Tuttavia, i commi due e tre dell'art. 114 devono essere letti assieme al settimo comma che permette di delineare con esattezza la portata di tali divieti, la quale in realtà, non è assoluta, ma – per così dire – relativa. Il settimo comma infatti sancisce che "è sempre consentita la pubblicazione del contenuto di atti non coperti dal segreto". Ciò significa che per gli atti non più coperti da segreto non è consentita né la pubblicazione totale, né quella parziale, mentre è consentita per l'appunto la pubblicazione del solo contenuto.

La fattispecie sostanziale a presidio del divieto di pubblicazione di atti non più coperti dal segreto è ancora una volta quella prevista dall'art. 684 c.p., il cui tenore letterale, a ben vedere, stavolta non si attaglia perfettamente a quanto disposto dall'art. 114, comma 7, c.p.p., perché la pubblicazione del contenuto legittima per la disciplina processuale, sembra coincidere proprio con la pubblicazione "per riassunto o a guida di informazione", interdetta dalla fattispecie incriminatrice. Tuttavia quest'ultima è pacificamente interpretata recependo la disciplina processuale.

1.3.

Una breve sintesi.

In estrema sintesi, il quadro della disciplina vigente in tema di segreto processuale, può essere così delineato. Privilegiando l'angolo visuale processuale delle dinamiche del segreto sugli atti, fino a quando gli atti di indagine non sono conoscibili (art. 329, comma 1, c.p.p.) o pur essendo conoscibili o noti restano coperti dal segreto disposto dal pubblico ministero (art. 329, comma 3, lett. a) e art. 391-quinquies c.p.p.), v'è un divieto assoluto di rivelazione, la cui violazione è punibile dalle fattispecie di cui agli artt. 326 e 371-*bis* c.p., come anche un divieto assoluto di pubblicazione (art. 114, comma 1, c.p.p. in combinato con l'art. 329 c.p.p.), la cui violazione è punita dall'art. 684 c.p. Quando gli atti di indagine sono noti o comunque conoscibili, cade il segreto e quindi viene meno il divieto di rivelazione, ma permane un divieto di pubblicazione che tuttavia risulta "relativo" (art. 114, commi 2, 3, 7 c.p.p.), ma sempre punibile ai sensi dell'art. 684 c.p.

⁷ Per un quadro complessivo della fattispecie, cfr. G. de Vero, *Pubblicazioni arbitrarie*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, p. 935 ss; A. LAGO, *Art. 684*, in E. DOLCINI-L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, 4. ed., tomo I, Milano, 2015, p. 1577 ss.

⁸ R. ORLANDI, *La giustizia penale nel gioco di specchi dell'informazione*, in *Questa rivista*, n. 3/2017, p. 9 ss.

Privilegiando l'angolo visuale sostanziale dei comportamenti vietati, il divieto di rivelazione riguarda solo gli atti coperti da segreto e viene meno con la caduta del segreto, quando cioè l'atto diventa conoscibile (artt. 326 e 371-*bis* c.p.). Il divieto di pubblicazione riguarda sia gli atti coperti da segreto sia quelli rispetto ai quali il segreto è caduto in quanto conoscibili, ma mentre il divieto concernente gli atti coperti da segreto è assoluto, quello concernente gli atti non più coperti da segreto è "relativo". Tale distinzione tuttavia non rileva perché entrambe le pubblicazioni sono punite dall'art. 684 c.p.

2.

La rivelazione di atti coperti dal segreto investigativo.

Da un punto di vista rigorosamente giuridico, il rapporto che intercorre tra la fattispecie di rivelazione del segreto di cui all'art. 326 c.p. e l'informazione, vale a dire le condotte del giornalista, è – per così dire – soltanto eventuale, nel senso che il giornalista può rispondere di rivelazione esclusivamente come soggetto *extraneus*, ma concorrente, allorché pone in essere le condotte di istigazione o determinazione o accordo con l'intraneo qualificato al fine di ricevere l'atto. Con la conseguenza che se il giornalista si limita a ricevere la notizia, il suo comportamento è penalmente irrilevante, mentre l'eventuale pubblicazione, se rispetto alla fattispecie di rivelazione del segreto costituisce un mero *post factum*, rispetto a quella di pubblicazione arbitraria di cui all'art. 684 c.p., costituisce un comportamento penalmente rilevante⁹.

Da un punto di vista – per così dire – empirico-fattuale, invece, il rapporto che intercorre tra le condotte di rivelazione e informazione è molto stretto, in quanto va da sé che la rivelazione costituisce un passaggio prodromico essenziale rispetto alla pubblicazione. Anzi, se si va a scandagliare un po' più a fondo il fenomeno della rivelazione alla stampa di notizie coperte dal segreto ci si rende conto che tali fatti vengono di solito posti in essere all'interno di una dinamica relazionale tra magistratura/polizia giudiziaria e giornalista che presenta quanto meno caratteri opachi¹⁰. Quello che si vuol dire è che, da un lato, la fattispecie incriminatrice viene realizzata sulla base di un rapporto di "fiducia/fedeltà" che intercorre tra chi rivela la notizia e chi la riceve, rapporto sul quale avremo modo di tornare più avanti (v. *infra*, § 4.1). Dall'altro lato, sulla realizzazione della fattispecie, al netto delle ipotesi di concorso, vengono comunque a convergere e a incontrarsi interessi strumentali che vanno – per così dire – al di là della stessa fattispecie. Chi rivela agisce infatti in vista della pubblicazione allo scopo di trovare una sorta di legittimazione "esterna" al proprio operato da radicare nell'opinione pubblica o addirittura per aprire un dibattito pubblico destinato a creare quanto meno una iniziale turbolenza sull'immagine pubblica dei soggetti coinvolti; chi invece è titolare del "potere" di pubblicazione non può che essere disposto a ricevere la rivelazione, non solo in virtù di un indiscutibile interesse all'informazione, ma più spesso per "non bucare la notizia" in un contesto di concorrenza tra mezzi di comunicazione.

Vera la sussistenza di questo rapporto strumentale e strumentalizzabile tra rivelazione e pubblicazione, è anche vero che si tratta di due fenomeni che devono rimanere distinti. Anticipando alcune considerazioni che svilupperemo meglio in seguito (v. *infra*, § 3), si deve osservare, infatti, non solo che l'interesse investigativo risulta offeso soprattutto dalla condotta di rivelazione piuttosto che dalla pubblicazione, essendo la pubblicazione di un atto coperto da segreto investigativo capace di pregiudicare gli interessi investigativi soltanto in termini eventuali, risultando semmai offensivo di interessi diversi legati alla "dignità" dei soggetti coinvolti; ma soprattutto si deve osservare che la condotta di pubblicazione di notizie coperte da segreto, proprio perché consistente nella pubblicazione, fa venire in gioco l'interesse all'informazione: in sostanza, mentre rispetto alla condotta di rivelazione non risulta possibile individuare un controinteresse il cui apprezzamento può condurre alla liceità del fatto, rispetto alla pubblicazione, pur avendo ad oggetto ciò che si è appreso dal soggetto infedele, viene comunque in gioco la libertà del diritto di cronaca.

⁹ Per un aggiornato quadro complessivo su questi aspetti, v. S. TURCHETTI, *Cronaca giudiziaria e responsabilità penale del giornalista*, Roma, 2014, p. 117 ss.

¹⁰ In argomento, v. per tutti G. GIOSTRA, *Processo penale e mass media*, in *Criminalia*, 2007, p. 62 ss.; e più diffusamente, ID., *Processo penale e informazione*, Milano, 1989, *passim*.

2.1.

Alcune proposte per il rafforzamento del contrasto alla rivelazione dei segreti di ufficio.

Ecco allora che per impostare correttamente un ragionamento sul rapporto che intercorre tra la tutela del segreto investigativo compromesso dalla rivelazione e l'informazione, occorre distinguere diversi profili.

Anzitutto, ci si deve rendere conto che l'esigenza di un eventuale rafforzamento della tutela del segreto investigativo da comportamenti di rivelazione si pone già a prescindere dai rapporti che intercorrono tra giustizia penale e informazione, in quanto ogni volta che c'è una rivelazione del segreto investigativo, il segreto è violato e le esigenze investigative compromesse proprio perché connesse alla segretezza. Certo, soprattutto se proveniente dai vertici di un'indagine, è difficile immaginare una rivelazione nella consapevolezza che la violazione del segreto possa poi pregiudicare le indagini, ma la tutela è prevista ed è diretta proprio riguardo a quelle ipotesi in cui si creano le vere e proprie "fughe di notizie" che nel compromettere la segretezza frustrano di per sé le esigenze investigative.

Stando così le cose, in una prospettiva di riforma c'è da chiedersi allora se, per quanto riguarda i soggetti che ricoprono qualifiche pubblicistiche, non si possa prevedere una fattispecie *ad hoc* concernente la rivelazione dei segreti investigativi con un trattamento sanzionatorio più affittivo. Se è vero, com'è vero, che tra tutte le funzioni pubbliche quella giudiziaria presenta delle sue peculiarità, in quanto svolge la fondamentale funzione di "chiudere" il sistema dei poteri pubblici mediante l'imparzialità, è anche vero che i comportamenti disfunzionali finiscono per compromettere proprio questa funzione assai diversa da quella legislativa o amministrativa. E non è un caso che all'interno del nostro ordinamento sia stata prevista una fattispecie *ad hoc* per la corruzione in atti giudiziari. Inoltre, sempre a differenza delle altre funzioni pubbliche, il buon andamento dell'attività giudiziaria investigativa finisce per dipendere interamente dalla segretezza, che rappresenta una sorta di presupposto – per così dire – assolutamente imprescindibile.

Non solo, ma se si volesse colpire davvero il disvalore dei fatti di rivelazione, scopo di un eventuale riforma potrebbe essere quello di stringere la responsabilità attorno a coloro che alla fin fine sono da considerarsi i veri "custodi" del segreto, vale a dire coloro che rivelano le notizie apprese per ragioni di ufficio e di servizio: sia perché, anche da un punto di vista quantitativo, risultano essere gli autori delle indagini i primi responsabili della violazione del segreto; sia perché, e soprattutto, sono proprio loro che, in quanto autori delle indagini e veri custodi del segreto, hanno il dovere di mantenerlo. In sostanza, una rivelazione da parte del custode del segreto in quanto autore delle indagini presenta un disvalore maggiore rispetto a quella realizzata da un soggetto sempre tenuto al segreto, ma non titolare dell'attività connessa al segreto. Con la conseguenza che, mentre nella versione attuale, l'art. 326 c.p. punisce qualsiasi rivelazione proveniente da soggetti qualificati, sia quando la notizia è stata appresa per ragioni di ufficio e di servizio, sia quando la notizia è stata appresa dal soggetto in termini del tutto occasionali o abusivamente, ma pur sempre in qualche modo connessi alla funzione, attraverso un nuova fattispecie *ad hoc* con trattamento sanzionatorio più affittivo si potrebbero colpire proprio quelle rivelazioni del segreto investigativo realizzate da soggetti che hanno appreso le notizie in ragione dell'ufficio e del servizio.

Per converso, proprio per le ragioni suddette, si deve ritenere sufficiente la vigente tutela del segreto investigativo apprestata contro la rivelazione realizzata da coloro che non ricoprono qualifiche soggettive ed hanno partecipato o assistito agli atti del procedimento (art. 379-*bis*, parte prima, c.p.).

In secondo luogo, se dal lato del giornalista che riceve la notizia, un rafforzamento della tutela dai comportamenti di rivelazione in vista della pubblicazione risulterebbe distonico per le ragioni già viste, al contrario, dal lato di chi rivela, tale rafforzamento in vista della pubblicazione potrebbe avere una sua plausibilità. E in questa prospettiva, nulla impedirebbe di prevedere addirittura una circostanza aggravante nell'ipotesi in cui la rivelazione sia stata compiuta al fine della pubblicazione oppure, in termini preferibilmente più oggettivi, nell'ipotesi in cui la notizia sia stata pubblicata.

Infine, ma per certi aspetti potremmo dire soprattutto, un contrasto ai comportamenti di rivelazione potrebbe essere realizzato provando a incidere su quel rapporto se non impuro, comunque opaco che, come abbiamo visto in precedenza, si viene a creare tra funzionari pubblici

e stampa. Da un lato, infatti, si deve avere la consapevolezza di quanto sia difficile ed altamente improbabile perseguire efficacemente i reati di rivelazione del segreto investigativo, anche per la sola ragione che autori delle indagini e indagati appartengono – per così dire – alla stessa categoria: insomma la tutela penale tende ad essere nella sostanza ineffettiva, tanto da far parlare addirittura di desuetudine rispetto alle norme che tutelano il segreto investigativo, a causa della loro generalizzata disapplicazione¹¹. Dall'altro lato, solo se si frappongono ostacoli alla creazione di stretti rapporti tra magistratura e stampa, si può impedire il formarsi di quell'*humus* fertile sul quale poi si innestano le rivelazioni criminose. E come vedremo in seguito (v. *infra*, § 4.1), le cause che agevolano la creazione di rapporti siffatti risiedono anche, e forse soprattutto, nel modo in cui sono attualmente disciplinati o comunque operano nella prassi i canali di accesso a quelle notizie che non sono più coperte dal segreto¹². Se infatti rispetto alle notizie coperte dal segreto c'è la tendenza ad aprire la porta dall'interno per consegnarle nelle mani dei fidati giornalisti, rispetto alle notizie non più coperte dal segreto, e quindi già fuori dalla porta, c'è la tendenza a frapporre ostacoli per impedire che ci sia un accesso "paritario". Ma dove manca un accesso trasparente e paritario proliferano rapporti torbidi, basati su relazioni personali e su logiche che possono essere anche di scambio. Con la conseguenza che soltanto una riforma che vada a modificare questa disciplina e queste prassi può contribuire a stroncare in radice quei rapporti torbidi tra magistratura e stampa da cui possono poi scaturire le rivelazioni.

3. La pubblicazione di atti coperti dal segreto investigativo.

Come accennato, nel momento in cui gli atti coperti da segreto vengono pubblicati, il rapporto tra giustizia penale e informazione si fa – per così dire – più diretto e stringente, in quanto la condotta di pubblicazione viene realizzata dal giornalista violando il divieto assoluto posto dall'art. 114, comma 1, c.p.p., con conseguente integrazione della fattispecie di cui all'art. 684 c.p.

Preliminarmente, occorre precisare cosa si intende per atto coperto dal segreto. Sul tema si può ritenere che sono ormai condivisi i seguenti punti fermi¹³: il segreto investe non solo le attività degli organi di indagine, ma anche la documentazione, e cioè non solo il comportamento umano che concretizza l'atto, ma anche la rappresentazione di tale comportamento; inoltre, il segreto si estende a tutti gli atti diretti al reperimento e all'assicurazione delle fonti di prova (es. sommarie informazioni testimoniali; il contenuto delle intercettazioni telefoniche prima del deposito in cancelleria del Pubblico Ministero) ed a quelli che sono strumentali a tali atti (si pensi alla ricezione della notizia di reato e a tutte le richieste di autorizzazione a disporre una misura cautelare personale o patrimoniale o l'accompagnamento coattivo), mentre non si estende agli atti del tutto estranei al reperimento e all'assicurazione delle fonti di prova, anche perché di regola conoscibili dalla persona sottoposta alle indagini (si pensi all'iscrizione nel registro delle notizie di reato; all'informazione di garanzia; ai verbali di interrogatorio dell'indagato). Altro problema che si pone, e lo vedremo in seguito (v. *infra*, § 4.2), è se questi ultimi atti, che si definiscono *ab initio* non segreti, possano essere pubblicati interamente proprio perché non coperti dal segreto oppure debbano essere parificati agli atti rispetto ai quali il segreto è caduto, risultando quindi pubblicabili solo per contenuto.

Al contrario, risultano particolarmente controversi gli atti del G.i.p. che consistono nei provvedimenti di autorizzazione: se da un lato, infatti, tutti questi atti sono posti in essere da un soggetto diverso dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria (risultando così "soggettivamente" esclusi dall'art. 329, comma 1, c.p.p.), dall'altro lato, alcuni di essi possono essere strumentali al reperimento e all'assicurazione delle fonti di prova (si pensi al provvedimento che autorizza, nega, proroga o convalida le intercettazioni telefoniche richieste o disposte dal pubblico ministero oppure a quello che accoglie l'opposizione della persona offesa alla richiesta del p.m. di archiviazione). Peraltro, posto che risulta funzionalmente inevitabile che quelli strumentali alla prova siano coperti dal segreto, rispetto agli altri atti (si pensi ai provvedimenti

¹¹ G. GIOSTRA, *Processo penale e mass media*, cit., p. 62; F. PALAZZO, *Tutela penale del segreto processuale*, cit., p. 542.

¹² Spunti in tal senso in L. FERRARELLA, *Il "giro della morte": il giornalismo giudiziario tra prassi e norme*, in *Questa rivista*, n. 3/2017, p. 6 ss.

¹³ Per una efficace sintesi v. per tutti G.P. VOENA, *Art. 114*, in A. GIARDA-G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, vol. I, V. ed., Milano, 2017.

di autorizzazione delle misure cautelari personali o patrimoniali) torna a porsi poi il problema se essi non debbano essere trattati quanto meno come gli atti non più coperti dal segreto.

3.1.

La problematica giustificazione del divieto assoluto di pubblicazione.

Ciò chiarito, rispetto al divieto di pubblicazione degli atti coperti dal segreto, il problema principale che si pone riguarda la giustificazione della sua assolutezza.

Secondo l'opinione dominante, tale assolutezza si giustifica in virtù della tutela dell'interesse investigativo che starebbe dietro alla notizia coperta dal segreto, venendo così assimilata la pubblicazione alla rivelazione degli atti coperti da segreto¹⁴. Se, da un lato, è vero che, a rigore, non si può più parlare di autentica "segretezza processuale" per la semplice ragione che, in assenza di un concorso, il giornalista pubblica quanto appreso da un soggetto infedele al suo obbligo funzionale, risultando il suo comportamento obiettivamente corrispondente ad un interesse all'informazione, tuttavia, dall'altro lato, è anche vero che permane una sorta di interesse investigativo "sostanziale" a che la notizia non sia divulgata. Anche perché è indubbio che la pubblicazione di una notizia coperta dal segreto può raggiungere soggetti concorrenti nel reato o autori di reati collegati non ancora "attinti" dalle indagini, con la conseguenza che questi soggetti, venendo a conoscenza delle risultanze acquisite, sono posti in grado di compromettere l'interesse investigativo. In questa prospettiva, quindi, la condotta di pubblicazione di atti coperti dal segreto può pregiudicare o comunque mettere in pericolo gli interessi investigativi. E proprio in ragione di questo interesse così significativo, la libertà di cronaca che può essere opposta all'interesse investigativo finisce per soccombere.

Questa impostazione ha ricevuto un avallo dalla Corte costituzionale nelle due sentenze n. 18/1966 e n. 18/1981 in cui, affrontando proprio la questione della legittimità costituzionale di un divieto assoluto di pubblicazione che comprime il diritto di cronaca (concernente gli atti non più coperti da segreto e a maggior ragione valido per quelli ancora coperti da segreto), ha concluso nel senso della legittimità di siffatta disciplina¹⁵. Le questioni sono state prospettate in buona sostanza in termini di irragionevolezza, osservando come mentre le condotte di rivelazione da parte di "privati" sono considerate dall'ordinamento penalmente irrilevanti, quelle di pubblicazione sono invece punite, con la conseguenza che ciò che si pone è una esclusiva limitazione alla libertà di stampa. La Corte costituzionale ha tuttavia negato siffatta irragionevolezza e disparità individuando nella condotta di pubblicazione una capacità offensiva delle indagini che invece risulta assente nella rivelazione: «non si può disconoscere che una differenziata disciplina fra il segreto istruttorio e la divulgazione di notizie a mezzo stampa si rende necessaria per il fatto che la rivelazione assume una diversa rilevanza giuridica a seconda del mezzo usato. Se attuata quasi privatamente, da persona a persona, rimane circoscritta in un campo limitato e con limitata possibilità di effetti dannosi; se diffusa invece a mezzo stampa, con immediatezza e praticamente senza limiti di spazio, può apportare effetti ben più gravi sul corso delle indagini istruttorie sulla raccolta delle prove e sulla ricerca della verità. Infatti, gli interessati, venendo a conoscenza delle risultanze acquisite, sono posti in grado di opporre elementi artificiosi, e di rappresentare fatti non veri. Ed è ovvio che, allorquando la stampa produce effetti antiggiuridici, finisce col non assolvere più la funzione sociale che le è propria, di offrire cioè al pubblico informazioni obiettive quando questa non siano pregiudizievoli per i suindicati interessi»¹⁶.

Il modo di ragionare della Corte ha senza dubbio una sua plausibilità nel momento in cui individua un indiscutibile pericolo per le indagini allorquando vengono pubblicati atti coperti dal segreto. D'altra parte, c'è da chiedersi se rispetto a questo scopo di tutela abbia comunque senso un divieto assoluto di pubblicazione. A ben vedere, infatti, un divieto assoluto si fonda su una sorta di presunzione assoluta di pregiudizio alle indagini che tuttavia può essere contraddetta dalla situazione concreta ovvero, detto diversamente, la capacità offensiva della condotta di pubblicazione rispetto alle indagini in corso è soltanto eventuale.

A dimostrazione di quanto affermato può tornare utile una comparazione con la condotta di "rivelazione di atti coperti dal segreto" (rivelati dal funzionario pubblico) realizzata dal

¹⁴ V. per tutti F. MOLINARI, *Il segreto investigativo*, cit., 78 ss.

¹⁵ Corte cost., sentenza 3 marzo 1966, n. 18; Corte cost., sentenza 29 gennaio 1981, n. 18.

¹⁶ Corte cost., sentenza 29 gennaio 1981, n. 18.

“privato”. Tale condotta, infatti, non è penalmente irrilevante in termini assoluti, ma soltanto se non integra gli estremi della fattispecie di favoreggiamento, con la conseguenza che una “rivelazione del segreto” da privato a privato dove tuttavia quest’ultimo risulta essere agevolato, integra la fattispecie di favoreggiamento personale di cui all’art. 378 c.p. Se questo è vero, allora, anche riguardo alla pubblicazione si dovrebbe ragionare in modo analogo e cioè affermare che essa è penalmente rilevante nel momento in cui si realizza un vero e proprio pregiudizio alle indagini, come nel caso in cui la notizia giunga a soggetti che potrebbero essere attinti dalle indagini.

In buona sostanza, se si muove dall’idea che il disvalore della pubblicazione si incentra sull’interesse investigativo, da un lato, risulta eccessivo paragonare la responsabilità del giornalista a quella di chi rivela il segreto e quindi identificare nella sostanza tale interesse con il segreto processuale al quale il giornalista è estraneo; dall’altro lato, risulta plausibile differenziare la responsabilità del giornalista da quella di chi rivela e quindi distinguere l’interesse investigativo dal segreto processuale, ma a questo punto l’offesa all’interesse investigativo dovrebbe essere valutata di volta in volta in concreto dal giudice.

Se così stanno le cose, si potrebbe ipotizzare una soluzione diversa, volta ad assimilare la pubblicazione degli atti coperti dal segreto a quella degli atti non più coperti dal segreto. In questa prospettiva, la condotta di pubblicazione, al pari di quella di rivelazione realizzata dal privato, risulterebbe lecita, in virtù del diritto di cronaca. Tuttavia tale diritto troverebbe due limiti: da un lato, l’interesse della reputazione, che verrebbe offeso nel momento in cui il diritto di cronaca è esercitato in assenza dei requisiti che lo rendono legittimo (interesse pubblico, verità, continenza); dall’altro lato, l’interesse investigativo, che invece risulterebbe offeso ogni volta che la pubblicazione determina un effettivo pregiudizio per le indagini.

D’altra parte, sotto quest’ultimo profilo, si pone il problema che mentre la condotta di rivelazione da parte del privato è coperta dalla fattispecie di favoreggiamento, la condotta di pubblicazione difficilmente potrà integrare tale fattispecie, anche perché, nella stessa ipotesi in cui la pubblicazione abbia finito col fornire a determinati soggetti un effettivo aiuto a eludere le investigazioni o a sottrarsi alle ricerche dell’autorità giudiziaria, l’imputazione di favoreggiamento risulta esclusa non solo per le modalità della condotta, ma soprattutto sul piano soggettivo del dolo. Ecco allora che si potrebbe pensare a una fattispecie incriminatrice *ad hoc* che punisca quella pubblicazione di atti coperti dal segreto che “colposamente” è in grado di “aiutare” soggetti potenzialmente coinvolti nelle indagini, realizzando così un effettivo pregiudizio alle indagini da accertare in concreto da parte del giudice. Fattispecie a dire il vero di non agevole formulazione sul piano tecnico.

Una soluzione del genere, diretta a far prevalere “in concreto” il diritto di cronaca sull’interesse delle indagini (come anche sugli interessi privati), allorquando cioè non vi sia un pregiudizio effettivo alle indagini (e agli interessi privati), sembra essere prospettata anche dalla Corte europea dei diritti dell’uomo¹⁷. Nella maggior parte dei casi in cui si è trovata a giudicare la condanna da parte di uno Stato di un giornalista per violazione del segreto investigativo, la Corte ha sempre individuato un’ingerenza sproporzionata nel suo diritto alla libertà di espressione. Non solo, ma nei pochi casi in cui la Corte ha ritenuto legittima la condanna dello Stato, lo ha fatto non in virtù della violazione del segreto, ma perché riscontrava la violazione di altri interessi privati per mancanza di interesse pubblico o toni scandalistici, con conseguente offesa della riservatezza e della presunzione di innocenza¹⁸.

In particolare, le argomentazioni usate per negare la prevalenza dell’interesse del segreto sul diritto di cronaca sono essenzialmente due. Da un lato, si è osservato che la stessa segretezza processuale non può giustificare divieti di pubblicazione generali ed assoluti riguardanti tutti i tipi di pubblicazione, in quanto tali divieti si conciliano difficilmente con il diritto alla libertà di espressione: «in effetti, questa automaticità, fondata su un’infrazione in cui la pericolosità è presunta, impedisce al giudice di procedere alla messa in bilanciamento degli interessi protetti dall’art. 10 della Convenzione»¹⁹. In altre parole, davanti alla prevalenza dell’interesse alla segretezza fatta valere dai Governi, la Corte «sottolinea che il ruolo del giornalista è

¹⁷ Corte EDU, 28 novembre 2011, Pinto Cohelo c. Portugal, n. 28439/08; Corte EDU, 19 gennaio 2010, Laranjeira Marques Da Silva c. Portugal, n. 16983/06; Corte EDU, 24 luglio 2008, Campos Dâmaso c. Portugal, n. 17707/05; Corte EDU, 12 novembre 2007, Dupuis c. France, n. 1914/02

¹⁸ Corte EDU, 6 giugno 2017, Y c. Suisse, n. 22998/13; Corte EDU, 1° giugno 2017, Giesbert c. France, n. 68974/11; Corte EDU, 24 novembre 2005, Turançeau e Julie c. France, n. 53886/00.

¹⁹ Corte EDU, 28 novembre 2011, Pinto Cohelo c. Portugal, cit., § 40.

precisamente d'informare e d'allertare l'opinione pubblica sugli accadimenti sociali»²⁰. Senza considerare, poi, che la pubblicazione degli atti può essere strumentale alla credibilità dell'informazione data²¹. Dall'altro, e conseguentemente, si è fatto leva proprio sul mancato accertamento di un concreto pregiudizio per le indagini in corso²².

Vero questo, è anche vero che nella pubblicazione di atti coperti dal segreto si avverte comunque un qualcosa di distonico e disfunzionale, in quanto la persona coinvolta nelle indagini finisce per apprendere dell'esistenza dell'atto e del suo contenuto non dagli organi investigativi e dagli atti ufficiali, bensì attraverso organi di stampa e documenti "privati". E tale "anticipazione" non è del tutto priva di conseguenze: non tanto sul piano della reputazione, né su quello dell'interesse investigativo, quanto piuttosto perché il soggetto non è posto nelle condizioni di poter compiutamente reagire a un'informazione mediatica in assenza della piena conoscenza dell'atto stesso. Si potrebbe parlare di una tutela del segreto non in funzione delle indagini, ma in funzione – per così dire – del diritto di difesa, in virtù dell'esistenza di un interesse a che il cittadino sia informato dagli organi pubblici in ordine alle indagini che si svolgono nei suoi confronti. Insomma, si viene a creare una sorta di *vulnus* al giusto processo e al diritto di difesa perché si determina uno spostamento delle dinamiche processuali dalla sede del processo ordinario a quella parallela e distonica di tipo mediatico, ponendo l'indagato in una posizione di assoluta inferiorità a causa della mancanza di una compiuta conoscenza. A conferma di ciò si può osservare che se il segreto cade nel momento in cui l'indagato e la difesa sono posti in condizione di conoscere l'atto, per converso esso permane fino a quando l'indagato e la difesa non sono posti nella condizione di poter conoscere l'atto.

In questa prospettiva, allora potrebbe trovare giustificazione un divieto assoluto di pubblicazione degli atti coperti dal segreto, la cui violazione potrebbe essere punita in termini meno afflittivi della rivelazione e in termini più afflittivi dell'attuale pubblicazione arbitraria. Non solo, ma se si considera che la pubblicazione può poi comunque offendere in concreto l'interesse investigativo, si potrebbe prevedere un aggravamento di pena nell'ipotesi in cui si accerti che la stessa ha anche "colposamente" determinato un danno effettivo alle indagini.

4.

La pubblicazione di atti non più coperti dal segreto.

Il rapporto tra giustizia penale e informazione si fa ancora più diretto e stringente in presenza della pubblicazione di atti non più coperti da segreto, quando cioè le notizie sono conosciute dalle parti e quindi nella sostanza conoscibili da tutti.

Qui occorre distinguere due problematiche senza dubbio differenti ma alla fin fine strettamente connesse. Da un lato, si pone il tema della c.d. *discovery*, vale a dire la questione dei canali di accesso alle notizie non più coperte dal segreto. Dall'altro lato, si pone il vero e proprio tema del "trattamento" della pubblicazione, dove ci si deve interrogare in ordine al disvalore del fatto nonché all'operatività o meno del diritto di cronaca giudiziaria come scriminante.

Che si tratti di temi distinti è piuttosto evidente, in quanto un conto è la questione di come il giornalista possa ottenere le informazioni rispetto alle quali il segreto è caduto, un conto è la questione della liceità o meno (o in che limiti) della pubblicazione da parte del giornalista. Tuttavia si tratta di temi che sono indubbiamente intrecciati. È del tutto agevole osservare infatti che se anche la pubblicazione di atti non più coperti dal segreto risultasse assolutamente vietata, un problema di *discovery* nemmeno si porrebbe. Al contrario, nel momento in cui la pubblicazione è ammessa un problema di *discovery* si pone, non solo perché là dove si può pubblicare si genera l'interesse ad accedere agli atti, ma anche perché, come vedremo subito, la *discovery* è – per così dire – funzionale al diritto di cronaca giudiziaria: se è vero, com'è vero, che la verità che sta alla base di tale scriminante si misura sulla corrispondenza a quanto risulta dagli atti processuali, l'eventuale possibilità per il giornalista di accedere in modo pieno e trasparente agli atti è garanzia di tale verità. Non solo, ma sempre come vedremo meglio in seguito, è proprio la verità che emerge dagli atti nel loro complesso e nella loro completezza che consente al giornalista di svolgere la vera e propria attività di cronaca giudiziaria caratte-

²⁰ Corte EDU, 24 luglio 2008, Campos Dâmaso c. Portugal, cit., § 37.

²¹ Corte EDU, 28 novembre 2011, Pinto Cohelo c. Portugal, cit., § 37; Corte EDU, 12 novembre 2007, Depuis c. France, cit., § 46.

²² Corte EDU, 24 luglio 2008, Campos Dâmaso c. Portugal, cit., § 36; Corte EDU, 12 novembre 2007, Depuis c. France, cit., § 44. In argomento cfr. A. BALSAMO, *Il difficile bilanciamento tra libertà di informazione e tutela del segreto istruttorio: la valorizzazione del parametro della concreta offensività nel nuovo orientamento della Corte europea*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4796 ss.

rizzata da una certa interpretazione–ricostruzione dei fatti, vale a dire diretta ad analizzare gli atti, fare collegamenti, mettere in luce pecche e punti di forza, se non addirittura contraddizioni e lacune.

4.1. *La questione della c.d. discovery. La disciplina vigente e la prassi vivente.*

Per quanto riguarda il tema della *discovery*, il punto dal quale devono muovere le nostre riflessioni è che nel momento in cui l'atto diviene conoscibile dall'indagato o dal suo difensore, esso risulta accessibile da parte di chiunque: ciò è espressamente stabilito dall'art. 116, comma 1, c.p.p., il quale sancisce che "durante il procedimento e dopo la sua definizione, chiunque vi abbia interesse può ottenere il rilascio a proprie spese di copie, estratti o certificati di singoli atti". D'altra parte, mentre il rilascio alle parti private e alla persona offesa, che sono titolari di un diritto di deposito degli atti, non è soggetto ad alcuna autorizzazione, al contrario il rilascio a persone diverse è soggetto ad autorizzazione da parte del pubblico ministero. Ciò si ricava dalla lettura combinata dell'art. 116, comma 2, c.p.p. con l'art. 43 disp. att. c.p.p. Il primo infatti sancisce che sulla richiesta di rilascio provvede il pubblico ministero che procede al momento della presentazione della domanda; il secondo precisa che "l'autorizzazione prevista dall'art. 116, comma 2 del codice non è richiesta nei casi in cui è riconosciuto espressamente al richiedente il diritto al rilascio di copie, estratti o certificati".

Ma è proprio riguardo all'autorizzazione che sorgono i problemi. Nella pratica accade infatti che il pubblico ministero intenda in senso ampiamente discrezionale il potere attribuitogli, con la conseguenza che egli finisce per essere titolare di un "potere" rispetto al quale il giornalista è nella sostanza del tutto succube²³. Non solo, ma nel momento in cui manca la garanzia di un accesso formalizzato, il giornalista si trova costretto ad adoperarsi per ottenere in via indiretta quello che potrebbe ottenere per via diretta, chiedendo alle parti la possibilità di accedere ai documenti ufficiali che sono in loro possesso.

Questo stato di cose ha una molteplicità di conseguenze su cui è opportuno soffermarsi. Anzitutto, è qui che si vengono a creare quei rapporti opachi tra magistratura e stampa a cui abbiamo già accennato in precedenza (v. *retro*, § 2). Nel momento in cui il giornalista è "in balia" del potere pubblico, nella migliore delle ipotesi si viene a creare una "servizievole" subalternità; nella peggiore giornalista e magistrato possono entrare in una logica di scambio poco edificante.

In secondo luogo, la mancanza di un accesso trasparente e paritario agli atti ostacola, come accennato, la stessa attività di cronaca del giornalista con conseguenze negative anche per il diritto di cronaca. Il giornalista, infatti, non è detto che ottenga tutto quello che dovrebbe ottenere per avere un quadro corrispondente alla realtà, con la triplice conseguenza che: il giornalista può essere oggetto di vere e proprie strumentalizzazioni da parte dei soggetti che sono in possesso dei documenti, i quali fanno filtrare soltanto ciò che è nel loro interesse; aumenta lo spazio per coloro che, in mancanza di una diffusa possibilità di controllo offerta dal possesso "di tutti" delle carte, tendono a "inventarsi" la realtà; risulta molto difficile e complessa la ricostruzione della "verità processuale" che è requisito indispensabile del diritto di cronaca, soprattutto quando il giornalista non si limita a recepire e trasmettere i singoli atti di indagine, ma tende a ricostruire l'intera vicenda processuale mettendo insieme i vari tasselli emergenti dai singoli atti.

4.1.1. *Disamina di alcune proposte di riforma.*

Se tutto questo è vero, appare evidente quanto sia fondamentale ripensare questo sistema mettendo tutti in grado di conoscere.

Non penso che il problema possa essere risolto cambiando il regime del segreto, passando, cioè da un segreto in astratto sugli atti a un segreto in concreto sugli atti, vale a dire a un regime del segreto basato sul potere di segretazione del pubblico ministero. Da un lato, infatti,

²³ R. ORLANDI, *La giustizia penale nel gioco degli specchi dell'informazione*, cit., p. 10 s.

il regime del segreto mi pare essere del tutto inconferente con il problema della *discovery*, per cui anche là dove l'atto viene desegretato in concreto, resta comunque il problema dell'accesso. Dall'altro lato, un regime basato sulla segretazione in concreto presenta non pochi inconvenienti. Ed infatti, nel momento in cui l'atto diviene conoscibile, il pubblico ministero può comunque segretare, con la conseguenza che se non viene compromesso il diritto di difesa, tuttavia viene compromessa la conoscibilità da parte di chiunque. Il rischio è quello che si crei di fatto una fase alla fin fine segreta, conoscibile per l'imputato, ma non all'esterno. Insomma, occorre ribadire quanto detto all'inizio di questo lavoro, e cioè che il sistema della caduta del segreto basato sulla conoscibilità da parte dell'indagato è a garanzia non solo del diritto di difesa, ma a ben vedere anche della accessibilità da parte di soggetti diversi e quindi a garanzia della possibilità di un controllo "esterno" sul potere giudiziario.

Il problema invece può e deve essere risolto cercando di disciplinare e formalizzare i canali di uscita/accesso delle notizie non più coperte dal segreto. Sul punto sono emerse tuttavia posizioni piuttosto articolate.

Anzitutto, si può pensare a una regola che imponga al magistrato (ma soprattutto ai cancellieri) di rilasciare a tutti gli interessati copia degli atti rispetto ai quali è caduto il segreto c.d. interno. In sostanza, si tratterebbe di eliminare la c.d. autorizzazione. Questa soluzione si può esporre tuttavia all'obiezione di un'apertura eccessiva.

In secondo luogo, si può pensare a momenti in cui si viene a creare un momento formalizzato di *discovery* di tutti gli atti rispetto ai quali è caduto il segreto interno, alla quale può partecipare il giornalista: com'è stato proposto dal dott. Luigi Ferrarella nel saggio qui pubblicato, «il giornalista rinunci alla pretesa del "tutto e subito" anche nell'area presidiata da un segreto interno [...] in cambio del fatto che a determinate scadenze temporali e procedurali, molto ravvicinate rispetto allo svolgersi degli avvenimenti e alle singole tappe d'indagine portate a conoscenza degli interessati, egli venga equiparato alle parti coinvolte nel procedimento sotto l'unico profilo dell'essere ammesso a un accesso diretto e legittimo (non da accattone più o meno nobile e più o meno scrupoloso) agli atti del procedimento in tutte le fasi nelle quali sostanzialmente questa circolazione già di fatto esista, sebbene oggi in misura pericolosamente incompleta e imprecisa»²⁴.

Tra le varie obiezioni a cui va incontro questa proposta (sulle quali v. ancora le considerazioni del dott. Luigi Ferrarella sempre nel saggio qui pubblicato²⁵), una merita particolare attenzione, e cioè quella che verte sui "terzi": garantire un accesso diretto e trasparente agli atti da parte del giornalista, permetterebbe a questi di apprendere notizie e circostanze su persone estranee al merito delle indagini. Si deve notare infatti che ogni circostanza privata che risulta pertinente alle indagini, assume per ciò solo un interesse pubblico che determina una prevalenza del diritto di cronaca alla riservatezza; così come è ben possibile che una circostanza privata, anche se non pertinente alle indagini, assuma comunque un interesse pubblico nel momento in cui, ad esempio, riguarda un soggetto pubblico.

Da qui una terza proposta, che risulta essere un correttivo alla precedente, basata sulla necessità che sia posto una sorta di filtro alla *discovery*, nel senso che il pubblico ministero potrebbe rendere accessibili gli atti dopo aver distinto tra quelli conoscibili e quelli non conoscibili e aver stralciato questi ultimi. Si tratterebbe poi di individuare il criterio sulla base del quale compiere la selezione e lo stralcio: notizie relative a persone estranee alle indagini, notizie che non assumono rilevanza ai fini delle indagini, notizie che non assumono rilevanza penale.

Ebbene, dietro alle ultime due soluzioni si nasconde una questione fondamentale che merita la massima attenzione, anche perché è in gioco – per così dire – la stessa essenza del diritto di cronaca²⁶. A ben vedere, infatti, oggetto del contendere diviene l'identificazione non solo di cosa si debba intendere per "interesse pubblico" che sta alla base dell'informazione, ma soprattutto di quale sia il soggetto, il "potere", legittimato ad operare questa valutazione. Ed infatti, la soluzione basata su un accesso diretto e trasparente alle fonti di informazione giudiziaria, da un lato, intende l'interesse pubblico come un qualcosa che deve essere accertato in concreto, anche indipendentemente dalla circostanza che la notizia riguardi persone estranee al merito delle indagini, oppure fatti che non sono strettamente connessi alle indagini oppure penalmente irrilevanti. La presenza di indagini può far emergere notizie che indipendentemente

²⁴ L. FERRARELLA, *Il "giro della morte": il giornalismo giudiziario tra prassi e norme*, cit., p. 8.

²⁵ L. FERRARELLA, *Il "giro della morte": il giornalismo giudiziario tra prassi e norme*, cit., p. 9 ss.

²⁶ Spunti fondamentali in tale senso in L. FERRARELLA, *Il "giro della morte": il giornalismo giudiziario tra prassi e norme*, cit., p. 13 ss.

dal loro legame con le indagini possono risultare di interesse pubblico, così come può accadere che nonostante la presenza delle indagini vi siano fatti del tutto privi di interesse pubblico. Insomma, vero che la conoscenza dell'esercizio della pretesa punitiva penale e delle sue modalità è correlata per definizione all'interesse pubblico, è anche vero che rispetto a determinate circostanze l'interesse pubblico può essere apprezzato indipendentemente dalla loro connessione con le indagini. Dall'altro lato, questa soluzione identifica con il giornalista il soggetto legittimato ad operare una valutazione circa l'interesse pubblico.

La soluzione che invece si basa sul filtro, da un lato, irrigidisce il concetto di interesse pubblico e lo restringe secondo una chiave basata su logiche proprie del potere giudiziario. Dall'altro lato, questa soluzione identifica con il magistrato il soggetto legittimato ad operare la valutazione.

Tra le due soluzioni, non c'è dubbio che sia preferibile quella dell'accesso diretto e trasparente. L'interesse pubblico, infatti, è un qualcosa di più esteso ed è suscettibile di un apprezzamento in concreto. Ma soprattutto l'interesse pubblico non può che essere valutato da un soggetto diverso dal magistrato, altrimenti il rischio è che l'informazione non sia più al servizio della collettività, ma al servizio della stessa autorità giudiziaria; inoltre, viene meno la funzione di controllo che l'informazione deve poter esercitare sull'attività giudiziaria, in quanto è il soggetto controllato che sceglie se e cosa dire al controllore e quindi all'opinione pubblica.

4.1.2. *Il problema delle intercettazioni.*

Tuttavia, a ben vedere, dietro alla contrapposizione tra queste due soluzioni sembra esserci un equivoco di fondo che è opportuno tentare di chiarire. L'idea del filtro, infatti, ha una sua plausibilità non tanto se riguarda la *discovery*, intesa come passaggio che rende accessibili, acquisibili atti non più coperti dal segreto, ma piuttosto se riguarda un'attività preliminare che, soprattutto riguardo alle intercettazioni telefoniche, si rende necessaria per completare la formazione definitiva dell'atto e la caduta del segreto. In buona sostanza, rispetto alle intercettazioni, che spesso coinvolgono soggetti terzi o comunque fatti privati del tutto estranei alle indagini, ha senso parlare di una selezione finalizzata a distinguere tra ciò che assume rilevanza ai fini dell'indagine ed è pubblicabile e ciò che invece non assume rilevanza e non è pubblicabile, e questa selezione non può che avvenire a monte a tutela della riservatezza con la partecipazione del difensore al fine di garantire il diritto di difesa. Con la conseguenza che è solo alla fine di questa selezione che viene ad esistenza l'atto non più coperto dal segreto.

Ecco allora che, soprattutto rispetto alle intercettazioni, si può compiere una distinzione fondamentale. Opportuno che venga realizzato a monte un momento di selezione e filtro in cui pubblico ministero e indagato/difesa decidono cosa debba essere trascritto. Le intercettazioni, infatti, non sono strumenti per carpire notizie dalle conversazioni private, e ciò anche nell'ipotesi in cui tali notizie abbiano un interesse pubblico, ma sono strumenti di indagine finalizzati alla raccolta di prove di reati: ciò che deve essere trascritto non può che essere connesso alle indagini. E il criterio selettivo non può che consistere nella rilevanza ai fini dell'indagine da interpretare come comprensiva delle esigenze difensive, non potendo tale criterio essere considerato un'invasione della magistratura nel diritto di cronaca. E fino a quando tale filtro non viene realizzato, l'atto non è stato ancora del tutto compiuto ovvero detto diversamente a ben vedere il segreto non è ancora del tutto caduto. Una volta che è stato realizzato il filtro a maggior ragione l'atto, così come filtrato, deve essere messo nella disponibilità dei giornalisti, e questa disponibilità deve avvenire senza alcun filtro (non pertinente quindi l'idea di pubblicare – o addirittura trascrivere – solo il contenuto delle conversazioni), mentre le parti di conversazioni non acquisite e non trascritte, anche se ascoltate dalla difesa ai fini del filtro, restano sempre non rilevabili né pubblicabile.

E in questa prospettiva sembra muoversi proprio la legge delega contenuta nella riforma c.d. Orlando nella parte relativa alla tutela della riservatezza nell'ambito delle intercettazioni, per la trattazione della quale si rinvia al contributo della prof.ssa Carlotta Conti qui pubblicato²⁷.

A conclusione resta da chiedersi se, una volta previsto tale procedimento, non sia opportuno prevedere una fattispecie incriminatrice *ad hoc* volta a punire la pubblicazione delle

²⁷ C. CONTI, *La riservatezza delle intercettazioni nella "delega Orlando"*, in *Questa rivista*, n. 3/2017.

conversazioni che sono state stralciate, e ciò perché tale pubblicazione offenderebbe senz'altro la riservatezza.

4.2.

La pubblicazione degli atti non più coperti da segreto investigativo.

Come abbiamo accennato più volte, riguardo agli atti non più coperti da segreto, il nostro ordinamento pone un divieto relativo (art. 114, commi 2, 3 e 7), la cui violazione è punita dall'art. 684 c.p.

Prima di esaminare le questioni problematiche poste da siffatto divieto, ci sembra opportuno compiere alcune considerazioni a carattere generale che ci sono d'aiuto per impostare correttamente il tema.

Anzitutto, si deve affrontare il problema applicativo al quale abbiamo fatto cenno in precedenza (v. *retro*, § 3), relativo al trattamento degli atti che si considerano *ab initio* non coperti da segreto: tali atti, posto che non sono segreti, sono interamente pubblicabili oppure devono andare incontro al divieto relativo valido per gli atti non più coperti da segreto, e quindi sono pubblicabili solo per riassunto?

Non c'è alcun dubbio che, stando al "disegno formale" del nostro sistema, costituendo una terza *species* rispetto all'atto coperto da segreto assolutamente non pubblicabile e all'atto non più coperto da segreto pubblicabile per riassunto, l'atto *ab initio* non segreto potrebbe essere pubblicato per intero, anche perché tale atto non è un atto di indagine finalizzato alla raccolta delle prove. D'altra parte, alcuni di questi atti possono contenere comunque delle informazioni sulle indagini: si pensi soprattutto ai provvedimenti di autorizzazione del G.I.P., all'interno dei quali si trovano spesso richiamate parti della richiesta del pubblico ministero, contenenti lunghi passi delle stesse intercettazioni telefoniche. Ecco allora che, se si ritiene che il divieto di pubblicazione di ciò che non è più coperto dal segreto è diretto a tutelare il libero convincimento del giudice, risulta plausibile l'idea di assimilare almeno questa tipologia di atti a quella degli atti non più coperti dal segreto. Se invece si muove dall'idea che l'interesse tutelato dal divieto relativo attiene alla dimensione privata del soggetto, l'eventuale pubblicazione integrale di tali atti potrà integrare il delitto di diffamazione là dove sussistano tutti i requisiti della fattispecie.

D'altra parte, tutto questo problema verrebbe meno nel momento in cui fosse eliminato il divieto di pubblicazione relativo concernenti gli atti non più coperti dal segreto.

In secondo luogo, occorre compiere una considerazione a carattere generale sul diritto di cronaca giudiziaria e sulla corrispondente attività giornalistica. Il diritto di cronaca giudiziaria presenta infatti delle indubbie specificità rispetto al "semplice" diritto di cronaca, non solo – e non tanto – sul piano dell'interesse pubblico e per certi aspetti della continenza, ma anche – e soprattutto – sul piano della verità²⁸. In particolare, per quanto riguarda l'interesse pubblico, esso tende ad essere – per così dire – intrinseco alla stessa notizia, in quanto tutto ciò che riguarda l'esercizio del potere giudiziario punitivo è per definizione correlato all'interesse pubblico. Dare la notizia che sono in corso determinate indagini, che certi fatti storici accaduti possono assumere rilevanza penale, che sono stati compiuti determinati atti di indagine, che tali atti hanno un determinato contenuto, tutto questo assume di per sé una rilevanza sociale rispetto alla quale la collettività non può che nutrire un interesse ad essere informata. Ciò non toglie che là dove i fatti riguardino aspetti di stampo squisitamente privatistico, l'interesse pubblico alla conoscenza del fatto venga meno, ma anche in queste ipotesi è ben possibile che in concreto un interesse pubblico alla divulgazione della notizia possa comunque sussistere, non solo per la rilevanza del fatto ai fini dell'indagine, ma anche in virtù dell'eventuale ruolo pubblico che ricopre il soggetto coinvolto nei fatti narrati. In altre parole, allorché si ha a che fare con notizie che ruotano – per così dire – intorno a fatti ed atti giudiziari, da un lato, l'interesse pubblico è intrinsecamente connesso all'attività giudiziaria, dall'altro lato, è ben possibile che proprio in virtù dell'attività giudiziaria possano emergere fatti ulteriori che di per sé sono estranei all'attività giudiziaria e che possono essere addirittura privati, ma che per altre ragioni concrete (es. connessione dei fatti a soggetti pubblici o a profili di rilevanza comunque pubblica) risultano comunque coperti dall'interesse pubblico alla divulgazione della notizia.

Anche il requisito della continenza tende ad assumere caratteri peculiari, in quanto, se da

²⁸ Spunti in tal senso in M. FUMO, *La diffamazione mediatica*, Torino, 2012, p. 308 ss.; S. TURCHETTI, *Cronaca giudiziaria*, cit., p. 44 ss.

un lato tale limite è – per così dire – riassorbito in parte dal requisito della verità, nel senso che il gergo giornalistico deve attenersi alle terminologie giuridiche al fine di non distorcere il contenuto veridico della notizia, dall'altro lato, al netto dell'impiego di espressioni di per sé infamanti o dell'utilizzo di sapienti sottintesi, accostamenti suggestionanti, toni scandalizzati o vere e proprie insinuazioni, si deve ritenere che il tono scandalistico e colpevolista impiegato dal giornalista possa superare il limite della continenza, pregiudicando la presunzione di innocenza e quindi la reputazione.

Ma è soprattutto il requisito della verità ad assumere tratti del tutto peculiari, in virtù del tipo di attività esercitata dal giornalista. In termini molto sintetici, si può affermare che l'attività giornalistica che fornisce notizie relative ai processi penali in corso può essere realizzata secondo tre diverse prospettive alle quali corrispondono tre diverse tipologie di "verità" che sta alla base del diritto di cronaca giudiziaria. Si tratta di prospettive che non sono incompatibili tra di loro, ma anzi costituiscono differenti modalità che possono essere adottate anche cumulativamente.

La prima prospettiva potremmo definirla di intermediazione e si ha quando il giornalista risulta essere un semplice ricettore e trasmettitore al pubblico del contenuto dell'atto giudiziario così come configurato ufficialmente dall'atto stesso. In questa prospettiva, il giornalista non riferisce un fatto da lui accertato, ma riferisce – per così dire – che altri hanno accertato un fatto e un fatto così come accertato da altri. Come nel caso dell'intervista, la notizia è l'intervista stessa con il suo contenuto consistente nelle dichiarazioni dell'intervistato, così nell'ambito della cronaca giudiziaria la notizia è l'atto con il suo contenuto consistente in quello ufficiale dell'atto stesso. Con la conseguenza che la verità è quella desumibile dal contenuto ufficiale dell'atto e quindi viene a mancare nel momento in cui il giornalista si discosta da tale verità.

La seconda prospettiva potremmo definirla di ricostruzione/interpretazione e si ha quando il giornalista offre una sua rielaborazione del contenuto dell'atto. In questa prospettiva il giornalista non si limita a riferire il contenuto ufficiale dell'atto, ma è in grado rielaborare tale contenuto inserendolo in un quadro e in una visione più ampia. La notizia oggetto dell'articolo è sempre il contenuto dell'atto, ma inquadrato in un contesto più ampio pur sempre delineato dagli atti processuali. Con la conseguenza che la verità è sempre quella processuale, ma in una visione più ampia che trascende quella del singolo atto.

La terza prospettiva potremmo definirla di inchiesta e si ha quando il giornalista, alla notizia attinta nel processo, affianca altra notizia, che non trae la sua fonte dagli atti e dalle condotte ufficiali dei soggetti, né dal quadro fattuale emergente dagli atti complessivamente intesi, ma da fonte che nella sostanza si colloca al di fuori della dimensione processuale. In questa prospettiva il giornalista espone nella sostanza una verità fattuale alternativa rispetto alla quale ha l'onere di fornire la prova della fondatezza di quanto afferma.

Si tratta di attività tutte legittime, in cui il parametro di raffronto per misurare la verità del narrato muta: nella prospettiva dell'intermediazione il giornalista si schiaccia sulla verità processuale del singolo atto ufficiale, in quella della ricostruzione/interpretazione la verità trascende quella che emerge dal singolo atto processuale per estendersi alla verità processuale complessivamente intesa; in quella di inchiesta si distacca dalla stessa verità processuale con l'onere di dimostrare la fondatezza di quanto afferma.

La terza e ultima considerazione a carattere generale riguarda il significato profondo che sta dietro alla segretezza e alla pubblicità degli atti. Il rapporto che intercorre fra giustizia penale e informazione viene di regola affrontato contrapponendo, da un lato, la libertà di manifestazione del pensiero nella sua forma più specifica del diritto di cronaca ulteriormente dettagliato come diritto di cronaca giudiziaria e, dall'altro lato, una serie di interessi che ruotano attorno al processo penale, in parte riconducibili alla dimensione pubblica, si pensi in particolare al segreto investigativo e al libero convincimento del giudice, in parte ai soggetti "privati" coinvolti nelle indagini, si pensi al diritto di difesa, alla reputazione, alla presunzione di innocenza e alla riservatezza, interessi questi ultimi tutti riconducibili al concetto più generale della dignità umana.

In questa prospettiva, la segretezza processuale tende inevitabilmente a prevalere sulla pubblicità funzionale all'informazione. Anzitutto, proprio perché la segretezza è funzionale all'interesse pubblico endoprocessuale della efficienza/efficacia della macchina giudiziaria e alla tutela di alcuni interessi privati extraprocessuali, la pubblicità risulta essere invece del tutto disfunzionale, dovendosi osservare, tra l'altro, come in questa prospettiva gli interessi che di regola sul piano delle garanzie dovrebbero essere contrapposti (interesse pubblico investi-

gativo contrapposto agli interessi privati), finiscono in verità per saldarsi e per essere tutelati dalla segretezza. In secondo luogo, questa prospettiva si confà perfettamente all'idea che giustizia penale e informazione sarebbero nella sostanza due poteri – per così dire – paralleli, in potenziale competizione tra di loro, per cui un'influenza esterna sulla giustizia risulta essere – per così dire – nefasta per la stessa amministrazione della giustizia, potendo compromettere quell'imparzialità che contraddistingue il potere giudiziario.

D'altra parte, un siffatto angolo visuale non consente di cogliere una tensione – per così dire – molto più profonda e significativa che sta dietro al rapporto tra informazione e giustizia penale. A ben vedere, infatti, come si ricava a chiarissime lettere dalla giurisprudenza della Corte EDU e dall'art. 1 Raccomandazione del Consiglio d'Europa (2003)¹³ adottata il 10 luglio 2003, dietro all'informazione declinata come diritto di cronaca giudiziaria, come diritto/libertà del singolo a manifestare il proprio pensiero, v'è l'interesse della collettività ad essere informata non solo sui fatti e le persone autori o vittime di reati e l'attività processuale che li vede coinvolti, ma anche, e per certi aspetti soprattutto, sul corretto esercizio del potere giudiziario. Corrispondentemente, dietro agli interessi pubblici e privati che ruotano attorno al processo, v'è per l'appunto l'esercizio del potere giudiziario, che, oltre ad essere un potere imparziale, presenta anche altre caratteristiche. Da un lato, infatti, il potere giudiziario, essendo una sorta di potere di chiusura del sistema che deve esercitare una funzione di controllo incondizionato sulla legalità, risulta indipendente, vale a dire del tutto privo di legittimazione democratica sia diretta che indiretta e immune da controlli formali esterni. Dall'altro lato, si tratta di un potere che è dotato di coercizione essendo concentrato nelle sue mani il monopolio della forza pubblica.

Ebbene, vera questa indipendenza, è anche vero che in una democrazia nessun potere incontrollabile è ammissibile. Anche il potere giudiziario indipendente deve essere riportato entro la dimensione di un controllo che non può che essere democratico, in modo che – senza alcun pregiudizio per l'indipendenza della giustizia – anche la giustizia resti espressione reale, non di un ceto burocratico separato e irresponsabile, ma della sovranità popolare.

Se così stanno le cose, ecco allora che la funzione dell'informazione pubblica non è soltanto quella di fornire informazioni affinché la collettività formi una propria opinione sui fatti, ma diviene anche l'istanza di controllo popolare dinanzi alla quale il potere giudiziario indipendente può essere chiamato a rendere conto²⁹. Da questo ben più ampio angolo visuale, il rapporto tra informazione e giustizia penale assume connotati del tutto particolari, perché prende la forma di un rapporto tra poteri, e cioè del rapporto tra il potere di controllo democratico esercitato dalla collettività e il potere "coercitivo" giudiziario. Inoltre, il diritto di cronaca perde la sua connotazione di esclusivo diritto individuale per divenire un dovere funzionale e strumentale indispensabile per la stessa democrazia.

In coerenza con questa visione lo stesso rapporto tra segretezza e pubblicità muta. Stavolta infatti va da sé che la segretezza è destinata a soccombere rispetto alla pubblicità. La segretezza processuale significherebbe infatti escludere la stessa amministrazione della giustizia dal circuito democratico entro il quale il controllo pubblico la tiene avvinta. Com'è stato osservato, «sottratta ad una efficace forma di controllo da parte della società, la repressione penale, che è il più incisivo mezzo di controllo sulla società, sviluppa fatalmente l'aspetto deterioro di quella politicità che le è connaturale, divenendo pericoloso strumento di affermazione di parte». Non solo, ma in questa diversa prospettiva, quegli interessi della giustizia e della persona che nella precedente prospettiva si saldavano dietro la segretezza, tornano – per così dire – a contrapporsi. La pubblicità diviene infatti strumento di tutela dei diritti individuali consentendo il controllo sul corretto esercizio del potere giudiziario, contribuendo a mettere in luce eventuali e sempre possibili disinvolture ed eccessi della magistratura inquirente se non sbandamenti o preconcetti investigativi, fino addirittura ad arbitrarie persecuzioni. In buona sostanza, la pubblicità e l'informazione sono antidoti ad eccessi punitivi e sono strumentali alla salvaguardia dei diritti individuali.

²⁹ D. PULITANÒ, "Potere d'informazione" e "giustizia": per un controllo democratico sulle istituzioni, in N. LIPARI (a cura di), *Giustizia e informazione*, Roma-Bari, 1975, p. 143 ss.; G. GIOSTRA, *Processo penale e mass media*, cit., p. 67 s.; F. PALAZZO, *La tutela penale del segreto processuale*, cit., p. 544.

4.2.1. *Il divieto assoluto di pubblicazione e la sua illegittimità costituzionale.*

Ebbene, tutto ciò premesso, è alla luce di questo quadro che si deve esaminare la disciplina vigente relativa alla pubblicazione degli atti non più coperti da segreto.

Una cosa è certa: il nostro ordinamento ha rifiutato il paradigma della segretezza assoluta. Tale soluzione, se tutela senz'altro gli interessi privati della reputazione, della presunzione di innocenza e della riservatezza, risulta tuttavia irragionevole sotto due diversi profili. Da un lato, per le ragioni già viste, compromette il controllo democratico sul potere giudiziario. Dall'altro lato, comprime interamente il diritto di cronaca basandosi su una presunzione di offesa degli interessi privati che tuttavia non è detto che sussista in concreto.

In particolare, sotto quest'ultimo profilo, anzitutto si deve osservare che la reputazione, la presunzione di innocenza e la riservatezza risulterebbero violate anche là dove il giornalista si limitasse a compiere un'attività da intermediario: ma la pubblicazione di atti ufficiali, proprio perché si tratta di atti ufficiali, non può mai di per sé compromettere tali interessi, potendo semmai offendere, come vedremo meglio in seguito, il libero convincimento del giudice.

In secondo luogo, anche là dove il giornalista non si limita a compiere una attività da intermediario, ma si spinge nella ricostruzione/interpretazione degli atti, non è detto che offenda tali interessi, trattandosi di notizie che possono essere di interesse generale, vere e contingenti.

Ed infatti, per ritenere che con la pubblicazione degli atti non più coperti dal segreto si offende sempre e comunque la reputazione, si deve ritenere che in tale pubblicazione manca la verità del fatto e quindi ragionare in questi termini: poiché un'ipotesi accusatoria è soltanto un'ipotesi che si basa su elementi raccolti unilateralmente dall'accusa e non sottoposti alla verifica dibattimentale o comunque al vaglio di un giudice, tutte le notizie pubblicate che vertono su tale ipotesi sono prive del requisito della verità della notizia, che si può avere soltanto nel momento in cui tali notizie sono sottoposte alla verifica dibattimentale attraverso il contraddittorio dalle parti³⁰. Detto diversamente, un'ipotesi accusatoria, finché non è vagliata da un giudice, ha in sé una componente offensiva della reputazione, perché qualsiasi notizia di contenuto accusatorio è in grado di offendere la reputazione in virtù del fatto che poi potrebbe risultare del tutto infondata. Insomma, c'è il rischio che durante le indagini venga attribuito a un soggetto un fatto rispetto al quale poi può risultare del tutto estraneo. D'altra parte, un ragionamento siffatto presta il fianco a non poche considerazioni critiche. Anzitutto, l'adozione di tale prospettiva dovrebbe portare a configurare un divieto di pubblicazione assoluta degli atti non più coperti dal segreto fino almeno alla sentenza di primo grado. In secondo luogo, per affermare l'automatica assenza di verità, si dovrebbe ritenere che la cronaca giudiziaria diversa dalla intermediazione si distacca sempre dalla verità processuale, ma non è detto che ciò accada. Infine, se attraverso la pubblicazione si offendesse sempre la reputazione, si dovrebbe concludere che la violazione del divieto di pubblicazione integri automaticamente anche il delitto di diffamazione a mezzo stampa.

Per quanto riguarda la presunzione di innocenza, per affermare che la pubblicazione degli atti la offende "automaticamente", si deve ritenere che essa manca di per sé di continenza, avallando un'ipotesi colpevolista. Ma ancora una volta la continenza si può apprezzare solo in concreto.

Infine, per quanto riguarda la riservatezza, la sua offesa può essere affermata soltanto se si ritiene che manchi la rilevanza sociale della notizia, vale a dire l'interesse pubblico, ma ancora una volta questo interesse non può essere offeso dalla mera pubblicazione dell'atto, ma piuttosto in concreto dalla pubblicazione del suo contenuto e nel momento in cui il giornalista pubblica notizie che attengono alla esclusiva vita privata dei soggetti e soltanto se questa vita privata non sia comunque destinata ad assumere rilevanza pubblica.

³⁰ Spunti in tal senso in F. MOLINARI, *Il segreto investigativo*, cit., p. 256. In termini analoghi, cfr. Corte cost., sentenza 3 marzo 1966, n. 18, in cui si afferma che il divieto di pubblicazione serve «a tutelare, nella fase istruttoria, la dignità e la reputazione di tutti coloro che, sotto diversi vesti, partecipano al processo [...] ed invero nei confronti dell'imputato la divulgazione a mezzo della stampa di notizie frammentarie, ancora incerte perché non controllate, e per lo più lesive dell'onore, può essere considerata in contrasto con il principio, garantito dall'art. 27, seconda comma, della Costituzione, della non colpevolezza fino a quando non sia intervenuta sentenza di condanna».

4.2.2. *Il divieto ibrido di pubblicazione e la sua irragionevolezza.*

Scartata la soluzione della segretezza assoluta, il nostro ordinamento non si è orientato nel senso della pubblicità assoluta, ma ha adottato una soluzione ibrida.

Nel momento in cui si sancisce che il giornalista può pubblicare il contenuto dell'atto, si apre al diritto di cronaca giudiziaria e più precisamente al diritto di cronaca connesso alle due attività maggiormente significative, consistenti nella interpretazione/ricostruzione e nell'inchiesta. Tuttavia, limiti al diritto di cronaca sono posti nel momento in cui si vieta la pubblicazione totale o parziale degli atti ovvero la pubblicazione degli atti ufficiali. Ma è proprio qui che sta l'irragionevolezza della disciplina.

Da un lato, infatti, si interdice proprio quella attività di intermediazione che risulta la più fedele alla verità processuale, che tuttavia, come abbiamo visto, di per sé non può mai offendere i beni privati. Dall'altro lato, si finisce per compromettere anche le altre attività giornalistiche, per la semplice ragione che al giornalista è interdetta la possibilità di appoggiarsi sui documenti ufficiali, vale a dire su ciò che è indispensabile per interpretare e ricostruire la verità processuale: il giornalista si trova nell'impossibilità di utilizzare proprio quelle fonti ufficiali che gli consentono un sicuro riferimento e ancoraggio alla verità processuale.

Se tutto questo è vero, ciò che può giustificare il divieto ibrido di pubblicazione degli atti ufficiali è l'idea che si tuteli il libero convincimento del giudice. Il ragionamento che individua in tale interesse lo scopo di tutela può essere così riassunto: abbandonato il modello processuale in cui il giudice del dibattimento era in grado di maturare il proprio convincimento sulla base del fascicolo istruttorio, e incentrata la struttura del "nuovo" processo sul dibattimento come luogo elettivo di formazione della prova, si pone la necessità di un giudice libero da qualsiasi condizionamento. Le informazioni fornite dai media, vuoi per le modalità con cui vengono riportate le vicende giudiziarie (non per intero, ma in modo frammentario e disordinato) vuoi perché la narrazione, per quanto asettica, è pur sempre frutto di una rielaborazione personale – possono risultare fuorvianti. In buona sostanza, come ha affermato la stessa Corte costituzionale, il divieto è posto per «assicurare la serenità e la indipendenza del giudice proteggendolo da ogni influenza esterna di stampa, che possa pregiudicare l'indirizzo delle indagini e le prime valutazioni delle risultanze; ed assicurare altresì la libertà del giudice vietando quei comportamenti estranei che possano ostacolare la formazione del libero convincimento»³¹.

D'altra parte, occorre chiarire se la tutela della segretezza esterna serva ad evitare che il giudice del dibattimento venga preventivamente a conoscenza degli atti di indagine per via extraprocessuale, attraverso mezzi di informazione, oppure serva ad evitare che venga influenzato dalle interpretazioni offerte dagli stessi anche in termini strumentali.

Ebbene, se si ritiene che il libero convincimento possa essere compromesso dalla mera conoscenza anticipata di determinati atti, com'è stato efficacemente osservato «bisogna prendere atto che oggi la tutela del giudice dal dibattimento da condizionamenti esterni si è notevolmente attenuata, a causa dei profondi mutamenti subiti dal codice nell'arco dell'ultimo decennio. Il principio della netta separazione delle fasi del procedimento – che già in origine presentava qualche cedimento al recupero nella fase del giudizio del materiale raccolto in sede di indagini – è stato ulteriormente compromesso da una serie di interventi – anche di opposta ispirazione che hanno inciso profondamente sulla regola generale della formazione della prova in dibattimento»³². Già le parti sono in grado di far conoscere anticipatamente gli atti al giudice del dibattimento attraverso un uso – per così dire – smalzato del loro diritto a sollevare questioni preliminari concernenti il contenuto del fascicolo per il dibattimento (art. 491, comma 2, c.p.p.): così, ad esempio, la parte può sostenere che un certo atto inserito nel fascicolo del pubblico ministero debba in realtà confluire nel fascicolo del dibattimento, ottenendo così una presa di conoscenza dell'atto da parte del giudice del dibattimento. Inoltre, si deve considerare che tutti gli atti irripetibili, comprese le intercettazioni telefoniche, entrano per legge a far parte del fascicolo del dibattimento. Infine, se si ritiene che i provvedimenti a contenuto decisivo non sono né coperti dal segreto, né assimilabili a quelli rispetto ai quali il segreto è caduto, la loro pubblicazione totale rende facilmente accessibili al futuro giudice del dibattimento atti o parti di atti dei quali dovrebbe restare all'oscuro.

³¹ Corte cost., sentenza 3 marzo 1966, n. 18.

³² F. Molinari, *Il segreto investigativo*, cit., p. 251 s.

Se invece si ritiene che il libero convincimento possa essere compromesso dall'influenza che gli organi di stampa possono esercitare sul giudice, da un lato, si deve osservare che una realistica attenzione al fenomeno dell'informazione giudiziaria mostra come tali condizionamenti possano essere realizzati indipendentemente dalla pubblicazione di determinati atti, attraverso quelle che si definiscono le vere e proprie campagne di stampa; dall'altro lato, si deve ammettere che si muove da un'idea di fondo secondo cui i giudici non sarebbero di per sé professionalmente attrezzati per non essere influenzati. In particolare, sotto quest'ultimo profilo del modo di concepire la influenzabilità del giudice, o si ritiene che il giudice non sia strutturalmente in grado di restare impermeabile alle influenze esterne, ed allora risulta del tutto funzionale un divieto assoluto di pubblicazione; oppure si ritiene che di per sé sia attrezzato per non essere influenzato, dovendosi verificare in concreto se si vengano a creare situazioni di condizionamento. Non solo, ma il dato che ci interessa evidenziare è che ogni qualvolta che il problema della influenzabilità del giudice si è posto in concreto portando a formulare richieste di spostamento delle sedi processuali, la giurisprudenza tende ad assestarsi su una sorta di presunzione di non influenzabilità, con la conseguenza che lo stesso modo in cui viene concepito l'interesse del libero convincimento del giudice ai fini del divieto di pubblicazione risulta contraddetto da una visione di sistema. In buona sostanza, finisce per affermarsi l'impostazione della Corte europea dei diritti dell'uomo che ritiene che i giudici professionali hanno tutti gli strumenti per non essere influenzati dai mezzi di comunicazione.

Infine, si deve osservare come il libero convincimento del giudice possa essere compromesso proprio attraverso la pubblicazione del contenuto dell'atto. Anzi, volendo, può essere ancora di più fuorviato. E non è un caso che si facciano strada quelle interpretazioni teleologicamente orientate che escludono la responsabilità del giornalista in presenza di pubblicazioni parziali di scarsa rilevanza³³ o addirittura di pubblicazioni parziali in quanto tali³⁴.

4.2.3. *Per una pubblicità assoluta e per un bilanciamento in concreto tra diritto di cronaca giudiziaria e reputazione.*

A ben vedere, rispetto alla pubblicazione di atti non più coperti dal segreto, è auspicabile una disciplina che dia pieno e totale riconoscimento al diritto di cronaca giudiziaria nei limiti in cui non offenda in concreto la reputazione.

Una soluzione del genere, non solo consente al giornalista di esercitare in modo pieno ed effettivo il diritto di cronaca giudiziaria e quindi alla collettività di esercitare un controllo democratico sul potere giudiziario, ma consente anche di tutelare la reputazione.

Sotto il primo profilo, al giornalista sono consentite tutte le attività, quella di intermediazione, quella di interpretazione/ricostruzione e quella di inchiesta, permettendogli così di ancorare al meglio la narrazione alla verità processuale complessivamente intesa. Con effetti benefici per un effettivo controllo dell'attività giudiziaria, potendo quest'ultima essere criticamente vagliata.

Sotto il secondo profilo, la reputazione può essere offesa nel momento in cui il diritto di cronaca è esercitato in assenza dei requisiti che lo costituiscono e ai quali abbiamo fatto cenno in precedenza. Anzi, a ben vedere, la stessa tutela della presunzione di innocenza e della riservatezza finisce per essere riassorbita nella tutela della reputazione, in quanto tali interessi risultano pregiudicati dal superamento dei limiti che stanno alla base del diritto di cronaca. Così, ad esempio, la presunzione di innocenza risulta offesa là dove si determina un distacco dalla verità processuale attraverso l'attribuzione di fatti ulteriori e diversi o là dove si superano i limiti della continenza mediante un tono colpevolista. La riservatezza è invece offesa quando viene meno l'interesse generale alla notizia, avendo ad oggetto fatti che risultano totalmente privati in quanto privi di qualsiasi rilievo pubblico.

In buona sostanza, un bilanciamento tra cronaca e reputazione può essere realizzato solo in concreto, consentendo il pieno esercizio della prima e accertando di volta in volta il rispetto dei limiti dell'interesse pubblico, della verità e della continenza.

³³ Cass. pen., Sez. I, 27 gennaio 2015-12 marzo 2015, Mangani, in *CED Cass.*, n. 10611/2015; Cass. pen., Sez. I, 10 ottobre 2013-24 ottobre 2013, Sarzanini, *ivi*, n. 43479/2013. In argomento, cfr. G. FERRO, *Art. 114 c.p.p.: una ricognizione su una norma debole: la "modica quantità" nella pubblicazione degli atti di indagine*, in OSSERVATORIO SULL'INFORMAZIONE GIUDIZIARIA DELL'UNIONE DELLE CAMERE PENALI ITALIANE (a cura di), *L'informazione giudiziaria in Italia*, Pisa, 2016, p. 156 ss.

³⁴ Cass. pen., Sez. I, 10 ottobre 1995-6 giugno 1995, Di Fiori, in *CED Cass.*, n. 10948/2015.

La riservatezza delle intercettazioni nella “delega Orlando”

Una tutela paternalistica della privacy che può andare a discapito del diritto alla prova

Privacy with Regard to Interceptions in Orlando Enabling Act

A Paternalistic Protection of Privacy that Can Damage the Right of Defence

CARLOTTA CONTI

Professore ordinario di Diritto processuale penale presso l'Università di Firenze

INTERCETTAZIONI; RISERVATEZZA; LINEE GUIDA

INTERCEPTIONS; PRIVACY; GUIDELINES

ABSTRACT

Nella delega sulle intercettazioni, contenuta nella riforma Orlando, il Parlamento ha tracciato criteri direttivi piuttosto ampi ispirati alle linee-guida adottate dalle principali procure della Repubblica, con l'obiettivo ambizioso di allestire una tutela efficace della riservatezza. Il riferimento incrociato alla legge-delega ed alle circolari permette di evidenziare alcuni nodi problematici cui il legislatore delegato dovrà prestare attenzione onde evitare aporie e dubbi di costituzionalità: in particolare, la scelta di affidare al pubblico ministero (e, prima ancora, alla polizia giudiziaria) la selezione delle conversazioni da verbalizzare, per un verso, può penalizzare le esigenze difensive; per un altro verso, in assenza di idonee sanzioni processuali, può rendere l'esigenza di tutela della riservatezza un mero flatus vocis. All'esito del dialogo tra pubblico ministero e polizia giudiziaria potrebbe, poi, emergere un materiale – dai contorni e dalla sorte incerta – consistente nelle conversazioni verbalizzate e successivamente “omissate”, la cui eventuale pubblicazione illecita resta priva di una specifica tutela penale.

In the enabling act about interceptions, contained in the Orlando legal reform, the Parliament has drawn some well-structured legislative parameters in order to protect privacy in the best possible way. These parameters are inspired on the guidelines made by the public prosecutors' offices. The cross-reference to the enabling act and the circulars allows to highlight some of the main issues. The lawmaker has to take care of these problems in order to avoid inconsistencies and constitutional doubts. In particular, the choice to entrust to the public prosecutor (and, firstly, to the police) the selection of conversations to record can penalize the defensive needs; moreover, this choice, without trial sanctions, can make the need to protect privacy useless. After the dialogue between the public prosecutor and the police, the recorded and cutted off conversations could remain; their potential and unlawful publication lacks of a suitable sanction.

SOMMARIO

1. Una terza via rispetto alle precedenti iniziative riformistiche. – 2. La redazione dei brogliacci: *signum loco signati accipitur*. – 2.1. I criteri che presiedono alla scrematura *ab initio*. – 2.2. L'assenza di una regolamentazione del "recupero" di conversazioni non verbalizzate. – 2.3. La verbalizzazione "bifasica": un filtro *à rebours*? – 3. La selezione a fini cautelari: il silenzio in ordine alle conversazioni favorevoli. – 3.1. Deposito e copia. – 4. La procedura di stralcio. – 4.1. Il rapporto tra procedura di stralcio e deposito ex art. 415-bis c.p.p. – 4.2. Il ricorso "mirato e non massivo" allo stralcio. – 4.3. La tutela della difesa. – 4.4. L'assenza di una specifica tutela dei terzi. – 4.5. Il silenzio sullo stralcio delle intercettazioni meritevoli di tutela assoluta. – 5. Le intercettazioni delle conversazioni con il difensore. – 6. Una *lex imperfecta*?

1.

Una terza via rispetto alle precedenti iniziative riformistiche.

Nella legge 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. riforma Orlando) è inserita una delega in materia di intercettazioni (art. 1, comma 82) che reca articolati principi e criteri direttivi in punto di tutela della riservatezza (art. 1, comma 84), largamente ispirati alle regole proposte nelle linee-guida adottate dalle principali Procure della Repubblica, secondo un *trend* oramai diffuso, che vede nella fonte in oggetto un importante riferimento nella implementazione esegetica ed operativa della disciplina vigente.

Merita precisare subito che la legge-delega effettua una prima opzione di campo affermando che debbono restare fermi i limiti ed i criteri di utilizzabilità vigenti¹. La disciplina – a differenza di quanto era previsto nel Ddl Alfano ed in altri disegni di legge in materia – non restringe nell'*an* l'uso del mezzo di ricerca della prova². Al tempo stesso, salvo una eccezione, non prevede un ampliamento del segreto investigativo e del divieto di pubblicazione, né un inasprimento delle conseguenze per la violazione degli stessi³. Non viene, dunque, ripreso neppure il modello di tutela prospettato dal Ddl Mastella (e dallo stesso Ddl Alfano) e solo in parte attuato dalla riforma del 2006 in tema di intercettazioni illegali⁴.

Quella che viene prospettata è una terza via di intervento che si concentra sugli snodi processuali più problematici dal punto di vista della fuga di notizie sui *mass media*⁵. È quest'ultimo dato, considerato come ineluttabile, il punto di partenza dal quale muove, a ritroso, il tentativo di bloccare la conoscibilità e la diffusione delle conversazioni inutilizzabili o "irrelevanti"⁶. In sintesi estrema, due sono i fronti di modifica. Anzitutto, si prevede in capo al pubblico ministero un potere di selezione in punto di utilizzabilità e utilità processuale delle conversazioni intercettate; tale filtro – che, come si vedrà, finirà per essere ampiamente gestito anche dalla polizia giudiziaria – opera a monte, sin dal momento dell'ascolto. In secondo luogo, si lavora su quel passaggio cruciale che consiste nello stralcio in contraddittorio delle intercettazioni inuti-

¹ È, anzi, significativo ricordare che il criterio direttivo di cui al comma 84, lett. d) impone di prevedere la semplificazione delle condizioni per l'impiego delle intercettazioni delle conversazioni e delle comunicazioni telefoniche e telematiche nei procedimenti per i più gravi reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione.

² Per ragguagli statistici sul numero delle intercettazioni, dei *target* e dei soggetti effettivamente ascoltati, si veda A. CAMON, *Intercettazioni e fughe di notizie: dalle circolari alla riforma Orlando*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 2, p. 1.

³ Salva la previsione di un nuovo delitto punibile con la reclusione non superiore a quattro anni consistente nella diffusione, al solo fine di recare danno alla reputazione o all'immagine altrui, di riprese audiovisive o registrazioni di conversazioni, anche telefoniche, tra presenti, effettuate fraudolentemente. La punibilità è esclusa quando le registrazioni o le riprese sono utilizzate nell'ambito di un procedimento amministrativo o giudiziario o per l'esercizio del diritto di difesa o del diritto di cronaca (comma 84, lett. b) l. n. 103 del 2017).

⁴ Si allude, ovviamente, ai commi inseriti nell'art. 240 c.p.p. dal d.l. n. 259 del 2006, convertito in l. 281 del 2006. Sul punto, si veda *amplius infra*, par. 6. In generale, sulle possibili linee di riforma delle intercettazioni, L. FILIPPI, G. ILLUMINATI, G. LEO, P. PROFITI, *Quale riforma per la disciplina delle intercettazioni?*, Forum in *Quest. giust.*, 2006, pp. 1207 ss.; G. SPANGHER, *Le criticità della disciplina delle intercettazioni telefoniche*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 921 ss.

⁵ Sul concetto di riservatezza A. Gaito e S. Furfaro, *Intercettazioni: esigenze di accertamento e garanzie della riservatezza*, in Aa.Vv., *I principi europei del processo penale*, a cura di A. Gaito, Roma, 2016, 363. Tra i primi commenti alla legge-delega, si vedano C. Parodi, *La delega in materia di intercettazioni contenuta nella riforma della giustizia penale*, in *Il penalista*, 24 luglio 2017 e A. Zampaglione, *Delega in materia di intercettazioni: un costante bilanciamento di interessi*, in Aa.Vv., *La riforma Orlando*, a cura di G. Spangher, Pisa, 111 ss.

⁶ Si tratta di una linea di intervento già prospettata da G. MELILLO, *Le intercettazioni tra diritto alla riservatezza ed efficienza delle indagini*, in *Cass. pen.*, 2000, 3488.

lizzabili o irrilevanti, intervenendo sull'*an*, sul *quando* e sul *quomodo* di tale snodo procedurale⁷.

Il pregio della delega, come si è accennato, è quello di muoversi lungo le direttrici segnate dalle linee-guida delle Procure e poi riprese nella delibera sulla *Ricognizione di buone prassi in materia di intercettazione di conversazioni* adottata dal Consiglio Superiore della Magistratura il 29 luglio 2016⁸. Quella che, *prima facie*, potrebbe apparire una “delega in bianco”⁹ – in ragione dell’ampiezza di alcune formule lessicali – in realtà è già piena di contenuti, ove si integrino i criteri direttivi con le dettagliate previsioni delle predette fonti, ben note agli studiosi, agli operatori e, soprattutto, al legislatore. Essendo le circolari già operative *de iure condito*, la delega – e verosimilmente questo varrà anche per il decreto delegato – prende le mosse da una sperimentazione già effettuata in concreto anziché lavorare nel mondo delle idee escogitando regole che potrebbero scontrarsi con la realtà applicativa¹⁰. Come è noto, le critiche metodologiche mosse alle linee-guida delle procure sono sintetizzabili nel rilievo che attraverso tale fonte, non vincolante, in alcune ipotesi sono state prospettate regole talora idonee a forzare il dato positivo: quanto meno sotto questo profilo, l’intervento normativo parrebbe destinato a mettere fine alle polemiche¹¹; restano, ovviamente, le osservazioni relative ai singoli aspetti di merito, che esamineremo *infra*¹².

2.

La redazione dei brogliacci: *signum loco signati accipitur*.

Uno dei punti nevralgici della disciplina a tutela della riservatezza riguarda la redazione dei brogliacci d’ascolto. Come si è accennato *supra*, la delega – prendendo spunto dalle linee-guida delle Procure – impone una redazione selettiva dei brogliacci a tutela della *privacy* sotto il controllo del pubblico ministero. Si è di fronte a quello che il CSM nella delibera ricognitiva considera «un primo filtro di selezione delle conversazioni captate». Si tratta di un vaglio macroscopico da operarsi nell’immediato al momento dell’ascolto, che inciderà sulle scelte in ordine alla verbalizzazione. La previsione – con accentuato pragmatismo – muove da un dato della realtà: nella fase investigativa le intercettazioni vengono conosciute ed utilizzate attraverso il brogliaccio d’ascolto redatto dalla polizia giudiziaria: evitando *tout-court* che tale atto riporti determinate conversazioni, si scongiurerà il rischio che esse fuoriescano dal processo penale o attraverso una indebita pubblicazione del verbale che le contiene, ovvero mediante la riproduzione delle stesse nei provvedimenti del giudice per le indagini preliminari.

⁷ Occorre tenere presente che il CSM nel parere sul Ddl n. 2798/2014 (in cui si leggevano già i tratti essenziali della disciplina attuale) aveva ritenuto «certamente condivisibile [...] la scelta di affrontare uno degli aspetti più controversi in materia, cioè quello riguardante il momento in cui effettuare la selezione e la trascrizione delle conversazioni intercettate, dato che opera essenzialmente qui il rischio di indebite propalazioni di comunicazioni irrilevanti ai fini delle indagini, ma lesive della riservatezza dell’imputato o di terzi su circostanze estranee al processo. In tale direzione, un intervento di riforma inteso a imporre una chiara sequenza temporale tra conclusione delle operazioni di intercettazione, deposito dei verbali e registrazioni, “udienza di stralcio” e perizia trascrittiva potrebbe ben scongiurare il rischio di diffusione di notizie irrilevanti per il processo, assicurare la tutela della *privacy* e consentire l’immediato esercizio del diritto di difesa». Anche nella delibera del 29 luglio 2016, intitolata *Ricognizione di buone prassi in materia di intercettazione di conversazioni*, in <http://www.csm.it/documents/21768/170343/>, il CSM ribadisce che la mera riduzione delle intercettazioni sarebbe una soluzione impraticabile: non è la raccolta del dato a costituire un *vulnus* alla riservatezza, bensì il suo trattamento.

⁸ Nel testo si farà riferimento alle circolari della Procura di Roma (26 novembre 2015), della Procura di Napoli (16 febbraio 2016) e della Procura di Torino (15 febbraio 2016), tutte in *Quest. giust.*, 19 aprile 2016. Si veda la sintesi di G. CASCINI, *Intercettazioni e privacy: dalle circolari delle Procure di Roma, Torino e Napoli soluzioni utili per il legislatore*, *ibidem*. La circolare torinese si legge anche in *Arch. nuova proc. pen.*, 2016, 557 ss.

⁹ L. FILIPPI, sub *comma 84, lett. a-e, Riforma Orlando*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda e G. Spancher, 5 ed., Milano, 2017 t. III, 3533.

¹⁰ Sulla utilità delle riforme graduali sempre attuali appaiono le considerazioni svolte da A. MALINVERNI, *La riforma del processo penale*, Torino, 1970, 55.

¹¹ V. anche A. CAMON, *Intercettazioni e fughe di notizie: dalle circolari alla riforma Orlando*, cit., 14.

¹² Può essere utile ricordare che la l. n. 103 del 2017 impone la previsione di regole apposite che dovranno essere determinate con un decreto ministeriale da approvare entro un anno dall’entrata in vigore della legge per rendere omogenee le tariffe relative alle intercettazioni e per imporre la gestione e conservazione dei dati da parte dei fornitori di servizi mediante cifratura (art. 1, comma 89). Occorre altresì tenere presente che la riforma nulla prevede sulle regole che le procure si devono dare a tutela della riservatezza secondo quanto prescritto dal Garante con il Provvedimento del 18 luglio 2013 (in www.garanteprivacy.it doc. web n. 2551507). In sintesi estrema, erano state impartite prescrizioni per la sicurezza sia informatica, sia fisica nei locali dove si effettuano o si ascoltano le intercettazioni: accessi tracciati, protocolli cifrati, biometrica o badge a codici, videosorveglianza. I tempi originariamente previsti per l’adeguamento sono stati sospesi e prorogati più volte. L’ultimo provvedimento sospensivo (con effetto fino al 31 dicembre 2017) è stato adottato il 26 gennaio 2017 (in www.garanteprivacy.it doc. web n. 6003325). Sulle ragioni della sospensione, si veda L. FERRARELLA, *Intercettazioni, altra proroga. E la sicurezza aspetta dal 2013*, in *Il Corriere della Sera*, 23 febbraio 2017, 29 che rileva come le articolazioni territoriali della polizia giudiziaria si siano trovate non in regola con le prescrizioni a causa di ritardi burocratici. Come è noto, sul fronte sovranazionale occorre tenere presenti la Direttiva (UE) 27 aprile 2016, 680 e il Regolamento (UE) 27 aprile 2016, 279 in materia di dati personali.

Come è noto, infatti, il segreto investigativo ed il correlato divieto di pubblicazione, coprono gli atti di indagine del pubblico ministero e della polizia giudiziaria ma non quelli emessi dal giudice (art. 329 c.p.p.)¹³. Non a caso, la delibera ricognitiva del CSM invita a non trascrivere, per esteso o per estratto, le conversazioni irrilevanti nei brogliacci, nelle informative e nelle annotazioni di polizia nonché nelle richieste rivolte al giudice dal pubblico ministero, con una previsione funzionale ad evitare, soprattutto, la riproduzione testuale di tali conversazioni nell'ordinanza cautelare, che sfugge al divieto di pubblicazione *ex art.* 114 c.p.p.¹⁴.

In particolare, la legge-delega stabilisce che nei brogliacci d'ascolto non debbano essere trascritte le intercettazioni che siano inutilizzabili a qualunque titolo¹⁵; ovvero contengano dati sensibili (art. 4, comma 1, lett. d) cod. *privacy*) che non siano pertinenti all'accertamento delle responsabilità per i reati per cui si procede o per altri reati emersi nello stesso procedimento o nel corso delle indagini¹⁶; ovvero che risultino irrilevanti ai fini delle indagini in quanto riguardanti esclusivamente fatti o circostanze ad esse estranei¹⁷. Con disposizione sin troppo densa, viene precisato che, in relazione a tali conversazioni, debbono essere indicati soltanto «data, ora e apparato» su cui la registrazione è intervenuta, «previa informazione al pubblico ministero», che ne verifica la rilevanza con decreto motivato autorizzandone, in tal caso, la trascrizione nel brogliaccio (art. 1, comma 84, lett. a) punto 5). Dunque, questa inedita selezione *ab origine* si atteggia nella legge-delega – sia pure a fatica – come una prerogativa del pubblico ministero al quale spetta il compito di effettuare una valutazione di utilizzabilità e “rilevanza”. Una simile soluzione si fonda all'evidenza sul rilievo che solo il magistrato è in grado di svolgere un simile sindacato alla luce del complesso panorama investigativo (si pensi all'ipotesi in cui egli si trovi a gestire più indagini, in relazione alle quali gli ascolti sono effettuati da diversi settori della polizia giudiziaria)¹⁸. Resta fermo che la scrematura sin qui delineata ha ad oggetto le modalità di redazione del *brogliaccio* d'ascolto (utilizzato nel corso delle indagini preliminari – segnatamente a fini cautelari – e nell'ambito dei procedimenti semplificati che omettono il dibattimento). Per contro, fino a che non sia stato disposto l'eventuale stralcio, le *registrazioni* restano integralmente acquisite agli atti.

Prima ancora di procedere ad ulteriori osservazioni, occorre prendere atto che – alla luce dei carichi di lavoro delle procure, ma anche in ragione delle prassi consolidate nella materia in esame – risulterà estremamente difficile assicurare quel previo controllo del magistrato, che viene ipotizzato dalla legge-delega: è agevole immaginare che di fatto il potere selettivo sarà gestito dalla polizia giudiziaria ed il decreto, cui si fa riferimento (art. 1, comma 84, lett. a), punto 5), verosimilmente si atteggerà alla stregua di un atto meramente recettizio. Del resto, pressoché tutte le circolari delle procure affidano la selezione direttamente a quest'ultimo soggetto, salva la necessità di interpellare il magistrato nei casi dubbi.

¹³ Occorre, peraltro, ritenere che in relazione a quei provvedimenti che si iscrivono nel momento genetico o nelle vicende relative ad un atto segreto (si pensi al decreto che autorizza o proroga una intercettazione) il segreto investigativo copra anche gli atti emessi dal giudice in forza di una interpretazione sistematica che non vanifichi la *ratio* del segreto investigativo.

¹⁴ In proposito, v. già le linee-guida della procura di Roma: «la polizia giudiziaria ed il pubblico ministero eviteranno di inserire nelle note informative, nelle richieste e nei provvedimenti il contenuto di conversazioni manifestamente irrilevanti e manifestamente non pertinenti rispetto ai fatti oggetto di indagine». Sul punto, si rinvia al contributo di R. ORLANDI, *La giustizia penale nel gioco di specchi dell'informazione*, in *Questa rivista*, n. 3/2017. Può essere utile ricordare come il Ddl Alfano, con specifica previsione in proposito, avesse previsto che nell'ordinanza cautelare non potessero essere inseriti stralci di intercettazioni (art. 292, comma 2 *quater* c.p.p. nel testo approvato dal Senato il 10 giugno 2010).

¹⁵ In tema di inutilizzabilità occorre prestare attenzione: quasi tutte le Circolari sembrano dare per scontato che ai fini della redazione del brogliaccio debbano essere escluse le intercettazioni inutilizzabili per essere state eseguite fuori dei casi consentiti. Viene, dunque, in rilievo la tutela della riservatezza dei soggetti captati o dei contenuti delle captazioni. Si veda *infra*, par. 5.

¹⁶ Come noto, rientrano nel novero dei dati sensibili quelli concernenti opinioni politiche o religiose, sfera sessuale e salute.

¹⁷ Tutte le circolari, sia pure con varietà di contenuti, tentano di delineare le categorie di intercettazioni da non verbalizzare. Meritevole di particolare considerazione risulta la Circolare della procura di Torino ove si precisa che, ai fini del deposito cautelare, il pubblico ministero possa avere necessità di garantire la riservatezza delle intercettazioni per necessità di prosecuzione di indagini nello stesso procedimento o anche in altri procedimenti; per inutilizzabilità a qualunque titolo (es. 103, comma 5 c.p.p.; art. 270-*bis* c.p.p.; art. 6 legge 140 del 2003; art. 271 c.p.p.); per le intercettazioni non pertinenti all'accertamento della responsabilità per i reati per cui si procede e contemporaneamente rientranti nella tipologia dei dati sensibili; per le intercettazioni assolutamente non pertinenti rispetto ai reati per cui viene richiesta la misura cautelare, specie se si tratti di materiali riguardanti terze persone non indagate o non direttamente intercettate. È appena il caso di segnalare l'opportuno uso del concetto di pertinenza in luogo di quello di rilevanza, privilegiato, per contro, dalla legge-delega.

¹⁸ La legge-delega ha tenuto conto dei rilievi del CSM, che nella delibera ricognitiva ha richiamato la centralità della figura del pubblico ministero e la necessità di evitare deleghe in bianco alla polizia giudiziaria. Anzitutto, il Consiglio Superiore ha precisato che la materia dell'inutilizzabilità richiede un vaglio giurisdizionale e, dunque, non può essere la polizia giudiziaria a valutare in solitudine l'omissione della verbalizzazione che, di fatto, sottrarrebbe in radice la prova alla valutazione del magistrato. In secondo luogo, l'organo di autogoverno della magistratura ha sottolineato che la nozione di rilevanza richiede una complessiva conoscenza dell'indagine e, dunque, una valutazione demandata alla polizia giudiziaria nell'immediatezza dell'ascolto sarebbe potenzialmente fallace.

Vista sotto tale lente, la nuova disciplina, pur lodevole nell'intento di prevedere una tutela della *privacy*, per così dire, rafforzata dalla vera e propria inesistenza dell'oggetto materiale di una possibile illecita diffusione – manca la stessa verbalizzazione delle conversazioni “a rischio” – enfatizza le criticità di quel momento così delicato che consiste nella redazione del brogliaccio, destinato a rimanere a lungo l'unico *signum* procedimentale dell'intercettazione¹⁹: la gestione della scrematura, che costituisce l'asse portante del modello di tutela della riservatezza sul quale si punta con la riforma in oggetto, finirà per risultare affidata alla polizia giudiziaria, con una valutazione la cui vertiginosa delicatezza si cumula ai rischi di errore, incompletezza, fraintendimenti in ordine all'identità dei colloquanti o al tenore delle dichiarazioni, del tutto possibili a fronte di conversazioni che potrebbero avere interruzioni, problemi acustici (se del caso dovuti a rumori di fondo o assenza di segnale), oppure utilizzare linguaggi cifrati, dialetti o lingue straniere²⁰.

2.1.

I criteri che presiedono alla scrematura ab initio.

A fronte di tale disciplina si profilano numerose questioni di dubbia soluzione alle quali il legislatore delegato dovrà prestare la massima attenzione onde evitare pericolose aporie. Anzitutto, risulta problematico stabilire quali sono i criteri in base ai quali il filtro deve essere effettuato; ancora non è chiaro come si svolga il “dialogo” tra pubblico ministero e polizia giudiziaria, comunque necessario nelle ipotesi più delicate; ancora, appare problematico per la difesa – ma anche per lo stesso pubblico ministero qualora egli si cimenti con materiale già vagliato dalla polizia – individuare, tra le conversazioni “omissate”, quelle che possano apparire utili per l'esercizio del diritto alla prova.

Procedendo con ordine, è appena il caso di precisare, *in limine*, che l'efficacia del filtro – anche qualora esso sia condotto, come sarebbe auspicabile, dal magistrato requirente – è legata a doppio filo con la chiarezza dei criteri che presiedono all'effettuazione dello stesso e proprio questo sembra essere un nodo irrisolto a sciogliere il quale è chiamato il legislatore delegato.

Nella legge-delega si legge una pluralità di riferimenti non sempre sovrapponibili: nella previsione generale, si richiede uno speciale riguardo «alla tutela della riservatezza delle comunicazioni e delle conversazioni delle persone occasionalmente coinvolte nel procedimento, e delle comunicazioni comunque *non rilevanti* a fini di giustizia penale»²¹; successivamente si prevede la necessità di tutelare la riservatezza degli atti contenenti registrazioni «che *non siano pertinenti* all'accertamento delle responsabilità per i reati per cui si procede o per altri reati emersi nello stesso procedimento o nel corso delle indagini, ovvero *irrilevanti* ai fini delle indagini in quanto riguardanti esclusivamente fatti o circostanze ad esse estranei» (art. 1, comma 84, lett. a) punti 1 e 4). Infine, si precisa che, al momento della redazione del brogliaccio, di tali atti il pubblico ministero «verifica la *rilevanza*» (art. 1, comma 84, lett. a) punto 5).

Tentando una razionalizzazione, occorre anzitutto precisare come desti perplessità il ricorso ai concetti di pertinenza e rilevanza, già di per sé ostici ed insuscettibili di precisazioni astratte e teoriche²². Si tratta di nozioni che, specie al momento iniziale dell'indagine, quando il *thema probandum* è ancora fluido, finiscono per affidare inevitabilmente al magistrato inquirente – e, prima ancora, alla polizia giudiziaria – un'ampia discrezionalità. In proposito, è appena il caso di osservare che, ad un approccio strettamente tecnico, il riferimento alle intercettazioni “irrilevanti” – in quanto riguardanti fatti o circostanze estranee alle indagini – dovrebbe essere meglio precisato attraverso l'impiego del concetto di pertinenza: un dato può essere irrilevante ogniqualevolta, ancorché pertinente rispetto ad un tema, risulti inidoneo

¹⁹ Secondo la nota espressione *signum loco signati accipitur* (S. TOMMASO D'AQUINO, *Le questioni disputate. Quaest. 23, art. 3*).

²⁰ Si ricorda qui l'importante sentenza con la quale le Sezioni unite hanno affermato l'incompatibilità tra la funzione di perito trascrittore o traduttore delle intercettazioni ed il successivo svolgimento della funzione di interprete (Cass., sez. un., 10 maggio 2011, n. 18268, E., in *CED Cass.*, n. 249483): nel pervenire a tale conclusione, il Supremo Collegio ha valorizzato l'attività di trascrizione rilevando come essa richieda particolari competenze di tipo tecnico-valutativo. Sulla problematica, volendo, v. diffusamente C. CONTI, *Intercettazioni e inutilizzabilità: la giurisprudenza aspira al sistema*, in *Cass. pen.*, 2011, 3645.

²¹ Legge in tale previsione reca una «cornice assiologica inedita rispetto al regime previgente che dovrebbe certo orientare l'interprete verso soluzioni restrittive nei casi dubbi» (così A. CISTERNA, *Intercettazioni: i rischi di una delega troppo generica*, in *Guida dir.*, 2017, 32, 65).

²² Per alcuni spunti di sicuro interesse, si veda C. CESARI, *Privacy, diritto di cronaca, intercettazioni: la ricerca di nuovi equilibri nelle proposte all'esame del Parlamento*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 1281 ss. In merito alla legge-delega, A. CISTERNA, *Intercettazioni: i rischi di una delega troppo generica*, cit., 65, che stigmatizza «la mancanza endemica di un criterio obiettivo con cui valutare – e se occorre sanzionare – abusi in questo settore».

a portare un'informazione utile; pertanto, le intercettazioni che riguardano fatti o circostanze estranei alle indagini appaiono "non pertinenti" prima e piuttosto che irrilevanti²³. V'è anche da dire che, a fronte di intercettazioni pertinenti rispetto ai fatti oggetto delle indagini, una valutazione sulla rilevanza condotta agli albori dell'inchiesta parrebbe imporre una anticipazione eccessiva di valutazioni che trovano la loro sede naturale a margine dell'istruzione probatoria: si pensi alla delicatezza dell'ipotesi in cui la conversazione, pur riguardando i fatti oggetto di indagine, contenga dati sensibili che appaiono *prima facie* del tutto irrilevanti ai fini dell'inchiesta, ma dei quali non si escludono possibili future rivalutazioni²⁴. Pare lecito rilevare come la disciplina in esame si proietti a ritroso sul momento genetico del mezzo di ricerca della prova imponendo una rigorosa valutazione sui presupposti dello stesso: l'ancoraggio dell'intercettazione ad uno *standard* probatorio seriamente idoneo ad integrare la nozione di "gravi indizi di reato" potrebbe contribuire a delineare con maggior nettezza il parametro in relazione al quale riempire di contenuto i predetti concetti. Per contro, qualora la captazione fonica sia utilizzata in concreto come primo atto di indagine finalizzato a reperire indizi, l'inconsistenza dell'addebito può rendere di difficile applicazione anche le nozioni in esame.

A margine delle considerazioni sin qui condotte, merita apprezzamento la scelta di stralciare le conversazioni in ragione di profili oggettivi, sterilizzando il profilo soggettivo: in teoria, anche conversazioni intrattenute dall'indagato possono essere "omissate" in ragione dei contenuti non processualmente significativi delle stesse²⁵.

Sotto un diverso aspetto, merita precisare, poi, che le espressioni utilizzate dalla legge-delega non escludono – ma, anzi, sembrano implicare – che il vaglio del magistrato inquirente si spinga in profondità, giacché difetta qualsivoglia riferimento alla "manifesta" non pertinenza o irrilevanza. Paradossalmente, dunque, parrebbe di trovarsi dinanzi ad un apprezzamento più penetrante di quello che l'art. 190 c.p.p. delinea al momento dell'ammissione della prova in dibattimento²⁶.

Occorre ancora tenere presente che non è chiaro se la scrematura abbia per oggetto intere conversazioni o anche soltanto parti di esse. È stato evidenziato in dottrina che una simile distinzione emerge soltanto dalla circolare della procura di Frosinone²⁷. Il profilo appare problematico, giacché, all'evidenza, l'estrapolazione di singole frasi da una intera conversazione potrebbe alterarne il senso²⁸. Tuttavia, per un verso, appare difficile distinguere tra una conversazione e una parte di essa (si faccia l'esempio banale di una telefonata che segue ad un'altra anche a distanza di tempo al fine di completare uno scambio di opinioni); per un altro verso, se una conversazione si protrae nel tempo ed affronta varie tematiche, ritenere che non possa procedersi allo stralcio di quelle irrilevanti potrebbe penalizzare la tutela della *privacy*.

Prima di concludere sul punto, merita rilevare come nelle maglie della legge-delega spicchi l'assenza di qualsivoglia richiamo alla necessità di evitare che il filtro operato dal pubblico ministero possa comportare la mancata verbalizzazione di conversazioni favorevoli alla difesa. Si tratta di un principio affermato dalla circolare della procura di Torino (e poi ripreso nella delibera ricognitiva del CSM) la quale precisava che «la selezione ad opera del PM, tranne i casi di assoluta inutilizzabilità, non potrà mai portare al mancato inoltro al giudice, ai fini del

²³ Non a caso, la circolare della procura di Torino, pur prevedendo categorie molto simili a quelle inserite nella delega, fa riferimento alle intercettazioni non pertinenti all'accertamento della responsabilità per i reati per cui si procede e contemporaneamente rientranti nella tipologia dei dati sensibili, nonché alle intercettazioni assolutamente non pertinenti rispetto ai reati per cui viene richiesta la misura cautelare, specie se si tratti di materiali riguardanti terze persone non indagate o non direttamente intercettate.

²⁴ Nella disciplina del filtro preliminare, la legge-delega si ispira alla Circolare della Procura di Roma (26 novembre 2015) che, peraltro, delinea una categoria di "intercettazioni irrilevanti" parzialmente differente e, soprattutto, con buona dose di realismo, configura *d'emblée* un'attività autonoma di polizia giudiziaria. In particolare, la Circolare romana tratteggia le seguenti categorie: a) conversazioni il cui contenuto sia riferibile a dati sensibili; b) conversazioni il cui contenuto sia riferibile a dati personali di soggetti non sottoposti ad indagine e le cui utenze non siano oggetto di intercettazione diretta; c) conversazioni nelle quali siano coinvolti soggetti estranei ai fatti di indagine, le cui utenze non siano oggetto di attività di intercettazione diretta. La Procura di Roma cerca, poi, di tipizzare i criteri di esclusione che debbono operare al momento della redazione del brogliaccio, ancorandoli a dati oggettivi e non valutativi: in relazione alle categorie dianzi declinate, qualora «non vi sia un'evidente rilevanza ai fini della prova [...] l'ufficiale di polizia giudiziaria delegato all'ascolto ed alla redazione dei brogliacci dovrà astenersi dal verbalizzare il contenuto della conversazione, rivolgendosi, nelle ipotesi dubbie, al pubblico ministero procedente». Dunque, in base all'impostazione prospettata, devono sempre essere trascritti i colloqui che presentino un'"evidente rilevanza": il criterio di inclusione – idoneo ad operare anche in presenza dei criteri oggettivi di esclusione – è ancorato ad un concetto valutativo reso, tuttavia, stringente dal riferimento al carattere della "evidenza".

²⁵ Sul punto, L. FILIPPI, *sub comma 84, lett. a-e*, cit., 3533.

²⁶ Secondo A. CAMON, *Intercettazioni e fughe di notizie: dalle circolari alla riforma Orlando*, cit., 8, «sarebbe stato più prudente capovolgere la prospettiva: non ci dovrebbero essere ragioni specifiche per mantenere riservati determinati colloqui, ma ragioni specifiche per esibirli».

²⁷ Circolare 6 maggio 2016, sulla quale A. CAMON, *Intercettazioni e fughe di notizie: dalle circolari alla riforma Orlando*, cit., 7.

²⁸ Si veda A. CAMON, *Intercettazioni e fughe di notizie: dalle circolari alla riforma Orlando*, cit., 7.

successivo deposito, di trascrizioni e/o registrazioni di conversazioni e/o scambio di comunicazioni informatiche o telematiche astrattamente, anche se indirettamente, favorevoli all'indagato». Di questo aspetto – così rilevante quanto meno sotto il profilo della enunciazione di principio – non vi è traccia nella legge-delega; tuttavia, il legislatore delegato non potrà non tenere conto, pena la violazione dell'art. 24 Cost.

2.2.

L'assenza di una regolamentazione del "recupero" di conversazioni non verbalizzate.

Sotto altro profilo, occorre tenere presente che la legge-delega, pur prevedendo una disciplina ispirata alla valutazione sull'utilità della prova, a differenza di quanto è stabilito dagli artt. 190 e 495 c.p.p. – che concedono al giudice uno *ius poenitendi* prevedendo la possibilità, in ragione delle evoluzioni dell'istruzione dibattimentale, di revocare l'ammissione di prove o di ammettere prove in precedenza escluse – fino al momento in cui si svolgerà la procedura di stralcio, non prevede *ex professo* alcun meccanismo di "ripecaggio" delle conversazioni di cui emerga successivamente la rilevanza, se del caso su iniziativa della difesa: quest'ultima, infatti, fino al momento del deposito conosce esclusivamente ciò che viene filtrato dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria.

Invero, sul fronte delle scelte dell'accusa, sembra prospettabile, in base alle regole generali, la possibilità che il pubblico ministero, in qualunque momento ed in ragione delle evoluzioni del panorama investigativo, possa ascoltare nuovamente le registrazioni e disporre la verbalizzazione di conversazioni originariamente escluse. Sul versante delle facoltà difensive, per contro, eventuali iniziative volte al recupero potranno esplicarsi soltanto a deposito avvenuto, in vista dello stralcio²⁹. Ma pure in tale contesto si profilano problemi: la delega stabilisce espressamente che, qualora una conversazione sia esclusa dalla verbalizzazione, nel brogliaccio deve darsi conto esclusivamente dalla data, dell'ora e dell'apparato sul quale la conversazione è avvenuta. Tuttavia, tali dati non sono idonei a permettere alla difesa di andare ad individuare "a colpo sicuro" la conversazione che ritiene necessario far acquisire agli atti: soltanto ove la verbalizzazione menzioni anche gli interlocutori ed il tipo di conversazione omissa il lavoro di ascolto del difensore appare agevolato. Altrimenti, al fine di recuperare conversazioni non verbalizzate favorevoli alla difesa l'unica possibilità del difensore sarebbe quella di ascoltare tutte le registrazioni non verbalizzate, attività impossibile da svolgere nei tempi rapidi della procedura di stralcio. Al tempo stesso, il mero ascolto – senza il supporto di una sbobinatura o della consulenza di un esperto o di un traduttore – potrebbe risultare inutile.

In proposito, appare interessante il suggerimento pratico indicato nella delibera del CSM che prospetta la possibilità di inserire nei brogliacci la dicitura "intercettazione manifestamente irrilevante ai fini delle indagini" procedendo poi alla "mera indicazione" (concetto mutuato dalla circolare della procura di Napoli) da contrapporsi alla "trascrizione del contenuto": ad avviso dell'Organo di autogoverno della magistratura, l'indicazione nei brogliacci almeno dei dati estrinseci della conversazione (identità dei conversanti, orario e oggetto del colloquio) è necessaria proprio al fine di consentire alla difesa di avere contezza della rilevanza di conversazioni che eventualmente la polizia giudiziaria ed il pubblico ministero non abbiano colto³⁰. Un simile meccanismo appare indispensabile per tutelare il diritto alla prova, anche se appare evidente quale ne sia il limite: le predette indicazioni potrebbero risultare rischiose sotto il profilo della diffusione all'esterno. In alcuni casi, anche la semplice conoscenza degli interlocutori o dell'oggetto della conversazione potrebbe compromettere la tutela della riservatezza³¹.

²⁹ Anche qualora sia stata disposta una misura cautelare, infatti, come si vedrà, la difesa ha il diritto all'ascolto ed alla copia esclusivamente delle conversazioni rilevanti, che il pubblico ministero ha posto a base della misura ed il giudice ha utilizzato per disporla.

³⁰ La delibera del CSM prospetta, poi, la previsione di peculiari categorie: "conversazione privata relativa a dati sensibili"; "conversazione con difensore"; "conversazione tra indagato e soggetto ex art. 200"; "conversazione casualmente captata con parlamentare"; "conversazione ex art. 270-bis". Ancora, si precisa che potrebbe essere predisposto un indice separato con l'indicazione meramente numerica del progressivo delle conversazioni, senza indicare l'interlocutore così che il pubblico ministero possa successivamente valutare le richieste di stralcio. Anche per la Circolare della Procura di Napoli (15 aprile 2016) la polizia giudiziaria deve procedere al vaglio preliminare riportando sul brogliaccio la dicitura «intercettazione irrilevante ai fini delle indagini» e limitandosi a riassumere in forma assolutamente generica il tema, senza alcun sunto o trascrizione, oltre ad indicare, se possibile, gli interlocutori (es. "conversazione su argomenti familiari"; "conversazione su temi strettamente personali" ecc.).

³¹ Per una esemplificazione, A. CAMON, *Intercettazioni e fughe di notizie: dalle circolari alla riforma Orlando*, cit., 6.

2.3. *La verbalizzazione "bifasica": un filtro à rebours?*

Emergono, inoltre, ulteriori problemi di tipo squisitamente pratico, tali tuttavia da stendere pesanti ombre sul *modus operandi* e sinanche sulla effettiva utilità della selezione in oggetto. Anticipando le conclusioni, è agevole immaginare che nelle pieghe del "dialogo" tra magistrato e polizia giudiziaria, preconizzato dalla legge-delega, si crei materiale in prima battuta verbalizzato da quest'ultimo soggetto, ma successivamente escluso dal *dominus* delle indagini, che poi permane in un limbo processuale dagli ambigui contorni, come una ghiotta preda per gli appetiti mediatici, già selezionata per così dire "a rovescio".

Infatti, se si pone mente ad una contestualità tra la redazione del brogliaccio e l'ascolto appare pressoché impossibile che la polizia giudiziaria possa previamente informare il pubblico ministero – già gravato di pesanti incombenti nell'ambito di un numero cospicuo di procedimenti – in modo tale che quest'ultimo possa effettuare il filtro. È ben noto, peraltro, come nella prassi la verbalizzazione sia attività in molti casi successiva all'ascolto; spesso tale *modus procedendi* è imposto dalla corposità del dialogo da "sbobinare" o dalla necessità di sollecitare l'intervento dell'interprete rispettandone le disponibilità. Nonostante ciò, non sempre è possibile attendere il *placet* del pubblico ministero prima di procedere alla verbalizzazione. Così, è verosimile che il vaglio del magistrato – e questo già sta accadendo nell'applicazione delle linee-guida – si configuri come successivo rispetto all'ascolto dell'intercettazione ed alla redazione del brogliaccio³²; esso, dovrà essere tagliato o integrato qualora il magistrato vada di contrario avviso rispetto alle valutazioni effettuate, in prima battuta, dalla polizia giudiziaria. *In cauda venenum*: proprio tale aspetto, squisitamente pratico ed apparentemente innocuo, può determinare lo spinoso problema dell'esistenza in atti di stralci di verbale estremamente interessanti per la stampa, con rischi di fughe di notizie tali da vanificare proprio quell'istanza di tutela della *privacy* che è sottesa alla riforma³³. Un profilo indispensabile da chiarire a livello di decreto delegato risulterà proprio quello relativo alla necessità di depositare o meno le parti, originariamente trascritte dalla polizia giudiziaria e successivamente "omissate" dal pubblico ministero: per un verso, essendo agli atti le registrazioni nella loro integralità, si potrebbe anche giungere a ritenere non necessario il deposito; per un altro verso, l'idea di stralci di verbali non acquisiti al fascicolo sembra evocare lo spettro di una gestione poco limpida dell'indagine preliminare³⁴.

La verbalizzazione "bifasica" imposta dal bilanciamento tra l'esigenza di conciliare la gestione del brogliaccio da parte della polizia ed il rafforzamento del controllo del pubblico ministero riserva, dunque, un'insidia: si potrebbe generare la coesistenza di due brogliacci, uno completo e destinato al pubblico ministero, l'altro depurato all'esito del filtro operato da quest'ultimo³⁵. In proposito, da un lato, sarebbe utile prevedere la necessità che il pubblico ministero disponga la distruzione della parte del brogliaccio trascritta dalla polizia giudiziaria, qualora egli ritenga di atetizzarla in quanto priva di rilevanza o inutilizzabile; da un altro lato, appare indispensabile costruire un apparato sanzionatorio che funzioni da valido deterrente

³² Anche il CSM nella delibera ricognitiva afferma che un continuo contatto tra tali soggetti possa comportare difficoltà logistiche specie negli uffici di grandi dimensioni anche se un controllo, quanto meno nei casi di dubbio e *a posteriori*, risulta necessario.

³³ Di emblematico rilievo, in ordine alle questioni pratiche relative alle modalità con le quali si esplicano le valutazioni del pubblico ministero in ordine all'identità dei colloquanti ed ai contenuti del colloquio, appare la problematica relativa alle intercettazioni di conversazioni svolte dal difensore, su cui *amplius infra*, par. 5.

³⁴ In proposito, si è rilevato che «attuare la direttiva porrà un problema: non avrebbe senso che la polizia informasse il pubblico ministero riassumendogli il colloquio per iscritto in un atto destinato ad entrare nel fascicolo. Di primo acchito s'intravede un'alternativa (ma può darsi che ulteriori opzioni sfuggano): il Governo potrebbe ritenere che la delega implicitamente autorizzi a non inserire nel fascicolo l'informazione redatta dalla polizia; oppure potrebbe stabilire che la polizia informi il pubblico ministero dell'esistenza del colloquio ma non del suo contenuto; in tal caso, il magistrato che volesse svolgere davvero una verifica non avrebbe altra scelta che ascoltare di persona la registrazione. Nessuna delle due strade è priva di controindicazioni: l'una introdurrebbe nel sistema una pericolosa eccezione (non l'unica, a dire il vero; esistono già gli artt. 270-bis, co. 1, e 130 disp. att. c.p.p.); l'altra potrebbe condurre a controlli di facciata» (così A. CAMON, *Intercettazioni e fughe di notizie: dalle circolari alla riforma Orlando*, cit., 15).

³⁵ Si veda l'intervista al Ministro Orlando: "Intercettazioni, più controlli sulla polizia", di Giovanni Negri e Raffaella Calandra, *Il Sole 24 Ore*, 24 settembre 2017. Con una significativa lungimiranza, un simile rischio si paventa già nella delibera ricognitiva del CSM ove, nel richiamare alla necessità di «un continuo e proficuo confronto la polizia giudiziaria delegata», si sottolinea come, da un lato, sia opportuno evitare la redazione di sunti contenenti dati sensibili o inutilizzabili e, da un altro lato, occorra garantire la non dispersione delle prove e la completezza del fascicolo delle indagini evitando la redazione di note o appunti separati di problematica gestione e conservazione. Anche nella circolare della procura di Tivoli (16 marzo 2017), sia pure in relazione al tema specifico delle intercettazioni del difensore (su cui *infra*, par. 5), si prospetta la problematica relativa alla valutazione del pubblico ministero condotta, nei casi dubbi, successivamente alla intervenuta trascrizione ad opera della polizia giudiziaria; in proposito, la circolare precisa che la trascrizione dovrà essere espunta dal verbale ma conservata dal pubblico ministero in un archivio riservato fino alla distruzione.

contro l'eventuale pubblicazione, modellato su quello previsto in relazione alle intercettazioni illegali disciplinate dall'art. 240 c.p.p. (artt. 3 e 4 legge n. 281 del 2006): in relazione ad esse, la serietà e la specificità della sanzione (che prevede, oltre al ricorso alla reclusione, la possibilità di imporre pesanti oneri economici a titolo di riparazione a carico dell'autore della pubblicazione, del direttore responsabile e dell'editore) hanno costituito per più di dieci anni un serio deterrente contro la pubblicazione arbitraria.

È appena il caso di precisare, ancora, che considerazioni analoghe a quelle sin qui condotte sono destinate a valere qualora nel corso della procedura di stralcio, anche su istanza della difesa, si disponga l'eliminazione dagli atti di conversazioni o parti di conversazioni originariamente ritenute pertinenti e rilevanti e poi fatte oggetto di un successivo ripensamento: in assenza di espressa previsione in tal senso, i verbali che siano stati stralciati ricadono nella disciplina di conservazione e distruzione stabilita dall'art. 269 c.p.p.

Prima di concludere sul punto, occorre evidenziare altresì l'altra faccia della medaglia della verbalizzazione "bifasica" che riguarda la sorte delle conversazioni scremate a monte direttamente dalla polizia giudiziaria. In relazione ad esse il pubblico ministero finirà per subire le scelte di quest'ultimo soggetto a meno che, grazie ad un vero e proprio "fiuto investigativo", il magistrato requirente, nel dubbio sulla rilevanza della conversazione, vada ad ascoltare la registrazione e decida di chiedere la verbalizzazione della parte omissa dalla polizia. Cero è difficile preconizzare intuizioni del genere a fronte di un brogliaccio nel quale vi siano le sole indicazioni relative alla data, all'ora ed al dispositivo su cui la registrazione è avvenuta. Soltanto in presenza di qualche ulteriore indicazione in ordine agli interlocutori ed al contenuto il pubblico ministero può essere messo in condizioni di svolgere una "supervisione" effettiva sulla scrematura che altrimenti risulta essere sottratta in via di fatto al suo controllo. Se si intendesse portare avanti un modello di verbalizzazione bifasica, sarebbe allora preferibile imporre alla polizia giudiziaria la redazione non omissa del brogliaccio rimettendo al pubblico ministero le scelte in ordine all'eventuale stralcio e, ovviamente, disciplinando la sorte processuale delle parti tagliate dal magistrato inquirente.

3.

La selezione a fini cautelari: il silenzio in ordine alle conversazioni favorevoli.

La legge-delega precisa che la riservatezza delle comunicazioni deve essere garantita attraverso prescrizioni che incidano anche sulle modalità di utilizzazione cautelare dei risultati delle captazioni.

L'impiego delle intercettazioni nel procedimento *de libertate* presenta da sempre profili di criticità e richiede una disciplina *sui generis*. Anzitutto, la misura cautelare è adottata a sorpresa e, dunque, non si può pensare ad uno stralcio preventivo in contraddittorio. In secondo luogo, successivamente alla esecuzione della misura è previsto *ex professo* per la difesa un diritto al deposito ed alla copia delle registrazioni relative alle intercettazioni che il pubblico ministero ha presentato unitamente alla richiesta cautelare³⁶, con corrispondente caduta del segreto e del divieto totale di pubblicazione: anche il CSM, nella delibera ricognitiva, sottolinea che quello dell'applicazione della misura cautelare è il momento più delicato sotto il profilo dell'attenzione mediatica; pertanto, l'opera di selezione del magistrato deve essere ancora più attenta.

In estrema sintesi, la legge-delega prospetta che il pubblico ministero effettui il filtro di utilizzabilità e rilevanza delle intercettazioni da presentare con la richiesta cautelare (art. 1, comma 84, lett. a), punto 1). Seguendo l'ispirazione delle circolari – peraltro non tutte allineate sul *quomodo* – il legislatore delegante incide sulla selezione del materiale da porre a base

³⁶ Come è noto, l'art. 268 c.p.p. è stato dichiarato illegittimo dalla Corte costituzionale, nella parte in cui non prevede che, dopo la notificazione o l'esecuzione dell'ordinanza che dispone una misura cautelare personale, il difensore possa ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate, utilizzate ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare, anche se non depositate (C. cost., 10 ottobre 2008, n. 336, in *Cass. pen.*, 2009, 861). Merita precisare che, a detta della Corte, con la richiesta cautelare il pubblico ministero può presentare anche i soli brogliacci, ma successivamente alla adozione della misura la difesa ha diritto al deposito ed alla copia delle registrazioni. Con la successiva sentenza Lasala del 2010, le Sezioni unite hanno provveduto a meglio articolare l'interazione tra pubblico ministero e difensore (Cass., sez. un., 27 maggio 2010, Lasala, *ivi*, 2011, 461). La difesa – nei limiti di un reciproco obbligo di buona fede e diligenza – ha diritto al tempestivo deposito ed alla copia delle intercettazioni poste a base della misura cautelare. Per le intercettazioni non poste a base della misura restano ferme le regole ordinarie: esse sono segrete per la difesa finché il pubblico ministero non proceda al deposito ed alla attivazione della procedura di selezione.

delle istanze *de libertate* operata, ovviamente, dal pubblico ministero: a differenza di quanto accade in relazione alla redazione dei brogliacci, a fini cautelari è da escludere un intervento autonomo della polizia giudiziaria. Peraltro, occorre tenere presente che il ruolo preponderante di quest'ultima al momento della verbalizzazione può ripercuotersi anche sulle scelte in materia cautelare a dispetto del rilievo che tali opzioni rientrano tra le prerogative del magistrato. È verosimile, infatti, che il pubblico ministero ai fini delle proprie determinazioni utilizzi il brogliaccio e dunque, di fatto, subisca la selezione operata dalla polizia ove non svolga un controllo approfondito sull'operato di quest'ultima ed un vaglio autonomo sulle registrazioni.

In ogni caso, al momento della richiesta cautelare, il magistrato inquirente dovrà escludere le intercettazioni in relazione alle quali deve essere omessa la trascrizione (intercettazioni da mantenere riservate a fini di prosecuzione delle indagini³⁷; le intercettazioni inutilizzabili a qualunque titolo; ovvero contenenti dati sensibili che non siano pertinenti all'accertamento delle responsabilità per i reati per cui si procede o per altri reati emersi nello stesso procedimento o nel corso delle indagini; ovvero irrilevanti ai fini delle indagini in quanto riguardanti esclusivamente fatti o circostanze ad esse estranei).

Come si è già evidenziato in relazione alla redazione selettiva del brogliaccio, nulla si precisa in ordine alla necessità di presentare al giudice gli atti favorevoli alla difesa. Sul punto, interessanti ragguagli si leggono nella circolare della procura di Torino – ove si precisa che la selezione cautelare non potrà mai portare al mancato inoltrare al giudice di intercettazioni «astrattamente, anche se indirettamente, favorevoli all'indagato» – e nella delibera del CSM ove è ricorrente il riferimento alla necessità di deposito degli elementi a favore: «il tema delle informazioni sensibili, che coinvolgano persone non indagate, astrattamente utili alla difesa, è [...] troppo spesso trascurato nel dibattito pubblico e nelle semplificazioni, anche riformatrici, che puntano ad una massiva e poco meditata distruzione del materiale di intercettazione, con possibili irreversibili ripercussioni sul diritto di difesa»³⁸.

Il legislatore delegato dovrà prevedere l'obbligo del pubblico ministero di produrre tutti gli elementi a favore dell'indagato, implicante *in re ipsa* l'esito positivo del vaglio di rilevanza sul quale ci si è soffermati *supra*³⁹: in buona sostanza, in presenza di conversazioni favorevoli, il pubblico ministero non potrà optare per il mancato deposito a tutela della prosecuzione delle indagini. È appena il caso di precisare, peraltro, che un simile obbligo, anche in assenza di specifica previsione nel decreto delegato, potrebbe farsi scaturire dalla disciplina generale tracciata dall'art. 291 c.p.p.; l'estensione di tale norma alla materia delle intercettazioni è imposta dall'attuazione dell'art. 24 Cost., anche se sullo sfondo permangono, ovviamente, le classiche perplessità legate alla natura unilaterale delle valutazioni condotte dal pubblico ministero⁴⁰ nonché i problemi connessi alla difficoltà di individuare e recuperare le conversazioni omissate *d'embée* dalla polizia giudiziaria.

3.1. *Deposito e copia.*

La legge-delega non prevede nulla di specifico in relazione al meccanismo di deposito e copia. Eppure si tratta di un punto centrale meritevole di specifica considerazione da parte del legislatore delegato. In proposito, un utile riferimento si rinviene nelle circolari, ove si precisa che il pubblico ministero, dopo l'esecuzione della misura, dovrà depositare esclusivamente i *file*

³⁷ Merita precisare che questo profilo di selezione nella legge-delega è collocato come un inciso e sembra precisato esclusivamente ai fini dell'utilizzazione cautelare delle intercettazioni (lett. a, punto 1). Per contro, il successivo punto 5) che rinvia ai casi previsti nel punto 1) ai fini della redazione selettiva del brogliaccio, sembra fare riferimento esclusivamente alle categorie di intercettazioni inutilizzabili o non pertinenti, come si è *supra* precisato.

³⁸ Sulla problematica, L. GIORDANO, *Il Consiglio Superiore della Magistratura sulle buone prassi in materia di intercettazioni: prime considerazioni*, in *Dir. pen. cont.*, 11 ottobre 2016. Ad avviso dell'Autore, proprio al fine di non sottrarre elementi difensivi, nella prassi il pubblico ministero tende a depositare con la richiesta cautelare i brogliacci di tutte le intercettazioni. Il pericolo di sottrazione di elementi favorevoli alla difesa, nella prospettiva della delibera, è superato dal fatto che, pur effettuando una selezione delle registrazioni, il pubblico ministero conserva le tracce audio registrate ed i relativi brogliacci. Queste registrazioni resteranno disponibili per la difesa al momento dell'udienza di stralcio. Anzi, laddove una simile selezione sia stata compiuta dal pubblico ministero, «il ricorso a detta udienza, secondo la delibera consiliare, è assolutamente necessario per consentire il necessario contraddittorio su questi profili». Ancora, si evidenzia il rischio che, in una logica di bilanciamento tra gli interessi costituzionali in gioco, deve essere corso se davvero s'intende evitare una grave lesione per la riservatezza.

³⁹ Più problematica è la possibilità di non presentare le intercettazioni inutilizzabili ma favorevoli alla difesa: peraltro, secondo una nota scuola di pensiero, l'inutilizzabilità sarebbe sempre superabile in nome del *favor rei*.

⁴⁰ Si tratta di una questione dibattuta sin dalla riforma apportata con la legge 8 agosto 1995 n. 332 che ha imposto al pubblico ministero l'obbligo di depositare assieme all'istanza *de libertate* tutti gli elementi favorevoli alla difesa.

audio relativi alle sole conversazioni presentate con la richiesta ed in relazione alle quali sono stati redatti i brogliacci. Dunque, saranno depositate esclusivamente le singole conversazioni selezionate dal magistrato requirente in base ai predetti criteri. Qualora, poi, il giudice ritenga rilevanti ed utilizzabili esclusivamente alcune tra le conversazioni indicate dal pubblico ministero a supporto della richiesta, vi è da ritenere che l'obbligo di deposito in favore della difesa investa esclusivamente queste ultime, configurandosi stavolta un filtro di rilevanza a tre fasi che vede nell'organo giurisdizionale l'ultimo protagonista.

Sul punto, è molto chiara la circolare della procura di Roma secondo cui «in caso di adozione di misure cautelari il pubblico ministero provvederà al deposito dei file audio delle conversazioni utilizzate per l'adozione del provvedimento e ritenute rilevanti. Il difensore avrà il diritto di ascoltare le registrazioni e ad estrarre copia dei file audio»⁴¹. Anche la delibera del CSM precisa che è opportuno predisporre un apposito supporto magnetico che contenga esclusivamente le conversazioni poste a sostegno della misura cautelare al fine di evitare la propalazione di registrazioni non trasmesse al giudice per le indagini preliminari ai fini dell'adozione della misura. Senz'altro il decreto delegato potrebbe proporre una disciplina che prospetti tale opzione.

Prima di concludere, è importante ricordare come, nella delibera ricognitiva, il CSM richiami l'attenzione sulla tutela della riservatezza anche con riferimento alle intercettazioni *rilevanti* precisando che non sempre è bene riportarne integralmente il contenuto dal quale potrebbero derivare inutili lesioni della sfera privata di terzi. L'organo di autogoverno della magistratura afferma che il pubblico ministero ed il giudice devono attenersi ad un onere di sobrietà contenutistica di natura deontologica che può rendere utile omissare i riferimenti a cose o persone. Qualora, tuttavia, risulti indispensabile riportare integralmente le conversazioni intercettate a garanzia della genuinità della prova, i magistrati dovrebbero evidenziarne il rilievo probatorio nella motivazione, illustrando il bilanciamento dei valori e le ragioni della riproduzione testuale.

4. La procedura di stralcio.

La legge-delega (art. 1, comma 84, lett. a) richiede una precisa scansione procedimentale per la selezione del materiale intercettativo nel rispetto del contraddittorio tra le parti e fatte salve le esigenze di indagine⁴². In proposito, merita precisare che, nel corso dei lavori preparatori è caduta la parola "udienza": la delega parrebbe dunque evitare una presa di posizione troppo netta sulla necessità che lo stralcio avvenga sempre in tale sede.

Il legislatore delegante impone che la procedura di stralcio, qualora non abbia già avuto luogo, si svolga comunque prima dell'avviso di conclusione indagini o della richiesta di giudizio immediato, su iniziativa del pubblico ministero e sul presupposto che questi ravvisi l'esistenza in atti di intercettazioni inutilizzabili o "irrilevanti" da indicare espressamente ai fini dello stralcio (art. 1, comma 84, lett. a) punto 4). Il divieto totale di pubblicazione cade esclusivamente per le intercettazioni da trascrivere per le quali vi è il diritto di copia in favore della difesa (art. 1, comma 84, lett. a) punto 2). Tutte le altre intercettazioni (ed i relativi verbali) restano dunque soggette al divieto totale di pubblicazione con una inedita divaricazione tra caduta del segreto e persistente non pubblicabilità dell'atto⁴³.

Occorre tenere presente che, malgrado tutti i filtri previsti in sede di redazione del brogliaccio o di richiesta cautelare, la delega non incide sull'obbligo del pubblico ministero di depositare tutte le registrazioni. Dunque, ai fini di una consapevole partecipazione allo stralcio,

⁴¹ Cfr. anche circolare Procura di Torino, 15 febbraio 2016. Ovviamente, se il pubblico ministero durante la vicenda cautelare non ha proceduto al deposito di tutte le intercettazioni ex art. 268, comma 4 c.p.p., le intercettazioni non presentate restano segrete per la difesa.

⁴² Cfr. P. TONINI e F. CAVALLI, *Le intercettazioni nelle circolari delle Procure*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 708.

⁴³ In dottrina, su tale delicata questione, già, A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996, 206; G. CONSO, *Intercettazioni telefoniche: troppe e troppo facilmente divulgabili*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 138; L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano, 1997, 141 s.; G. GIOSTRA, *Limiti alla conoscibilità dei risultati delle intercettazioni: segreto investigativo, garanzie individuali, diritto di cronaca*, in AA.Vv., *Le intercettazioni di comunicazioni e conversazioni. Un problema cruciale per la civiltà e l'efficienza del processo e per le garanzie dei diritti*, Milano, 2009, 402 ss.; V. GREVI, *Le intercettazioni al crocevia tra efficienza del processo e garanzie dei diritti*, in AA.Vv., *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni*, cit., 67; G. ILLUMINATI, *Come tutelare la riservatezza nelle intercettazioni telefoniche*, in *Gazz. giur.*, 1996, n. 3; C. PARODI, *Le intercettazioni*, Torino, 2002, 149; A. VELE, *Le intercettazioni nel sistema processuale penale*, Padova, 2011, 153 e 179. In senso critico rispetto al prolungamento del segreto sino alla conclusione delle operazioni peritali, A. CAMON, *Intercettazioni e fughe di notizie: dalle circolari alla riforma Orlando*, cit., 17, il quale ritiene preferibile far cadere il segreto al momento della chiusura dello stralcio.

la difesa ha un diritto all'ascolto integrale (art. 1, comma 84, lett. a) punto 2)⁴⁴.

Merita evidenziare che, nell'idea del Parlamento, la procedura di stralcio deve svolgersi qualora il pubblico ministero ravvisi l'esistenza in atti di intercettazioni inutilizzabili o "irrilevanti". Si opta, quindi, per quel "ricorso mirato" allo stralcio, cui fa riferimento la delibera del CSM: pertanto – e questo aspetto connota anche le scelte delle circolari – da passaggio necessario per pervenire alla acquisizione delle intercettazioni, mediante l'individuazione di quelle da trascrivere, la procedura di stralcio viene configurata nella legge-delega alla stregua di una sede deputata all'eliminazione delle intercettazioni da non acquisire⁴⁵. Non a caso, la procedura di stralcio sembra configurarsi come non obbligatoria: se il pubblico ministero ritiene di non ravvisare l'esistenza in atti di conversazioni irrilevanti egli è libero di non attivarsi. Ancora una volta si è dinanzi ad un ennesimo snodo cruciale la cui articolazione dimostra come la tutela della *privacy* risulti interamente rimessa alle determinazioni della pubblica accusa⁴⁶.

La legge-delega prevede che, quando non siano allegati a sostegno della richiesta di misura cautelare, gli atti siano custoditi in apposito archivio riservato, con facoltà di esame e ascolto ma non di copia, da parte dei difensori delle parti e del giudice, fino al momento di conclusione della procedura di stralcio (art. 1, comma 84, lett. a) punto 2). Come si è accennato, al contempo, con disposizione ripresa dalla circolare della procura di Torino, viene esteso il divieto totale di pubblicazione fino alla conclusione della procedura di stralcio (art. 1, comma 84, lett. a), punto 2): dunque, soltanto una volta terminata tale procedura, il divieto totale di pubblicazione cade esclusivamente con riguardo agli atti acquisiti; per contro, gli atti non acquisiti, anche se ascoltati dalla difesa ai fini dello stralcio, restano sempre non pubblicabili. Si tratta di un punto centrale: fino ad oggi il segreto ed il divieto totale di pubblicazione cadevano nel momento stesso in cui il pubblico ministero effettuava il deposito anche se il difensore non aveva il diritto alla copia: l'estensione del divieto totale di pubblicazione risulta, dunque, funzionale a proteggere le intercettazioni "irrilevanti" da indebite diffusioni, anche se restano – è appena il caso di precisarlo – tutte le obiezioni relative all'inefficacia della sanzione penale per la violazione di tale divieto (art. 684 c.p.).

Successivamente alla conclusione della procedura di stralcio, i difensori delle parti possono ottenere copia degli atti e trascrizione in forma peritale delle intercettazioni «ritenute rilevanti dal giudice» ovvero il cui rilascio sia stato autorizzato da tale soggetto nella fase successiva alla conclusione delle indagini preliminari (art. 1, comma 84, lett. a), punto 3)⁴⁷. Spicca il riferimento alla necessità che il giudice valuti in positivo la "rilevanza" della registrazione al fine di disporre l'acquisizione: il parametro ancora più restrittivo rispetto a quello che presiede alla scrematura effettuata in sede di redazione del brogliaccio ed al momento delle scelte cautelari⁴⁸, eppure è di tutta evidenza la difficoltà che l'organo giurisdizionale può incontrare nell'effettuare simili valutazioni senza avere un quadro completo dell'indagine.

⁴⁴ Merita considerare come il CSM, con singolare affermazione, auspichi una ulteriore verifica selettiva ad opera del pubblico ministero al momento del deposito degli atti al termine delle indagini; in questa fase dovrà farsi attenzione a non depositare conversazioni oggetto di selezione negativa salvo ripensamenti dovuti ad una rivalutazione del materiale probatorio. Occorre considerare che una simile selezione può essere fatta soltanto attraverso l'udienza di stralcio, quindi con la partecipazione della difesa.

⁴⁵ In tal senso, P. TONINI e F. CAVALLI, *Le intercettazioni nelle circolari delle Procure*, cit., 708.

⁴⁶ L. FILIPPI, sub *comma 84, lett. a-e*, cit., 3534. È importante tenere presente che la Corte europea dei diritti umani si è pronunciata sulla problematica. Nel caso *Craxi c. Italia* (17 luglio 2003) nell'udienza dibattimentale del 29 settembre 1995 era stata data lettura di conversazioni intercettate (CEDU, *Craxi c. Italia*, 17 luglio 2013, in *Cass. pen.*, 2004, 686, con nota di A. TAMIETTI, *Intercettazioni telefoniche garanzie a tutela del diritto al rispetto della vita privata e della corrispondenza dell'imputato*). La Corte ha stigmatizzato il mancato svolgimento di un'udienza precedente nel corso della quale le parti ed il giudice, in modo riservato, potessero escludere i brani delle conversazioni intercettate sprovviste di attinenza con il procedimento giudiziario, fornendo una garanzia importante al diritto enunciato all'art. 8 CEDU. In particolare, i Giudici di Strasburgo hanno ravvisato una duplice violazione dell'art. 8 CEDU: sia in quanto seguito da una indagine effettiva sulla maniera in cui queste conversazioni private erano state rese pubbliche sulla stampa; sia in ragione del fatto che le autorità italiane non avevano rispettato le procedure legali prima della lettura dei verbali delle conversazioni telefoniche intercettate.

⁴⁷ È da ritenere che la difesa possa ottenere copia delle conversazioni soltanto a seguito della pronuncia del giudice. Risultano in tal modo superati i dubbi prospettati in relazione alla soluzione accolta dalla circolare della procura di Torino – cui risulta dichiaratamente ispirata la legge-delega – che prevedeva in favore della difesa il diritto alla copia per le intercettazioni che il pubblico ministero non avesse indicato nella richiesta di stralcio. Sul punto, in termini critici, F. CAPRIOLI, *La procedura di selezione e stralcio delle comunicazioni intercettate nelle linee-guida della Procura della Repubblica di Torino*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2016, 556.

⁴⁸ Si veda A. CAMON, *Intercettazioni e fughe di notizie: dalle circolari alla riforma Orlando*, cit., 18.

4.1. *Il rapporto tra procedura di stralcio e deposito ex art. 415-bis c.p.p.*

Quanto all'*an* ed al *quando*, la procedura di stralcio viene collocata nel momento in cui il pubblico ministero si accinge a formulare richiesta di giudizio immediato ovvero ritiene di inviare l'avviso di conclusione delle indagini (art. 1, comma 84, lett. a) punto 4). La legge-delega sembra dunque prendere posizione sul discusso tema del rapporto tra udienza di stralcio e deposito degli atti collegato all'invio dell'avviso *ex art. 415-bis c.p.p.*: quando ci sono intercettazioni, che il pubblico ministero ritenga inutilizzabili o "irrilevanti", la procedura di stralcio si configura come un passaggio necessitato al fine di evitare il deposito massivo di tutte le captazioni foniche assieme agli altri atti di indagine a seguito del predetto avviso⁴⁹.

Com'è noto, poiché nella prassi il pubblico ministero ritarda il deposito delle intercettazioni (art. 268, comma 5 c.p.p.) fino alla chiusura delle indagini preliminari, ci si chiede se – in assenza di un precedente stralcio – le intercettazioni debbano essere trattate alla stregua di tutti gli altri atti di indagine e, dunque, anche in relazione ad esse scatti l'obbligo del deposito con diritto di copia per la difesa a seguito dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari (art. 415-bis c.p.p.). A fronte di una giurisprudenza divisa, la soluzione – accolta dalla legge-delega – di imporre lo stralcio soltanto se il pubblico ministero ravvisa l'esistenza di conversazioni da mantenere riservate sembra muovere dal presupposto che il deposito ed il diritto di copia *ex art. 415-bis c.p.p.* abbiano ad oggetto anche le intercettazioni⁵⁰.

4.2. *Il ricorso "mirato e non massivo" allo stralcio.*

Come si è accennato, pare lecito affermare che la legge-delega accolta la scelta di un ricorso mirato e non massivo alla procedura di stralcio, secondo le indicazioni tracciate dal CSM. Nella delibera ricognitiva, l'organo di autogoverno della magistratura rileva che l'udienza di stralcio nella prassi non si celebra perché nei procedimenti semplificati è possibile utilizzare i brogliacci; perché la perizia trascrittiva può incidere sui tempi di custodia cautelare⁵¹; perché ci sono controversie giurisprudenziali sulla competenza funzionale del giudice per le indagini preliminari o del giudice dell'udienza preliminare a disporre la trascrizione; perché può darsi che un'unica vicenda processuale si scinda in più procedimenti con diversi giudizi di rilevanza; perché può accadere che occorran più udienze per lo stralcio.

Alla luce di simili rilievi, la procedura di stralcio deve aver luogo quando il pubblico ministero si sia accorto che vi sono intercettazioni inutilizzabili o irrilevanti da eliminare in contraddittorio: si è già avuto modo di osservare che, letto in questa chiave, quello in esame non è un passaggio necessario per includere le intercettazioni da acquisire, bensì uno snodo eventuale che serve ad escludere le conversazioni da tutelare⁵². Infatti, quando il pubblico ministero non ha rilevato una situazione meritevole di tutela, la procedura di stralcio sembra poter aver

⁴⁹ Nel senso che questo adempimento avrà una notevole incidenza sui tempi del deposito della richiesta di giudizio immediato o dell'invio dell'avviso di conclusione delle indagini, A. CISTERNA, *Intercettazioni: i rischi di una delega troppo generica*, cit., 67.

⁵⁰ Merita, peraltro, ricordare la posizione giurisprudenziale garantista secondo cui la disciplina del deposito con diritto alla copia a seguito dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari vale per tutti gli atti diversi dalle intercettazioni (Cass., sez. VI, 3 maggio 2011, n. 21063, Andò, in *CED Cass.*, n. 250103; Cass., sez. V, 1° ottobre 2009, n. 4976, Mancuso, in *CED Cass.*, n. 246061). Queste ultime hanno una disciplina speciale che comporta il diritto alla copia esclusivamente a seguito dell'udienza di stralcio. Si tratta di una soluzione accolta anche dalla circolare della procura di Roma: «il deposito dei verbali e delle registrazioni (alla conclusione delle attività di intercettazione ovvero contestualmente alla conclusione delle indagini) comporta il diritto del difensore di ascoltare i *files* audio di tutte le conversazioni intercettate, ma non il diritto ad ottenere copia dei *file* audio [...] Resta fermo il diritto del difensore di ottenere copia dei file audio relativi alle conversazioni delle quali il giudice abbia disposto, in contraddittorio, la trascrizione (tipicamente all'udienza di stralcio o in sede dibattimentale)». In termini analoghi si esprime la circolare della procura di Bologna, 24 agosto 2016, in *www.ordineavvocatibologna.net*. Condivide tale impostazione, E. APRILE, *Intercettazioni di comunicazioni*, in *Trattato di proc. pen.*, diretto da G. Spangher, vol. II, tomo I, *Le prove*, a cura di A. Scafati, Torino, 2009, 509. Per contro, secondo le Circolari delle Procure di Napoli e Torino, il deposito con diritto alla copia *ex art. 415-bis c.p.p.* concerne anche le intercettazioni per le quali non sia stata svolta l'udienza di stralcio. I poli della questione sono stati efficacemente sintetizzati affermando che «se il divieto di rilasciare copia venisse meno a indagini concluse, sarebbe tradita la volontà legislativa di ridurre al minimo la lesione della riservatezza conseguente alla *discovery* dei risultati dell'ascolto», ma «se il divieto di rilasciare copia dei *files* dovesse permanere anche al termine delle indagini, sarebbe l'estensione del diritto di difesa a dipendere, ancor più irragionevolmente, da una libera scelta della parte pubblica». Così F. CAPRIOLI, *La procedura di selezione e stralcio delle comunicazioni intercettate nelle linee-guida della Procura della Repubblica di Torino*, cit., 554.

⁵¹ La giurisprudenza ritiene che sia possibile in tal caso la sospensione dei termini *ex art. 304*, comma 2 c.p.p. (Cass., sez. II, 12 dicembre 2008, n. 47614, in *CED* 242303). Sul punto, si veda L. GIORDANO, *Il Consiglio Superiore*, cit., 6.

⁵² In questi termini, nitidamente, F. CAPRIOLI, *La procedura di selezione e stralcio delle comunicazioni intercettate nelle linee-guida della Procura della Repubblica di Torino*, cit., 556. V. anche A. CAMON, *Intercettazioni e fughe di notizie: dalle circolari alla riforma Orlando*, cit., 10.

luogo anche in un momento successivo⁵³. Va da sè che, ove si addivenga ad una simile soluzione, risulta indispensabile interpretare l'art. 415-*bis* c.p.p. nel senso del necessario deposito di tutte le intercettazioni in favore della difesa. Una differente esegesi, infatti, penalizzerebbe il diritto di difesa senza alcuna contropartita in termini di riservatezza.

Nei limiti in cui si rende necessario il ricorso allo stralcio, il CSM rileva, poi, che in tale sede il difensore potrebbe mettere in evidenza gli errori valutativi compiuti dal pubblico ministero nell'attivazione della procedura cautelare: l'Organo di autogoverno della magistratura sembra palesare una preferenza per la celebrazione del contraddittorio in una udienza dinanzi al giudice per le indagini preliminari prima dell'avviso di conclusione delle indagini perché egli – specie dopo l'emissione di una misura cautelare – ha conoscenza degli atti di indagine e può condurre la valutazione di irrilevanza⁵⁴.

La soluzione accolta dalla delega, e vista con favore dal CSM, risulta modellata sulle linee-guida della procura di Torino. Anche tale circolare muove dal presupposto che con l'avviso di conclusione delle indagini scatti l'obbligo di deposito ed il diritto alla copia con caduta del divieto totale di pubblicazione; per questo, crea una procedura di stralcio *ad hoc* che, peraltro, sembra non implicarne lo svolgimento in udienza. Si richiamano gli artt. 268, commi 6-8 e 269, comma 3 c.p.p. non per pervenire alla trascrizione delle intercettazioni rilevanti ma per giungere alla separazione e secretazione processuale di quelle inutilizzabili, irrilevanti o contenenti dati sensibili in vista della loro distruzione; per le conversazioni semplicemente irrilevanti ma non contenenti dati sensibili, invece, «la scelta del momento in cui attivare la procedura prevista resta rimessa alla valutazione del magistrato titolare del procedimento, pur se i dati irrilevanti riguardino terze persone non indagate o non direttamente intercettate»⁵⁵.

Può essere utile riportare alcuni aspetti operativi che potrebbero ispirare il legislatore delegato. Per la procura di Torino, contestualmente all'invio dell'avviso di conclusione delle indagini, ovvero contestualmente alla richiesta di giudizio immediato, il pubblico ministero dà avviso ai difensori del deposito e della facoltà di ascolto, precisando che intende chiedere al giudice lo stralcio dei verbali inutilizzabili e di quelli irrilevanti e contenenti dati sensibili; nell'avviso deve essere inserito l'elenco delle registrazioni di cui si intende chiedere lo stralcio⁵⁶. Scaduto il termine di 5 giorni entro cui i difensori possono procedere all'ascolto, il pubblico ministero inoltrerà al giudice competente la richiesta di stralcio delle registrazioni e qualora non intenda o non possa chiederne subito la distruzione, la richiesta di invio al proprio ufficio per la conservazione ai sensi dell'art. 269 c.p.p. fino alla sentenza definitiva⁵⁷. Ciò che non è stralciato, sarà depositato al termine delle indagini preliminari.

4.3.

La tutela della difesa.

Da un punto di vista teorico, l'anticipazione dello stralcio – quanto meno in alcune ipotesi – al momento della chiusura delle indagini è vista con favore dalla difesa. Infatti, l'orientamento che riteneva non doveroso il deposito delle intercettazioni unitamente all'avviso di conclusione delle indagini, per quanto rispettoso della riservatezza, risultava lesivo per il diritto alla

⁵³ Si tenga presente che, qualora lo stralcio avvenga in dibattimento, la Corte costituzionale ha raccomandato la cautela dello svolgimento a porte chiuse (C. cost., 15 novembre 2012, n. 255, in *Giur. cost.*, 2012, 4091). Sulla sentenza F. CAPRIOLI, *Tutela della privacy e vaglio dibattimentale di rilevanza delle comunicazioni intercettate*, *ibidem*, 4108.

⁵⁴ È possibile «immaginare che la selezione del giudice ex art. 268 c.p.p. possa avere un perimetro diverso da quello individuato dal pubblico ministero all'atto del deposito della richiesta cautelare, malgrado il contributo (sempre *soft*) delle parti private» (A. CISTERNA, *L'autoregolamentazione delle intercettazioni nelle linee guida delle procure*, in *Arch. pen.*, 2016, 2, 7).

⁵⁵ Anche la procura di Bologna prospetta un ricorso mirato all'udienza di stralcio. Analogamente, la circolare della procura di Napoli, secondo cui soltanto in caso di ritenuta irrilevanza il pubblico ministero deve chiedere l'udienza di stralcio prima dell'invio dell'avviso ex art. 415-*bis* c.p.p. che, secondo la procura, gli imporrebbe il deposito ed il rilascio di copia alla difesa. Peraltro, secondo la procura di Napoli, dopo l'udienza di stralcio, gli interessati dovranno chiedere la distruzione (in contraddittorio) ex art. 269 c.p.p. altrimenti si rischia il deposito ex art. 415-*bis* c.p.p. anche del materiale stralciato.

⁵⁶ La circolare della procura di Torino richiede la mera indicazione degli estremi del provvedimento autorizzativo, della data di acquisizione, del numero progressivo, senza alcuna sintesi dei contenuti. Come si è già accennato, appare preferibile l'inserimento di qualche ulteriore indicazione che potrebbe consentire alla difesa di meglio individuare le conversazioni da ascoltare al fine di prospetterne un recupero.

⁵⁷ Anche secondo la procura di Torino, attivata tale procedura, e fino ad esaurimento, rimarrà fermo il divieto di pubblicazione e gli atti rimarranno «processualmente segreti» fino alla decisione del giudice competente.

prova⁵⁸. Peraltro, la scelta di uno stralcio senza udienza potrebbe risultare non idonea ad assicurare un pieno contraddittorio tra le parti e, soprattutto, un adeguato e consapevole vaglio ad opera dell'organo giurisdizionale. Pertanto, sarebbe auspicabile che il legislatore delegato prevedesse una procedura di stralcio in udienza, rafforzando la dialettica tra i soggetti interessati.

Ancora, occorre tenere presente che la legge-delega non risolve una problematica classica: ai fini dello svolgimento dell'udienza di stralcio, «una delle criticità può ravvisarsi nella mole del materiale captato, spesso nel corso di mesi o anni di indagine, rispetto al quale la difesa dovrà compiere scelte definitive, “anticipate” rispetto alla completa *discovery* degli atti e senza avere la possibilità di estrarre copia dei dati anche al fine di effettuare una propria consulenza»⁵⁹. Anzi, la disciplina tratteggiata dal legislatore sembra addirittura aumentare le difficoltà per la difesa laddove stabilisce espressamente che, qualora una conversazione sia esclusa dalla verbalizzazione, nel brogliaccio deve darsi conto esclusivamente dalla data, dell'ora e dell'apparato sul quale la conversazione è avvenuta. Come si è già accennato, non potendo avere accesso ad una sintesi del contenuto rilevante del materiale intercettato – omissato *ab initio* – il difensore dovrà riascoltare per intero tutte le registrazioni per poterne ricavare informazioni rilevanti eventualmente per le finalità difensive. Per contro, un pieno e consapevole esercizio del diritto alla prova potrà svolgersi esclusivamente laddove sia consentita la possibilità di individuare, nel *mare magnum* delle conversazioni rimaste impigliate nella “pesca a strascico”, quelle alla cui acquisizione l'indagato potrebbe avere interesse. Pertanto, sarebbe utile che il brogliaccio recasse ragguagli, sia pure minimi, in ordine quanto meno agli interlocutori della conversazione⁶⁰.

4.4.

L'assenza di una specifica tutela dei terzi.

Prima di concludere sul punto, può essere utile considerare che è stata abbandonata l'idea di una tutela diretta dei diritti dei terzi coinvolti nell'attività captativa, salvo quanto previsto dall'art. 269 c.p.p. vigente. Nelle linee di riforma, la protezione di tali soggetti è affidata al pubblico ministero (e, sia detto per inciso, alla polizia giudiziaria), nel momento in cui viene operata la “selezione trascrittiva”. Si è persa ogni traccia dell'avviso di intercettazione da inviare ai terzi coinvolti previsto nel Ddl Mastella, in cui veniva disciplinato un nuovo art. 268-*sexies* c.p.p. rubricato “avviso a persone non indagate”. Eppure, occorre tenere presente che «non vi è necessaria coincidenza tra titolarità del diritto alla riservatezza e titolarità delle facoltà difensive e che può non esservi identità e convergenza degli strumenti di tutela dell'una e dell'altra sfera di interessi personali»⁶¹. In definitiva, la tutela dei terzi estranei risulta rimessa alla valutazione del pubblico ministero e, prima ancora, quanto meno di fatto, al vaglio della polizia giudiziaria⁶². È del tutto agevole osservare, inoltre, come le rilevate necessità di valorizzazione del diritto alla prova – che impongono la previsione di maggiori aperture in favore della difesa – possano presentare anch'esse profili di frizione con la tutela della riservatezza dei terzi.

Per quanto le soluzioni concrete si espongano ai rilievi che abbiamo sin qui tentato di prospettare, occorre tenere presente che, in linea di principio, si tratta dell'unico approccio prospettabile: se è ormai acclarato che il diritto alla prova deve prevalere sul diritto alla riservatezza è evidente come la tutela di quest'ultima non possa che essere attuata per così dire “di risulta” con riferimento a quelle conversazioni in relazione alle quali non appaia prospettabile un interesse probatorio né per l'accusa, né per la difesa. Ebbene, l'individuazione di un simile interesse non può che essere rimessa alle valutazioni di ciascuna “parte” nell'ambito della

⁵⁸ Tale previsione risolve una questione controversa, relativa all'accesso e diritto di copia del difensore dopo il deposito degli atti, ma prima che sia avvenuta l'udienza di stralcio. Nella prassi lo scarso o tardivo ricorso al subprocedimento *ex* articolo 268 c.p.p., determinava una lesione del diritto di difesa laddove il pubblico ministero rifiutava il rilascio di copia delle intercettazioni alla difesa, motivando il diniego con esigenze di tutela della riservatezza. Onerando la parte pubblica di un esame preliminare del corredo intercettato e della attivazione tempestiva dell'udienza di stralcio, il legislatore fornisce una precisa indicazione relativa ai tempi e alle finalità dell'udienza di stralcio, pertanto l'inerzia del pubblico ministero non potrà determinare una limitazione dei diritti di accesso agli atti della difesa». In tal senso, testualmente, L. GRANOZIO, *Riforma Orlando: delega su intercettazioni*, in www.camerepenali.it, 31 marzo 2017.

⁵⁹ L. GRANOZIO, *Riforma Orlando: delega su intercettazioni*, cit.

⁶⁰ V. *supra*, par. 2.2.

⁶¹ G. MELILLO, *Le intercettazioni tra diritto alla riservatezza ed efficienza delle indagini*, cit., 3485.

⁶² In generale, sulla protezione “paternalistica” delle posizioni giuridiche che le circolari affidano al pubblico ministero, A. CISTERNA, *L'autoregolamentazione delle intercettazioni nelle linee guida delle procure*, cit., 5. Di pubblico ministero «paladino della privacy» parla A. CAMON, *Intercettazioni e fughe di notizie: dalle circolari alla riforma Orlando*, cit., 13.

propria strategia nonché, se mai, alle considerazioni del giudice, chiamato a pronunciarsi sullo stralcio; per contro, i terzi non paiono legittimi contraddittori all'interno di tale momento dialettico. Quanto, poi, alle conversazioni "acquisite" sembra senz'altro condivisibile quella tutela "di secondo grado" della riservatezza delineata dalla raccomandazione del CSM di evitare riproduzioni testuali, salvo che esse risultino indispensabili per la garanzia della genuinità della prova.

4.5.

Il silenzio sullo stralcio delle intercettazioni meritevoli di tutela assoluta.

In dottrina si è messo in evidenza come la legge-delega non preveda una disciplina speciale in relazione alle modalità di stralcio e distruzione delle intercettazioni inutilizzabili per ragioni di tutela assoluta della riservatezza legate al soggetto intercettato o al contenuto del colloquio⁶³. Senza effettuare alcuna distinzione, la legge afferma che le intercettazioni inutilizzabili o irrilevanti debbono essere stralciate «in contraddittorio»⁶⁴.

Come è noto, la sentenza costituzionale n. 1 del 2013 sulle intercettazioni del Capo dello Stato aveva individuato un modello «costituzionalmente imposto» in cui, qualora il pubblico ministero avesse ravvisato l'esistenza di intercettazioni meritevoli di tutela "assoluta", avrebbe dovuto chiederne la distruzione al giudice nel più breve tempo possibile e senza alcun previo contraddittorio. Per la Consulta, in relazione alle conversazioni in oggetto già la semplice rivelazione ai mezzi di informazione dell'esistenza delle registrazioni costituiva un *vulnus* da evitare. La Corte – riprendendo un risalente distinguo giurisprudenziale effettuato ad altri fini⁶⁵ – aveva individuato due differenti categorie di inutilizzabilità entrambe riconducibili alla disciplina tracciata dall'art. 271 c.p.p.⁶⁶. Una prima tipologia legata a ragioni di tipo procedurale, in relazione alla quale era senz'altro configurabile un preventivo contraddittorio, sia in ordine allo stralcio, sia in ordine alla distruzione; una seconda tipologia legata, invece, alla necessità di una tutela assoluta del soggetto intercettato o del contenuto del colloquio, in relazione alla quale era da escludere qualsivoglia contraddittorio ed il pubblico ministero avrebbe dovuto procedere unilateralmente allo stralcio chiedendo direttamente la distruzione al giudice.

Di tale problematica e di tale distinzione non si rinviene alcuna eco nella legge-delega, che fa riferimento alle intercettazioni inutilizzabili intese come categoria unitaria assoggettata alla medesima disciplina "selettiva" anche ai fini dello stralcio in contraddittorio: come si è accennato, esse sono assimilate *in toto* alle intercettazioni irrilevanti⁶⁷. Probabilmente le

⁶³ P. TONINI e F. CAVALLI, *Le intercettazioni nelle circolari delle Procure*, cit., 705.

⁶⁴ Sulla necessità del contraddittorio ai fini della distruzione, CEDU, 31 marzo 2009, Natunen c. Finlandia, in *Cass. pen.*, 2009, 3219.

⁶⁵ Nel valutare l'utilizzabilità delle intercettazioni in procedimenti diversi da quello penale, si era formato un indirizzo secondo cui, l'art. 271 c.p.p. riunisce sotto un unico regime sanzionatorio violazioni tra di loro eterogenee. Alcune incidono direttamente sui diritti fondamentali (ad esempio, intercettazioni eseguite fuori dai presupposti previsti in Costituzione); altre, come la mancanza di motivazione sull'intercettazione *extra moenia*, riguardano mere regole interne al processo penale. Per tale motivo, in relazione a queste ultime ipotesi si è parlato di "inutilizzabilità specifiche", "vizi relativi" non idonei a compromettere in maniera sostanziale la validità della prova (Cass., sez. VI, 10 gennaio 2008, Cicino, in *CED Cass.* n. 238837; Cass., sez. IV, 2 luglio 2008, Bitta, in *CED Cass.* n. 239999; Cass., sez. II, 28 maggio 2008, Rosaniti, in *CED Cass.* n. 240629). In senso contrario, Cass., sez. un., 9 aprile 2010, Cagnazzo, in *Cass. pen.*, 2011, 1082, che – pur riconoscendo la obiettiva differenza tra le varie ipotesi di inutilizzabilità e mostrando di condividere dal punto di vista sostanziale la possibilità di graduare sulla base del bene giuridico protetto e dell'intensità della lesione le violazioni punite dall'art. 271 c.p.p. – ha ribadito che le scelte accolte dal legislatore costituiscono un limite alle interpretazioni giurisprudenziali anche se non si tratta di una disciplina costituzionalmente obbligata.

⁶⁶ Occorre tenere presente che la Consulta ha affermato che per le intercettazioni inutilizzabili non si applica l'udienza di stralcio ma la disciplina di distruzione *ex art.* 271, comma 3 c.p.p.

⁶⁷ Merita considerare che la circolare della procura di Bologna riprende le categorie tracciate dalla Corte costituzionale affermando che le mere inutilizzabilità procedurali non rilevano ai fini del vaglio preliminare condotto dal pubblico ministero e sottolineando che comunque la polizia giudiziaria non ha le competenze per effettuare simili valutazioni. Quanto alla procedura di distruzione, soltanto la Procura di Napoli ne esamina analiticamente le modalità.

critiche suscitate dalla scelta di omettere il contraddittorio⁶⁸ hanno indotto il Parlamento ad abbandonare tale strada anche se, è appena il caso di precisarlo, una disciplina che si discosti dalle indicazioni della Consulta potrebbe determinare profili di illegittimità costituzionale⁶⁹.

5. Le intercettazioni delle conversazioni con il difensore.

Con significativo ermetismo, la legge-delega si limita a prospettare la necessità di garantire la riservatezza delle comunicazioni «in particolare dei difensori nei colloqui con l'assistito» (art. 1, comma 84, lett a). In proposito, l'approfondimento delle soluzioni della predetta sentenza costituzionale sembra importante. Infatti, in un passaggio la Consulta aveva affermato che l'opzione della «distruzione unilaterale» delle registrazioni si adatta anche alla protezione dei colloqui segreti svolti dai professionisti tutelati dall'art. 200 c.p.p. e, dunque, anche di quelli tra il difensore e l'assistito⁷⁰. In materia si registrano tre specifiche circolari, una della Procura di Roma (16 giugno 2015) e due della Procura di Tivoli (16 marzo e 23 giugno 2017) alle quali è senz'altro utile fare riferimento in assenza di ulteriori indicazioni che guidino il legislatore delegato⁷¹.

Com'è noto, la disciplina attuale vieta l'intercettazione relativa a conversazioni o comunicazioni dei difensori ed a quelle tra i medesimi e le persone da loro assistite e commina l'inutilizzabilità delle intercettazioni eseguite in violazione di tale divieto e la distruzione delle stesse, salvo che costituiscano corpo del reato (artt. 103, commi 5 e 7 c.p.p.). La giurisprudenza ha ridotto l'ambito applicativo della norma: ravvisando la *ratio* della disciplina di favore nella tutela del diritto di difesa, si afferma che essa si riferisce alle sole intercettazioni di conversazioni relative alla funzione esercitata⁷² anche se il divieto opera a prescindere dalla nomina formale⁷³; in ogni caso, si ritiene che la prescrizione non si traduca in un divieto assoluto di conoscenza *ex ante* ma in una verifica postuma del rispetto dei relativi limiti con conseguente inutilizzabilità in caso di violazione⁷⁴.

Alla luce di tali diversificazioni, le circolari distinguono tra le differenti ipotesi e tentano di delineare una protezione della riservatezza del colloquio che, tuttavia, è resa ostica dalla necessità di verificare l'identità dei colloquianti ed i contenuti della conversazione al fine di decidere l'omissione della trascrizione. Proprio la varietà della casistica rende ancora più complessa l'interazione tra la polizia giudiziaria ed il magistrato procedente, con la concreta possibilità che la verifica sia condotta *ex post*, a verbalizzazione effettuata, e con la probabile circolazione delle parti atezizzate che – anche qualora se ne preveda la conservazione nell'archivio riservato del pubblico ministero in attesa della distruzione⁷⁵ – suscitano forti appetiti mediatici ed irresistibili tentazioni di utilizzazioni informali nel procedimento.

In particolare, la circolare della procura di Roma distingue tra intercettazioni dirette ed intercettazioni indirette. Con riguardo alle intercettazioni dirette nei confronti del difensore (in quanto indagato o offeso), si precisa che esse saranno utilizzabili eccezion fatta per le con-

⁶⁸ In termini critici sulla possibilità di disporre la distruzione in assenza di contraddittorio, si veda P. FERRUA, *La sentenza sulle intercettazioni "casuali" del presidente Napolitano. I non sequitur della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2013, 1287 ss.; R. ORLANDI, *Distrugette quelle registrazioni*, in *Cass. pen.*, 2013, 1347; A. ZAPPULLA, *Segreti versus contraddittorio in materia di intercettazioni*, *ivi*, 2014, 4329. Condividono l'impostazione della sentenza, P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, 18^a ed., Milano, 2017, 411 ss.; G.M. BACCARI, *Conflitto Capo dello Stato-Procura di Palermo: La Consulta delinea il potere di filtro del PM*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 674. Ad avviso di L. FILIPPI, *L'immunità assoluta del Presidente della Repubblica dalle intercettazioni*, in *Leg. pen.*, 2013, 947, *de iure condendo* potrebbe prospettarsi la possibilità di un contraddittorio ridotto al fine di verificare l'identità dei colloquianti con riferimento alle intercettazioni inutilizzabili per tale motivo. Sulla sentenza, si veda, inoltre E. MARZADURI, *La ricostruzione del ruolo del Capo dello Stato nel sistema costituzionale italiano e la garanzia della riservatezza assoluta delle comunicazioni presidenziali*, *ibidem*, 957. Confida nel potere dell'organo giurisdizionale di salvare le intercettazioni favorevoli alla difesa N. GALANTINI, *Un commento a prima lettura della sentenza della Corte costituzionale sul conflitto di attribuzione tra Capo dello Stato e la procura di Palermo*, in *questa Rivista*, 2013, 236.

⁶⁹ Nel senso che comunque il meccanismo di selezione incentrata sul pubblico ministero, delineato dalla Corte costituzionale, sembra ispirare le circolari e la stessa delega, ancora, P. TONINI e F. CAVALLI, *Le intercettazioni nelle circolari delle Procure*, cit., 705.

⁷⁰ Sull'assenza di contraddittorio in relazione alla distruzione di conversazioni tutelate dal segreto professionale, A. CAMON, *La decisione del conflitto fra il capo dello Stato e la Procura di Palermo: qualche incertezza sul piano tecnico, grande equilibrio su quello politico-istituzionale*, in *Leg. pen.*, 2013, 941-942, il quale fa l'esempio della conversazione intrattenuta dal medico e rileva che la difesa potrebbe aver interesse ad interloquire sulla distruzione al fine di esercitare il diritto alla prova.

⁷¹ La circolare della procura di Roma si trova in *Quest. giust.*, 19 aprile 2016.

⁷² Cass., sez. V, 25 settembre 2014, n. 42854, Galati, in *CED Cass.*, n. 261081.

⁷³ Cass., sez. V, 18 febbraio 2003, n. 12944, Ricciotti, in *CED Cass.*, n. 224251.

⁷⁴ Cass., sez. VI, 4 maggio 2005, n. 36600, Assinnata, in *CED Cass.*, n. 232266.

⁷⁵ In tal senso, la circolare della procura di Tivoli, 16 marzo 2017.

versazioni attinenti alla funzione difensiva (con soggetti estranei alle indagini ed attinenti alla attività professionale). Nel dubbio, la polizia giudiziaria dovrà rivolgersi al pubblico ministero.

Con riferimento alle intercettazioni indirette (si intercetta l'indagato e risulta una conversazione col difensore), le conversazioni non potranno essere riportate nei brogliacci, in cui comparirà soltanto la dicitura "conversazione con il difensore non utilizzabile"⁷⁶. È appena il caso di rilevare che la previsione contenuta nella legge-delega circa la necessità di indicare soltanto «data, ora e apparato su cui la registrazione è intervenuta» (art. 1, comma 84, lett. a, punto 5), nella sua generalità, sembra riferirsi anche alle conversazioni con il difensore, escludendo la possibilità che il legislatore delegato si conformi, sotto questo profilo, alle soluzioni delle circolari.

Le linee-guida della procura di Roma prevedono, poi, che in caso di dubbio in merito alla attinenza della conversazione alla funzione difensiva, la polizia giudiziaria sottoponga il contenuto della conversazione, trascritta e trasmessa con nota autonoma, alla valutazione del pubblico ministero che darà le opportune direttive; se il magistrato riterrà la conversazione inutilizzabile, trasmetterà la nota con il visto del procuratore aggiunto competente alla segreteria del procuratore per la conservazione agli atti nel protocollo riservato finché il giudice non ne disponga l'eventuale distruzione. A quest'ultimo proposito, nella circolare del 23 giugno 2017, la procura di Tivoli prospetta soluzioni interessanti in ordine al procedimento da seguire, facendo espresso riferimento ai *dicta* della sentenza costituzionale n. 1 del 2013, con un significativo correttivo: si stabilisce, infatti, che dopo aver accertato l'operatività della tutela dell'art. 103 c.p.p. il pubblico ministero debba chiedere direttamente al giudice la distruzione delle registrazioni e della relativa documentazione; tuttavia, gli effetti irreversibili della distruzione inducono a tentare di individuare – in attesa di un orientamento interpretativo degli organi giurisdizionali – una soluzione in cui almeno i difensori degli indagati possano venire a conoscenza del procedimento al fine di consentire una possibile interlocuzione sulla scelta del pubblico ministero attraverso istanze da presentare al giudice⁷⁷.

6. Una *lex imperfecta*?

A chiusura delle sintetiche considerazioni sin qui svolte in relazione all'articolato della legge-delega, ed in attesa dell'opera nomopoietica del legislatore delegato, merita evidenziare l'assenza di un idoneo apparato sanzionatorio per le violazioni della disciplina a tutela della riservatezza. Il riferimento va non soltanto al mancato allestimento di una specifica tutela civile o penale in relazione alla violazione del divieto di pubblicazione – dovuto a sin troppo ovvie ragioni connesse alla posizione contraria dei giornalisti – ma anche alla difficoltà di far operare sanzioni processuali per eventuali omissioni o errori di valutazione del pubblico ministero. Ci si domanda, infatti, cosa accada qualora il magistrato inquirente – o la polizia giudiziaria – non procedano allo stralcio al momento della redazione del brogliaccio, ovvero ai fini delle iniziative *de libertate* o ancora in relazione alla procedura acquisitiva che trova il suo epilogo nella trascrizione e, dunque, lascino agli atti conversazioni processualmente inutili e

⁷⁶ Dal canto suo, la circolare della procura di Tivoli si occupa di quel problema delicato che consiste nella necessità di disporre il distacco dell'utenza qualora emerga che l'intercettazione in corso è vietata dall'art. 103 c.p.p. In tal caso, non si configura un potere autonomo di interruzione dell'attività d'intercettazione in capo alla polizia giudiziaria in ragione dell'evidente necessità del controllo "successivo", che ricade sotto la responsabilità del pubblico ministero. Sulla necessità di disporre il distacco, S. SAU, *In tema di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni: alcune riflessioni a margine di una recente inchiesta giudiziaria*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, 189.

⁷⁷ In particolare si prevede che il pubblico ministero debba avanzare richiesta di distruzione contestualmente all'avviso di conclusione delle indagini preliminari nel quale si preciserà che è stata formulata la predetta istanza in modo che i difensori possano immediatamente presentare le proprie osservazioni. In caso di giudizio immediato, l'istanza del pubblico ministero sarà formulata contestualmente alla richiesta del rito la conoscenza dell'avvio del procedimento sarà resa nota ai difensori con la notifica del decreto che dispone il giudizio.

lesive della *privacy*⁷⁸.

È di tutta evidenza che la difficoltà di attivare una disciplina repressiva di tali condotte è dovuta alla natura discrezionale di simili valutazioni. Al tempo stesso, dal punto di vista strettamente processuale, non è agevole individuare la sanzione più adatta. Quand'anche si ipotizzasse di colpire con l'inutilizzabilità le conversazioni verbalizzate a dispetto dell'obbligo di scrematura – se del caso trasformando quest'ultimo in un vero e proprio *divieto di verbalizzazione* – tale strumento risulterebbe del tutto inidoneo a prevenire eventuali lesioni alla riservatezza dovute alla fuga della notizia ormai illegittimamente entrata nel circuito processuale "ufficiale". Simili rilievi sembrano destinati a valere anche a prescindere dalla eventuale messa a punto di uno specifico meccanismo di distruzione. Un idoneo deterrente si potrebbe individuare nella reazione sul piano disciplinare; tuttavia, la concretizzazione di tale profilo postulerebbe, anche stavolta, controlli su scelte discrezionali del magistrato inquirente di difficile e "odiosa" attuazione. Le osservazioni sin qui svolte rafforzano la considerazione secondo cui la riforma affidato al pubblico ministero la protezione della riservatezza facendo affidamento fondamentalmente sugli obblighi istituzionali di lealtà e correttezza nell'ottica di tutela della legalità⁷⁹.

Peraltro, ciò che più preme sottolineare è la mancanza di una disciplina specifica delle conversazioni, originariamente verbalizzate dalla polizia giudiziaria, di cui il pubblico ministero abbia, per contro, disposto l'omissione. Una simile lacuna è, con tutta probabilità, dovuta al fatto che il legislatore delegato non aveva ben presente tale eventualità. Eppure, per un verso, appare indispensabile che il legislatore delegato preveda un divieto di inserimento agli atti del procedimento e un complementare obbligo di distruzione di tale materiale; per un altro verso, sarebbe estremamente utile la previsione di sanzioni civili e penali per l'illecita pubblicazione, sulla scorta di quanto previsto agli artt. 3 e 4 della legge n. 281 del 2006, di conv. del decreto-legge n. 259 del 2006 in relazione alle intercettazioni illegali. Come è noto, tale disciplina ha sortito una notevole efficacia deterrente perché simili intercettazioni – anche nella vicenda concreta che ha dato origine alla decretazione d'urgenza – non sono mai fuoriuscite dal circuito processuale⁸⁰.

⁷⁸ Nel senso che il legislatore avrebbe dovuto prevedere un divieto di allegazione con un'adeguata sanzione in caso di inosservanza, L. FILIPPI, sub *comma 84, lett. a-e*, cit., 3534. Sotto altro profilo, il medesimo Autore rileva, altresì, l'assenza di qualsivoglia sanzione processuale per l'omessa o ritardata udienza di stralcio: «non si tratta soltanto di modificare la norma, che certamente può essere migliorata (ad esempio introducendo la prescrizione, simile a quella dettata dall'art. 195, c. 1 c.p.p. per la testimonianza indiretta, per cui, a richiesta di parte, l'udienza di stralcio e la trascrizione devono necessariamente svolgersi prima della decisione in udienza preliminare, sotto comminatoria di inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni). È necessario un mutamento culturale nella giurisprudenza, la quale non può continuare a stravolgere il chiaro dettato della legge, consentendo la decisione del giudice dell'udienza preliminare e persino del dibattimento senza disporre la trascrizione, oppure ammettendo una tardiva selezione delle conversazioni rilevanti in udienza preliminare, in dibattimento e persino in grado d'appello. Sembra invece ovvio che la persona indagata, già al momento della conclusione delle indagini preliminari, abbia diritto di difendersi e perciò di conoscere l'esatto contenuto delle registrazioni, non solo ascoltandole, ma potendone chiedere ed ottenere la trascrizione, senza doversi affidare al sommario resoconto contenuto nei brogliacci della polizia giudiziaria; ed è altrettanto ovvio che anche il giudice dell'udienza preliminare debba decidere conoscendo le registrazioni risultanti dalla perizia trascrittiva».

⁷⁹ «Ecco allora la domanda: e se anche quest'assetto venisse disapplicato? Se anche nel nuovo regime la selezione dei colloqui venisse rinviata alla fase processuale, ad opera d'un pubblico ministero disattento o in cerca di pubblicità? Si possono immaginare sanzioni? Di che tipo: penali, disciplinari, processuali? Oppure il silenzio della delega equivale ad un divieto? E se fosse così, non rischieremmo che, alla resa dei conti, dalla montagna sbucasse un topolino?» (cfr. A. CAMON, *Intercettazioni e fughe di notizie: dalle circolari alla riforma Orlando*, cit., 18).

⁸⁰ L'art. 3 punisce chiunque consapevolmente detiene gli atti, i supporti o i documenti di cui sia stata disposta la distruzione ai sensi dell'articolo 240 c.p.p. con la pena della reclusione da sei mesi a quattro anni. La pena è da uno a cinque anni se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio. L'art. 4 prevede la possibilità di chiedere una riparazione all'autore della pubblicazione degli atti o dei documenti di cui al comma 2 dell'articolo 240 c.p.p., al direttore responsabile e all'editore, in solido fra loro, una somma di denaro determinata in ragione di cinquanta centesimi per ogni copia stampata, ovvero da 50.000 a 1.000.000 di euro secondo l'entità del bacino di utenza ove la diffusione sia avvenuta con mezzo radiofonico, televisivo o telematico. In ogni caso, l'entità della riparazione non può essere inferiore a 10.000 euro. L'azione può essere proposta da parte di coloro a cui i detti atti o documenti fanno riferimento, si prescrive nel termine di cinque anni dalla data della pubblicazione e senza pregiudizio di quanto il Garante per la protezione dei dati personali possa disporre ove accerti o inibisca l'illecita diffusione di dati o di documenti, anche a seguito dell'esercizio di diritti da parte dell'interessato.

Diffamazione e trattamento dei dati personali nel processo mediatico

Defamation and Processing of Personal Data in the Trial by Media

SARA TURCHETTI

Docente al Master interfacoltà in giornalismo Walter Tobagi

PROCESSO MEDIATICO, DIFFAMAZIONE,
TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI

TRIAL BY MEDIA, DEFAMATION,
PROCESSING OF PERSONAL DATA

ABSTRACT

Muovendo da una nozione ristretta di processo mediatico e dall'assunto che si tratti di una patologia dell'informazione giudiziaria, si è cercato di verificare se la normativa esistente, a livello sovranazionale e nazionale, ed in particolare le norme penali in tema di diffamazione e trattamento illecito dei dati personali, siano di per sé idonee a porre un argine al dilagante fenomeno del processo mediatico. La risposta è tendenzialmente affermativa, soprattutto con riferimento alla normativa nazionale secondaria (codici di autoregolamentazione): questa normativa, tuttavia, ha trovato sin qui diversi ostacoli sul piano applicativo, che potrebbero essere superati se le istituzioni ponessero un'attenzione adeguata al problema.

Starting from a strict interpretation of the meaning of trial by media and from the assumption that we are in the presence of a pathology of the press in dealing with legal matters, we have tried to ascertain whether the existing legislation, both at a national and at a supranational level – specifically the criminal law on defamation and illegal processing of personal data – is sufficient in itself to set a barrier to the widespread phenomenon of trials by media. The answer to this question seems to be affirmative, especially when we refer to the secondary national legislation (self-regulation codes): however, on the operational level, this legislation has so far met several obstacles that could be overcome if the institutions were to give proper attention to this problem.

SOMMARIO

1. Sulla nozione di processo mediatico. – 2. Normativa riferibile al processo mediatico: a) fonti sovranazionali. – 3. (Segue): b) normazione secondaria nazionale. – 4. (Segue): c) norme penali in tema di diffamazione e di trattamento dei dati personali. – 5. I processi mediatici tra prevenzione e repressione.

1.

Sulla nozione di ‘processo mediatico’.

Nell’ambito del più ampio tema “giustizia penale e informazione giudiziaria”, le mie riflessioni si concentrano sulle ipotesi di diffamazione e trattamento illecito di dati personali nell’ambito dei c.d. “processi mediatici”.

Innanzitutto, mi pare doveroso premettere che per ‘processo mediatico’ intendo la “rappresentazione mediatica (soprattutto televisiva) dei processi penali per fatti di cronaca nera”¹. Più in generale, sulla scorta di un’autorevole dottrina, si potrebbe dire che il processo mediatico è “il processo celebrato sui mezzi di informazione”².

Il processo mediatico costituisce, infatti, una sorta di celebrazione, per così dire, “parallela e profana” di un “altro processo”³, che si celebra in un “foro mediatico alternativo”⁴, in cui i giudici sono incarnati dall’opinione pubblica che trae il proprio convincimento da notizie di cronaca giudiziaria presentate in modo esasperato - quando non deliberatamente rielaborate in chiave noir e/o soap opera⁵ - e, quindi, ‘offerte’ al giudizio, in una sorta di agorà mediatica⁶.

I media - sono parole di un altro illustre penalista⁷ - “mettono in scena la realtà sulla base di criteri loro propri che non sempre e non necessariamente coincidono con quelli del sistema penale”, dando origine a distorsioni di carattere “quantitativo, qualitativo e contenutistico”⁸: nella necessaria selettività della comunicazione mediatica⁹, privilegiando, rispetto alla notizia-informazione, la notizia-racconto, dove predomina l’aspetto del mito, in cui non si narrano cose concrete accadute, bensì cose umane che possono accadere¹⁰. Ne scaturisce una sorta di “circo mediatico giudiziario”¹¹, creatore di “pre - giudizi”¹², in cui l’accertamento della responsabilità - in chiave colpevolista¹³ - è istantaneo¹⁴ ed il “mostro” è immediatamente messo alla gogna dai media e dall’opinione pubblica, ben prima - e a prescindere - dall’esito del processo penale.

Tale “rappresentazione” costituisce una patologia rispetto all’esercizio del diritto all’informazione relativa ai procedimenti penali in corso: il processo mediatico non rappresenta dunque un’espressione del diritto all’informazione (nelle sue componenti di diritto ad informare, ad essere informati, ad accedere alle informazioni), ponendo semmai un problema di rapporti

¹ C. CONTI, *La verità processuale nell’era “post - Franzese”: rappresentazioni mediatiche e scienza del dubbio*, in CONTI (a cura di), *Processo mediatico e processo penale, per un’analisi critica dei casi più discussi da Cogne a Garlasco*, 2016, 5.

² G. GIOSTRA, *Processo penale e mass media*, in *Criminalia*, 2007, 59.

³ F. IACOVIELLO, *Conclusioni, il processo senza verità*, in CONTI (a cura di), *Processo mediatico e processo penale*, cit., 220.

⁴ Autorità per la garanzia delle comunicazioni, *Delibera n. 13/08/CSP, Atto di indirizzo sulle corrette modalità di rappresentazione dei procedimenti giudiziari nelle trasmissioni radiotelevisive*, in *G.U.* 15 febbraio 2008, n. 39.

⁵ E. CATALANO, *Sulla presunta irrilevanza del clamore mediatico intorno a vicende giudiziarie*, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, n. 2/2016, 89.

⁶ G. GIOSTRA, *Processo penale e mass media*, cit., 60.

⁷ T. PADOVANI, *Informazione e giustizia penale: dolenti note*, in *Diritto penale e processo*, n. 6/2008, 689.

⁸ T. PADOVANI, *Informazione e giustizia penale*, cit., 690.

⁹ Parla di “consapevole selezione di cosa ricordare (far ricordare) e di cosa (far) dimenticare”, C. E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed ‘effetti penali’ dei media)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 481.

¹⁰ Le cause del fenomeno del processo mediatico sono state approfonditamente esaminate da C. E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed ‘effetti penali’ dei media)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006; cfr. di recente G. GIOSTRA, voce *Processo mediatico*, in *Annali Enciclopedia del diritto*, vol X, in corso di pubblicazione, che vede nel ‘processo mediatico’ una moderna espressione della comunicazione sociale che risponde, avvalendosi delle nuove tecnologie, all’incalzante domanda di giustizia, anche sommaria, purché rapida e tranquillizzante.

¹¹ T. PADOVANI, *Informazione e giustizia penale*, cit. p. 691, che cita D. SOULEZ LARIVIERE, *Du cirque médiatique - judiciaire et des moyens d’en sortir*, Parigi, 1993.

¹² G. GIOSTRA, voce *Processo mediatico*, in *Annali*, cit. in corso di pubblicazione.

¹³ Parlano di “presunzione di colpevolezza” nei processi mediatici: A. SORO, *Fermate il processo mediatico o si uccide la dignità delle persone*, intervista rilasciata a *Il garantista*, 14 maggio 2009; E. AMODIO, *Estetica della giustizia penale, prassi, media, fiction*, 2016, 136; Parla di “ansia di rassicurazione che verbalmente invoca giustizia, ma di fatto reclama un colpevole”: G. GIOSTRA, voce *Processo mediatico*, cit. in corso di pubblicazione; sulla presunzione di colpevolezza come strumento che placa l’ansia della collettività scossa dal crimine, v. ancora E. AMODIO, *Estetica della giustizia penale*, cit., 135.

¹⁴ Sull’ “insofferenza” dell’opinione pubblica “per la giustizia istituzionale, intessuta di regole e limiti” che la rendono lenta, a fronte della “verità immediata” fornita dai *mass media*, v. G. GIOSTRA, *Processo penale e mass media*, cit., 60; in tal senso anche E. AMODIO, *Estetica della giustizia penale*, cit., 132.

con il diritto alla libera manifestazione del pensiero¹⁵.

Nel “guazzabuglio mediatico, sovraccarico di notizie e infecondo di conoscenza”, come è stato efficacemente osservato, “è necessario distinguere: bisogna almeno tracciare una invalicabile linea di demarcazione tra la c.d. pubblicità mediata del procedimento penale e quegli allestimenti comunicativi che a questo si vogliono sostituire, tra l’informazione sul procedimento penale e l’accertamento sui mezzi di informazione dei fatti oggetto del procedimento penale”¹⁶.

Muovendo dalla necessità di distinguere, e dalla definizione che ho anticipato di processo mediatico, a mio avviso non rientrano in tale ambito i resoconti giornalistici di procedimenti penali in corso o di processi celebrati nelle aule di giustizia, trattandosi, in tali ipotesi - al ricorrere dei noti requisiti di verità, interesse pubblico e continenza - di esercizio del diritto di cronaca (giudiziaria), e in ipotesi di resoconti inesatti (normalmente per il venir meno del requisito di ‘verità’) di “cattiva” cronaca giudiziaria¹⁷; né ritengo possano rientrare nel concetto di processo mediatico le campagne giudiziarie dei media volte (in assenza di procedimenti penali pendenti) proprio a denunciare episodi o fatti suscettibili di integrare ipotesi di reato, al fine di ottenere che la magistratura indaghi ed accerti eventuali responsabilità. In tali ipotesi, infatti, ci troviamo nell’ambito del giornalismo d’inchiesta, che rappresenta “l’espressione più alta e più nobile dell’informazione”¹⁸.

2. **Normativa riferibile al processo mediatico: a) fonti sovranazionali.**

Premesso che il processo mediatico costituisce una patologia dell’informazione giudiziaria relativa ai processi penali in corso, ne segue che non esiste una disciplina normativa del c.d. ‘processo mediatico’: evidentemente, le norme di riferimento devono essere individuate in quelle relative alla corretta informazione relativa ai procedimenti penali.

Quanto alle fonti sovranazionali, di particolare rilievo risultano:

- la Raccomandazione 13/2003 del Consiglio d’Europa, che, mentre sancisce il diritto all’informazione attraverso i media, dispone che questi ultimi si attengano ad alcuni principi fondamentali, tra cui spiccano: la presunzione di innocenza (corollario del diritto a un giusto processo ex art. 6 CEDU); la tutela della riservatezza (in armonia con quanto stabilito dall’art. 8 CEDU): in particolare la riservatezza deve essere garantita con riferimento ai minori e ai soggetti vulnerabili, come le vittime, i testimoni e i famigliari anche dell’indagato;

- la Risoluzione n. 1165/1998, in tema di diritto alla privacy, adottata dall’Assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa. Con particolare riferimento alle aggressioni da parte dei media, la Risoluzione stabilisce innanzitutto una differenza tra public figures e persone ‘comuni’, la cui aspettativa di privacy è maggiore. Al punto 12) della Risoluzione si legge che il diritto alla riservatezza riconosciuto dall’art. 8 CEDU è posto a tutela dell’individuo nei confronti di interferenze recate non solo da pubbliche autorità, ma anche da persone e istituzioni private, inclusi i mass media.

3. **(Segue): b) normazione secondaria nazionale.**

A livello nazionale, nell’ambito della normazione secondaria segnalo:

- Provvedimento del Garante del 29.7.1998, “Codice di deontologia relativo al trattamento dei dati nell’esercizio dell’attività giornalistica”. In particolare, per i fini che ci interessano, meritano attenzione: l’art. 5 (Diritto all’informazione e dati personali), ove si stabilisce che nel raccogliere e rivelare dati personali (relativi a origini etniche, razziali, convinzioni religiose, filosofiche, opinioni politiche, adesioni a partiti, sindacati, associazioni, organizzazioni religiose), nonché dati relativi a condizioni di salute e sfera sessuale, il giornalista deve rispettare

¹⁵ Cfr. G. P. ACCINNI, *Civiltà giuridica della comunicazione*, 2017, 160.

¹⁶ G. GIOSTRA, voce *Processo mediatico*, in *Annali*, cit. in corso di pubblicazione.

¹⁷ In tal senso, di recente, anche la più autorevole dottrina: G. GIOSTRA, voce *Processo mediatico*, cit. in corso di pubblicazione.

¹⁸ Cass. civ., 9.7.2010, n. 16236, in *Ced* 614076.

l'essenzialità dell'informazione su fatti di interesse pubblico, evitando riferimenti a congiunti o soggetti non interessati ai fatti; l'art. 6 (Essenzialità dell'informazione), in cui si stabilisce che la divulgazione di notizie di rilevante interesse pubblico non contrasta con il rispetto alla sfera privata quando l'informazione, anche dettagliata, sia indispensabile in ragione dell'originalità del fatto o della relativa descrizione, dei modi particolari in cui è avvenuto, nonché della qualificazione dei protagonisti; l'art. 8 (Tutela della dignità della persona), a norma del quale, salva l'essenzialità dell'informazione, il giornalista non fornisce notizie o pubblica immagini di persone coinvolte in fatti di cronaca lesive della dignità, né si sofferma su dettagli di violenza;

- Delibera 31.1.2008, n. 13/08/CSP dell'Autorità per la garanzia delle comunicazioni (Agcom), "Atto di indirizzo sulle corrette modalità di rappresentazione dei procedimenti giudiziari nelle trasmissioni radiotelevisive". Tale delibera, che affronta esplicitamente il problema dei processi mediatici, si rivolge(va) a tutte le emittenti radiotelevisive, pubbliche e private, nazionali e locali, ai fornitori di contenuti radiotelevisivi su frequenze terrestri via satellite e via cavo e le invita(va) ad adottare un Codice di autoregolamentazione che tenesse presente i principi elencati all'art. 1 della delibera. L'Autorità garante delle comunicazioni, da un lato, attraverso una dichiarazione programmatica, richiede(va) che nelle trasmissioni aventi ad oggetto la "rappresentazione di vicende e fatti costituenti materia di procedimenti giudiziari in corso" fossero rispettate l'obiettività, la completezza, la lealtà, l'imparzialità dell'informazione e la dignità della persona; dall'altro, prendendo posizione, nettamente, contro i processi mediatici (dei quali si diceva espressamente che "vanno evitati"), impone(va) di attenersi ai seguenti criteri:

a) "evitare un'esposizione mediatica sproporzionata, eccessiva e /o artificiosamente suggestiva, anche per le modalità adoperate, delle vicende di giustizia che non possono in alcun modo divenire oggetto di processi condotti fuori dal processo";

b) le modalità devono "tenere conto della presunzione di innocenza";

c) va evitata "la trasformazione del dolore privato in uno spettacolo pubblico che amplifichi le sofferenze delle vittime" e bisogna rifuggire dalla "divizzazione dell'indagato".

Non solo, ma nel far salva la possibilità di dibattiti relativi a vicende giudiziarie, richiede(va) il rispetto del principio del contraddittorio, imponendo di assicurare pari opportunità nel confronto dialettico. Sul punto, l'Autorità stabilì(va) che "l'obbligatorio confronto tra le diverse tesi dovrà essere garantito da soggetti diversi dalle parti che sono coinvolte e si confrontano nel processo".

Dalla delibera dell'Agcom è scaturito il Codice di autoregolamentazione 21.5.2009.

- Codice di autoregolamentazione in materia di rappresentazione di vicende giudiziarie nelle trasmissioni radiotelevisive, del 21.5.2009, sottoscritto da Rai, Rti – Reti Televisive Italiane – gruppo Mediaset, Telecom Italia – per La7, FNSI ed Associazioni FRT e Aerenti Corallo –, con il quale le parti, all'art. 1, tra l'altro, "si impegnano a":

a) "curare che risultino chiare le differenze tra documentazione e rappresentazione, fra cronaca e commento, fra indagato, imputato e condannato";

b) diffondere informazioni "attenendosi alla presunzione di non colpevolezza";

d) rispettare il principio del "contraddittorio delle tesi assicurando la presenza e la pari opportunità nel confronto dialettico tra i soggetti che le sostengono, comunque diversi dalle parti che si confrontano nel processo";

e) "controllare, nell'esercizio del diritto di cronaca, la verità dei fatti narrati mediante accurata verifica delle fonti avvertendo o comunque rendendo chiaro che le persone indagate o accusate si presumono non colpevoli fino alla sentenza irrevocabile di condanna";

f) "non rivelare dati sensibili o che ledano la riservatezza, la dignità ed il decoro altrui, in special modo della vittima o di altri soggetti non indagati".

All'art. 2 si prevede che l'accertamento delle violazioni del Codice sia demandato alla competenza di un apposito Comitato che le parti si impegnano a costituire entro il 30.6.2009; in ogni caso, per il giornalista la competenza resta riservata all'ordine.

Tale Comitato (Comitato per l'applicazione del codice di autoregolamentazione in materia di rappresentazione di vicende giudiziarie nelle trasmissioni radiotelevisive) è stato in effetti costituito; come si legge nel suo Comunicato-stampa del 9 febbraio 2012, ha promosso incontri tra rappresentanti RAI e Mediaset per "rendere più incisiva e convinta l'applicazione

del Codice, pur in presenza di evidenti criticità di interpretazione¹⁹; tuttavia, come risulta da una lettera inviata al Presidente della Repubblica dal rappresentante del Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Giornalisti nel Comitato per l'applicazione del Codice di autoregolamentazione, tale Comitato già da ottobre del 2012 ha smesso di funzionare²⁰, con la conseguenza che il Codice di autoregolamentazione, del 21 maggio 2009, è rimasto lettera morta.

- Testo unico dei doveri del giornalista, approvato dal Consiglio Nazionale nella riunione del 27 gennaio 2016. Tale testo unico, come si legge in premessa, recepisce e armonizza tutti i precedenti atti normativi, relativi all'attività giornalistica e reca, come all. 1, il "Codice deontologico relativo al trattamento dei dati personali nell'esercizio dell'attività giornalistica". Per quel che interessa in questa sede, nel citato t.u. appare di particolare rilievo l'art. 8 (Cronaca giudiziaria e processi in tv). Al punto 1 dell'art. 8 si ribadisce il rispetto "sempre e comunque" del diritto alla presunzione di non colpevolezza, a cui si aggiunge il dovere di dare notizia "con appropriato rilievo" delle assoluzioni e dei proscioglimenti. Per quel che riguarda le trasmissioni televisive, al punto 4 si richiama al "rispetto del principio del contraddittorio delle tesi", come richiesto dal Codice di autoregolamentazione: dovrà inoltre essere assicurata "la presenza e la pari opportunità nel confronto dialettico" tra i soggetti che sostengono le diverse tesi - comunque diversi dalle parti che si confrontano nel processo - "garantendo il principio di buona fede e continenza nella corretta ricostruzione degli avvenimenti". Ancora, al punto 5 si sottolinea come si debba aver cura che "risultino chiare le differenze tra documentazione e rappresentazione, fra cronaca e commento, fra indagato, imputato e condannato". Per il tema oggetto del nostro studio è sicuramente di rilievo anche l'art. 9 (Doveri in tema di rettifica e di rispetto delle fonti), al cui punto 2 si stabilisce che "il giornalista non dà notizia di accuse che possano danneggiare la reputazione e la dignità di una persona senza garantire opportunità di replica. Nel caso in cui ciò si riveli impossibile, ne informa il pubblico".

- Codice deontologico relativo al trattamento dei dati personali nell'esercizio dell'attività giornalistica", che costituisce, come si è detto, l'all. 1 al Testo unico dei doveri del giornalista del 2016. Il Codice deontologico richiama al rispetto della dignità della persona ed al trattamento dei dati solo in presenza delle condizioni di cui agli artt. 136 ss. del Codice privacy: i fatti devono rivestire un interesse pubblico e l'informazione deve essere contenuta nei limiti dell'essenzialità.

4.

(Segue): c) norme penali in tema di diffamazione e di trattamento dei dati personali.

- Art. 595 c.p., art. 30 co. 4 l. 223/1991 e art. 13 l. n. 47/1948

Definito il 'processo mediatico' come quel processo che si svolge sui mezzi di comunicazione, prevalentemente televisivi, per una responsabilità a titolo di diffamazione la normativa di riferimento è in primo luogo rappresentata dall'art. 30 co. 4 l. n. 223/1990 (legge Mammi), che per le ipotesi di "diffamazione commesse attraverso trasmissioni [tv e radiofoniche] consistenti nell'attribuzione di un fatto determinato" stabilisce l'applicazione dell'art. 13 della l. 47/1948. Pertanto, il trattamento sanzionatorio, come per la diffamazione a mezzo stampa aggravata dall'attribuzione di un fatto determinato, consiste nella reclusione da 1 a 6 anni, congiunta alla multa non inferiore a 258 euro. Sul punto, va ricordato che per le emittenti radio-televisive la previsione della responsabilità è limitata ad alcuni soggetti, vale a dire al "concessionario pubblico o privato o al soggetto da questo delegato al controllo": manca - per il direttore di testata - una previsione analoga a quella dell'art. 57 c.p. relativa al direttore del periodico.

La norma sulla diffamazione è a mio avviso astrattamente applicabile anche ai processi

¹⁹ Comitato per l'applicazione del codice di autoregolamentazione in materia di rappresentazione di vicende giudiziarie nelle trasmissioni radiotelevisive, *Comunicato Stampa del 9 febbraio 2012*, in www.agcom.it, Atti e delibere.

²⁰ FRANZ, *In coma profondo il Comitato AGCOM sui processi t.v.*, 12 novembre 2014, lettera aperta inviata al Presidente della Repubblica, nella quale il mittente dà atto che all'indomani di un Seminario di studio "I processi televisivi. Tra diritto di cronaca e diritti della persona", organizzato dal Comitato Processi in Tv presso l'AGCOM, tenutosi il 25 ottobre 2012, il Comitato Processi in Tv non si è più riunito.

mediatici. Ovviamente, il problema che si pone - come sempre - è relativo al bilanciamento di interessi costituzionalmente garantiti: diritto all'onore e alla reputazione, diritto ad informare (possiamo dire così?) su fatti inerenti un procedimento penale. Il diritto ad informare prevarrà nel momento in cui sussistano i requisiti di verità, continenza, interesse pubblico. Il quesito che mi pongo è: si tratta propriamente di 'diritto di informare', che si inquadra nel diritto di cronaca? O si tratta - piuttosto - di una diversa componente del 'diritto di libera manifestazione del pensiero'²¹?

Se ammettiamo che si tratti di diritto di cronaca (in quanto comunque attinente l'informazione su procedimenti penali), allora il requisito di verità dovrebbe essere interpretato in modo stringente (come doveroso in tema di cronaca giudiziaria, dove non è invocabile il diritto di cronaca se si utilizza una terminologia giuridica non corretta, che, ad esempio, lasci intendere al fruitore della notizia il raggiungimento di uno stadio ulteriore nell'accertamento della responsabilità penale: pensiamo all'ipotesi in cui si scriva di un "rinvio a giudizio" piuttosto che di una "richiesta di rinvio a giudizio"). È proprio il requisito di verità che manca di regola nel processo mediatico. Nel rispetto della presunzione di non colpevolezza²², per cui la verità deve essere intesa quale corrispondenza tra accaduto e narrato, non ci sarebbe spazio per ricostruzioni fantasiose. Il vero problema del processo mediatico, a mio avviso, è che si propone come un resoconto particolarmente dettagliato e approfondito di un procedimento penale in corso, mentre è in realtà il veicolo per esporre tesi non confortate da sufficienti elementi di prova.

Ciò ingenera un equivoco di fondo nell'ascoltatore: il fruitore dovrebbe sapere che si trova di fronte a mere ricostruzioni e congetture - una ricostruzione che, in ogni caso, in ossequio al Testo Unico dei doveri del giornalista, dovrebbe poter essere 'controbilanciata' dall'esposizione della tesi opposta -; dovrebbe aver chiaro che quanto gli viene proposto non è una verità accertata nel processo.

Ritengo dunque decisivo stabilire, di volta in volta, se il processo mediatico risulti volto, oggettivamente, non già a dare informazioni - informazioni evidentemente distorte - in ordine a un procedimento penale, bensì a creare o a alimentare un dibattito sul tema, in un ambito tendenzialmente coperto dalla libertà di manifestazione del pensiero, con conseguente affievolimento, tra l'altro, del requisito di verità. Va, peraltro, sottolineato che, muovendo la manifestazione del pensiero da fatti che formano oggetto di un processo penale, dovrà comunque essere garantita la presunzione di innocenza, nonché il requisito della verità in relazione a quanto sia stato accertato nel processo e a quanto, invece, sia frutto di ricostruzioni da parte del giornalista.

La sanzione penale potrebbe dunque trovare spazio in relazione ad ipotesi in cui, pur rendendosi chiaro allo spettatore televisivo che ciò che gli viene proposto è una ricostruzione dei fatti esterna al processo, tuttavia tale ricostruzione contenga elementi di fatto non rispondenti a verità accertate nel processo o configga con la presunzione di innocenza. Aggiungo che, anche in tali casi, la sanzione penale mi pare inappropriata, soprattutto se consideriamo che la Corte EDU chiede all'Italia non solo l'abolizione della pena detentiva per i giornalisti, ma la fuoriuscita dal circuito penale²³.

- Art. 167 T.U. Privacy

Secondo la definizione di "dato personale" contenuta nell'art. 4 del Codice Privacy e la nozione di "trattamento" fornita in quella sede, che comprende la comunicazione e la diffusione dei dati personali - tra l'altro, oggetto del trattamento possono essere anche dati giudiziari (art. 4 lett. e) -, è pacifico che il Codice della privacy possa trovare applicazione anche in ipotesi di trattamento dei dati nell'ambito di processi mediatici. Peraltro, se il trattamento è effettuato per finalità giornalistiche, nei limiti del diritto di cronaca e nel rispetto dell'essenzialità dell'informazione riguardo a fatti di interesse pubblico, il trattamento dei dati, anche di dati giudiziari, in assenza dell'autorizzazione del Garante è lecito in quanto ammesso dall'art. 137, lett. b) del T.U. Privacy.

²¹ Sui rapporti tra diritto di cronaca e libertà di manifestazione del pensiero *ex art. 21 Cost.* sono tutt'ora fondamentali: Corte cost. 29 gennaio 1981, n. 16, nonché Corte cost. 20 gennaio 1965, n. 25, in *Giur. cost.*, 1965, 241, con nota di CRISAFULLI, *In tema di limiti alla cronaca giudiziaria*.

²² Parte della dottrina fa peraltro riferimento in proposito non alla presunzione di innocenza, *ex art. 27, co. 1, Cost.*, che riguarderebbe soltanto il processo, ma al diritto all'immagine e all'onore: cfr. R. ORLANDI, *Riflessioni a margine dell'incontro dell'8 maggio 2017* (Firenze, Villa Ruspoli).

²³ Mi riferisco alla Risoluzione 1577 del 2007 del Consiglio d'Europa "towards decriminalisation of defamation".

Anche qui, a mio avviso, la norma penale potrebbe in astratto costituire un argine al trattamento di dati nei processi mediatici, se venisse dato il giusto rilievo al requisito dell'essenzialità dell'informazione. Spesso le informazioni sono di interesse pubblico, ma si "va oltre" nel riferire i fatti: si indulgia su particolari irrilevanti ai fini della notizia (particolari che però possono suscitare interessi pruriginosi), come, ad esempio, allorché venivano riferiti particolari in ordine alle abitudini sessuali del rampollo di una famiglia molto potente e all'abbigliamento intimo che indossava, allorché veniva soccorso dopo un malore intervenuto a seguito dell'abuso di sostanze stupefacenti²⁴.

Per quanto riguarda il delitto di trattamento illecito di dati, consultando la banca dati DeJure rilevo che – a oggi – le condanne (penali) in ambito giornalistico si contano sulle dita di una mano²⁵. La tutela della riservatezza viene prevalentemente, su un piano extra-penale, dal garante della privacy, spesso proprio in considerazione della mancanza del requisito dell'essenzialità dell'informazione²⁶.

5.

I processi mediatici tra prevenzione e repressione.

Ho visitato il sito internet dell'AGCOM, in cerca di eventuali provvedimenti sanzionatori conseguenti all'adozione del Codice di autoregolamentazione del 2009. Ebbene, il sito prevede, tra le modalità di ricerca tematica, la voce "processi in tv". Digitando questa voce, mi sono imbattuta in 15 provvedimenti, nessuno dei quali, però, inerente un autentico processo mediatico. Si trattava, in molteplici casi di provvedimenti di archiviazione relativi a procedimenti sanzionatori conseguenti alla messa in onda, in fascia oraria protetta (nel corso dei telegiornali di emittenti RAI e SKY, che peraltro non ha sottoscritto il Codice), delle immagini cruento della morte di Gheddafi. Altri casi riguardavano esternazioni razziste in ambito calcistico.

Con riferimento al processo mediatico mi sono imbattuta esclusivamente in un Comunicato-stampa del 2012 del Comitato per l'applicazione del codice di autoregolamentazione in materia di rappresentazione di vicende giudiziarie nelle trasmissioni radiotelevisive: come accennavo sopra, il Comitato aveva inizialmente promosso degli incontri tra rappresentanti RAI e Mediaset "per rendere più incisiva e convinta l'applicazione del Codice". Tuttavia, come già ho segnalato, dalla lettera aperta al Presidente della Repubblica, inviata dal rappresentante del Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Giornalisti nel Comitato per l'applicazione del Codice di autoregolamentazione, si evince che il Comitato aveva smesso di funzionare già ad ottobre 2012.

Traendo spunto, ancora, dal "Codice di autoregolamentazione in materia di rappresentazione di vicende giudiziarie nelle trasmissioni radiotelevisive", sottoscritto il 31.5.2009, che, come si è detto, mantiene, per l'accertamento delle violazioni commesse dai giornalisti, la competenza dell'Ordine dei giornalisti, ho effettuato una ricerca su eventuali provvedimenti sanzionatori emessi dal Consiglio di disciplina della Lombardia e da quello del Lazio. In Lombardia, dove sono accessibili i dati relativi ai procedimenti pendenti e agli esiti, non vi sono né provvedimenti né procedimenti disciplinari sul tema. Nel Lazio, da quel che mi risulta, sono accessibili solo gli esiti dei procedimenti (archiviazione/sanzione), il che non consente di accertare se l'oggetto della contestazione originaria potesse interessare la nostra ricerca.

Chi invece più volte ha preso posizione, in tempi recenti, contro i processi mediatici è il Garante della privacy, il quale ha rilevato che i processi "oggi sembrano celebrarsi più che nelle aule di giustizia sui giornali e soprattutto in rete", ha sottolineato che il carattere non segreto del giudizio, valore essenziale della democrazia, "non vuol dire gogna mediatica" e ha richiamato ad "un esercizio responsabile del diritto di cronaca"²⁷.

Nel marzo 2015, una Componente del Collegio del Garante, Licia Califano, nel Report curato dal Consiglio nazionale dell'ordine dei giornalisti e dall'Osservatorio di Pavia Media Research, scriveva che "le regole ci sono, ma non sono sufficienti"²⁸, auspicando una riforma

²⁴ Nel caso di specie il Garante interveniva, vietando la prosecuzione della diffusione, con *Prescrizione* del 12 gennaio 2006, *Diffusione a mezzo stampa di abitudini sessuali*, in www.garanteprivacy.it.

²⁵ Sia consentito rinviare a S. TURCHETTI, *Cronaca giudiziaria e responsabilità penale del giornalista*, 2014, 203 ss.

²⁶ Per una panoramica sugli interventi del Garante, sino al 2014, può vedersi, ancora, S. TURCHETTI, *Cronaca giudiziaria e responsabilità penale del giornalista*, cit., 209 s.

²⁷ A. SORO, *Internet ed il nodo irrisolto del processo mediatico*, in *Il messaggero*, 24 ottobre 2014.

²⁸ L. CALIFANO, *Presentazione del Report "La televisione del dolore"*, Roma, 24 marzo 2015, reperibile sul sito www.garanteprivacy.it.

del codice deontologico (riforma che poi è scaturita nel Testo Unico dei doveri del giornalista del 2016). In particolare, per quel che riguarda il delicato settore della cronaca giudiziaria, evidenziava, tra l'altro, la necessità di: 1) ribadire con forza il rispetto della presunzione di innocenza, "così da tutelare chi, per effetto delle ricostruzioni mediatiche viene additato come mostro senza che ci sia stato un regolare processo a stabilirlo"; 2) proteggere l'identità di coloro che a vario titolo partecipano ad un procedimento, testimoni o persone informate, "così da impedire l'accanimento mediatico su persone che spesso sono loro malgrado coinvolte in vicende giudiziarie"; 3) proteggere coloro che sono del tutto estranei ai fatti "così da spegnere i riflettori in grado di compromettere la vita privata e familiare di chi nulla ha a che spartire con i fatti oggetto di cronaca"²⁹.

Ancora, in un'intervista del maggio 2015, il Presidente del Garante per la protezione dei dati personali definiva il processo mediatico una "degenerazione del sistema"³⁰, degenerazione, però, che, a suo avviso, "può essere fermata" con l'impegno di tutte le parti – "stampa, magistrati, avvocati" – che nei rispettivi ruoli tengano sempre in considerazione la dignità della persona, da riconoscersi, evidentemente, anche a chi è condannato.

Successivamente agli interventi del Garante, come si diceva, nel 2016 il Consiglio Nazionale dei giornalisti ha adottato il Testo Unico dei doveri del giornalista, cui è allegato il "Codice deontologico relativo al trattamento dei dati personali nell'esercizio dell'attività giornalistica".

Le norme, dunque, ci sono: e sembrano adeguate ad arginare il fenomeno in esame. A mio avviso, al di là di una repressione penale limitata alle ipotesi più gravi, la strada dovrebbe essere quella degli organi di disciplina e dell'autoresponsabilizzazione³¹, a mio parere impensabile, d'altra parte, senza una preventiva "rianimazione" dal "coma profondo"³² del Comitato per l'applicazione del Codice di autoregolamentazione in materia di rappresentazione di vicende giudiziarie nelle trasmissioni radiotelevisive.

Bisogna, in ogni caso, prendere atto dell'assenza di provvedimenti sanzionatori da parte delle autorità competenti (anche nel periodo in cui il Comitato avrebbe dovuto essere attivo, vale a dire tra il luglio 2009 e l'ottobre 2012): un dato che si presta ad essere variamente interpretato. Potrebbe confermare l'ipotesi che considera adeguata la normativa attuale ad arginare il fenomeno dei processi mediatici: l'assenza di provvedimenti sanzionatori potrebbe riflettere, dunque, un generale adeguamento alle regole. All'opposto, il silenzio della giurisprudenza potrebbe essere interpretato come espressione di una totale ineffettività delle previsioni sanzionatorie: nessuno verrebbe sanzionato a dispetto di una prassi immodificata nel giornalismo televisivo.

Un quesito che, ad oggi, non sono in grado di sciogliere.

²⁹ L. CALIFANO, *Presentazione*, cit.

³⁰ A. SORO, *Fermate il processo mediatico o si uccide la dignità delle persone*, intervista rilasciata a *Il Garantista*, 14 maggio 2015, reperibile sul sito www.garanteprivacy.it.

³¹ Nel corso dell'incontro tenutosi l'8 maggio 2017 a Firenze (Villa Ruspoli), il dott. L. FERRARELLA ha ipotizzato l'introduzione di una 'sanzione reputazionale' che potrebbe consistere nella pubblicazione sul quotidiano o sul sito *on line* del provvedimento/sanzione emesso nei confronti del giornalista nelle differenti sedi (civile, penale, garante privacy, ordine disciplinare). Come strumento di tutela, il Prof. V. MANES ha proposto anche un rimedio di carattere riparativo, da concepirsi come circostanza attenuante applicabile in sede di commisurazione della pena dal Giudice che accerti che l'imputato abbia subito un ingiusto processo mediatico. Tale opzione creerebbe, al momento, un'asimmetria tra persone condannate e persone assolve, nonché tra persone condannate e soggetti terzi (non indagati). Per queste ultime categorie (assolti e soggetti terzi), quindi, dovrebbe essere pensato un rimedio alternativo rispetto alla circostanza attenuante.

³² L'espressione è di P. FRANZ, *In coma profondo il Comitato AGCOM sui processi t.v.*, cit.

Attività giornalistica e responsabilità dell'ente

Press and Corporate Liability

CARLO PIERGALLINI

Professore ordinario di Diritto penale presso l'Università di Macerata

PROCESSO MEDIATICO, MASS MEDIA E GIUSTIZIA
PENALE, RESPONSABILITÀ DELL'ENTE

MEDIA PROCESS, MASS MEDIA AND CRIMINAL JUSTICE,
CORPORATE LIABILITY

ABSTRACT

Lo scritto si occupa del tema della estensibilità della responsabilità amministrativa da reato degli enti collettivi, di cui al d. lgs. 231/2001, ai reati riconducibili all'esercizio dell'attività giornalistica. Esaminati i problemi legati all'operatività dei criteri di imputazione di tali reati all'impresa giornalistica, si pone in evidenza la problematica compatibilità tra l'esercizio del diritto di cronaca e la compliance preventiva che fonda la colpevolezza di organizzazione dell'ente.

The paper deals with the matter of corporate liability (d. lgs. 231/2001) in the field of journalistic activity. Once examined the issues linked to the criteria set in order to ascribe the offense to the journalist, it is underlined the question of compatibility between the freedom of information and the preventive "compliance" that establishes the guiltiness of the body.

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Estensibilità del d. lgs. 231/2001 ai reati ‘tipicamente’ riconducibili all’esercizio dell’attività giornalistica. – 3. I criteri di imputazione della responsabilità amministrativa da reato all’impresa giornalistica. – 3.1. Premessa. – 3.2. Il criterio oggettivo di imputazione con riguardo all’attività giornalistica. – 3.3. Attività giornalistica e colpevolezza di organizzazione dell’ente. – 4. Le sanzioni. – 5. Attività giornalistica e *compliance* preventiva: un rapporto di tensione dialettica non agevolmente componibile.

1.

Premessa.

Prima di scrutare da vicino il tema della configurabilità di una responsabilità amministrativa della *societas*, ai sensi del d. lgs. 231/2001, per reati-presupposto legati all’esercizio dell’attività giornalistica¹, è opportuno evidenziare che le imprese giornalistiche ed editoriali già soggiacciono a detta forma di responsabilità per i reati-presupposto contemplati nella “parte speciale” del d. lgs. cit. Prova ne sia che gran parte di tali società, specie quelle di medie o grandi dimensioni, hanno adottato il modello di organizzazione, previsto dagli artt. 6 e 7 del decreto, teleologicamente orientato alla riduzione del rischio-reato. Allo stato, i modelli vengono predisposti per fronteggiare i reati-presupposto dolosi (reati/decisione), legati alla criminalità del profitto, e quelli colposi (reati in attività), che si situano nel cono d’ombra del rischio di impresa (sicurezza del lavoro e tutela dell’ambiente). Peraltro, va posto in risalto come alcuni reati-presupposto sono immediatamente riferibili all’esercizio dell’attività giornalistica: si pensi ai *delitti contro la personalità individuale*, di cui all’art. 25-*quinquies*, rispetto ai quali un’impresa giornalistica potrebbe essere coinvolta attraverso la *pubblicazione di materiale pedopornografico* (art. 600-*ter*, comma 3, c.p.), pure se contraddistinto da immagini *virtuali* (art. 600-*quater* c.p.). Spiccano, poi, i reati in materia di *violazione del diritto d’autore*, di cui all’art. 25-*novies*, i *delitti informatici e relativi al trattamento illecito dei dati*, ai sensi dell’art. 24-*bis*, i reati legati a forme di *propaganda nell’addestramento* ad attività con finalità *terroristiche*, a norma dell’art. 25-*quater*.

Dunque, il tema della prevenzione del rischio-reato nelle organizzazioni complesse non è affatto nuovo per le imprese editoriali e giornalistiche, tanto che l’Associazione Italiana Editori (AIE), nel 2011, ha licenziato corpose ed articolate *linee-guida* (che si atteggiano alla stregua di un *codice di comportamento*), che fungono da ‘bussola’ nella costruzione dei modelli di organizzazione. Una analoga iniziativa, per contro, non risulta essere stata intrapresa dalla Federazione Italiana Editori di Giornali (FIEG).

Va subito chiarito che l’estensibilità all’impresa giornalistica del sistema punitivo, cristallizzato nel d. lgs. 231/2001, va sondata lungo una duplice direttrice.

Dapprima, con riguardo alla possibilità, tecnico-normativa, di adattare i paradigmi imputativi e il correlato impianto sanzionatorio del decreto al contesto empirico-criminologico che contraddistingue gli illeciti penali legati all’attività giornalistica. Successivamente, ove appurata la praticabilità dell’innesto, occorrerà saggiarne la compatibilità con la fitta trama dei valori costituzionali che orientano l’esercizio del diritto di cronaca giornalistica.

2.

Estensibilità del d. lgs. 231/2001 ai reati ‘tipicamente’ riconducibili all’esercizio dell’attività giornalistica.

L’orbita della responsabilità da reato delle imprese giornalistiche, sopra delineata, non attrae, tuttavia, le ipotesi più intimamente collegate allo svolgimento di detta attività, che pure tramandano indiscutibili caratteristiche di insidiosità e di diffusività. Su questo versante, è possibile abbozzare, nel modo che segue, una ripartizione funzionale dei tipi criminosi:

a) i *delitti contro l’onore* (la diffamazione), che, riconducibili alla sfera della ‘*individualità*’, rilasciano, comunque, un collegamento con il *diritto alla riservatezza* (da intendersi in senso *personalistico*, come diritto della persona alla esclusività delle conoscenze della propria sfera

¹ Su questo tema, v. A. MINO, *La disciplina sanzionatoria dell’attività giornalistica. Dalla responsabilità penale del direttore alla responsabilità penale dell’ente*, Milano, 2012.

privata), nella misura in cui l'onore e la reputazione possono fondarsi su dati, qualità e comportamenti rientranti nella sfera privata, che ricomprende tutto ciò che il soggetto desidera non diventi oggetto di pubblico dominio; per questa via, dunque, la riservatezza ottiene una tutela indiretta, destinata a subire, però, una vistosa limitazione nei casi di *exceptio veritatis*, che inevitabilmente postulano la pubblicazione di fatti della vita privata che integrano l'addebito diffamatorio;

b) i delitti contro la *riservatezza domiciliare*, specie con riguardo all'art. 615-bis c.p., in cui spicca la fragilità delle difese della sfera privata dell'individuo, che ricomprende tutti quei comportamenti, notizie o discorsi che il soggetto non desidera essere portati a conoscenza di terzi;

c) i delitti contro la *riservatezza correlata al fenomeno della cd. costruzione elettronica della persona*, vale a dire come diritto dell'individuo ad esercitare una signoria sui dati che lo riguardano, potendo, in determinati casi, vietarne la circolazione, esigerne il corretto trattamento, controllarne l'uso ed intervenire contro eventuali abusi; in questo contesto, va, peraltro, rimarcato che le disposizioni penali, contenute nel codice della *privacy*, in materia di trattamento dei dati personali, che conoscono uno speciale statuto in relazione all'attività giornalistica, sembrano, tuttavia, solo in parte riconducibili alla protezione anticipata della riservatezza, ostentando una tutela viepiù orientata alla tutela delle funzioni di controllo e di intervento attribuite al Garante;

d) i delitti contro la *riservatezza delle comunicazioni e dei segreti*: si tratta di un'area costellata da diverse incriminazioni, munite di distinti oggetti di tutela, talvolta plurioffensive; spiccano: la fattispecie dell'art. 326 c.p., specie quando la condotta punita ha ad oggetto la violazione di notizie coperte dal *segreto investigativo*; la contravvenzione di cui all'art. 684 c.p., posta a tutela immediata del *segreto processuale*, la cui tipicità rilascia una trama non sempre agevolmente decrittabile (il perimetro del cd. segreto processuale esterno non è agevolmente sagomabile); la successiva contravvenzione dell'art. 685 c.p., posta a presidio della *riservatezza delle votazioni* delle deliberazioni giurisdizionali penali.

La descritta individuazione di un catalogo di delitti che potrebbe confluire nella "parte speciale" del d. lgs. 231/2001 non ha trovato significativa rispondenza sul piano del formante legislativo. Mentre estremamente dibattuta, anche in modo aspro, è la questione concernente il rapporto tra i *media* e la giustizia penale, il profilo concernente il possibile coinvolgimento, sul piano punitivo/sanzionatorio, della *societas* giornalistica è rimasto sostanzialmente inesplorato. Fa eccezione il *Progetto di legge C 1415*, recante "*Norme in materia di intercettazioni telefoniche, telematiche e ambientali. [...] Integrazione della disciplina sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*", presentato il 30 giugno 2008. Il Progetto introduceva la responsabilità da reato dell'ente giornalistico per i reati di cui all'art. 684 c.p. e per una nuova fattispecie criminosa, consistente nella pubblicazione di intercettazioni in violazione dell'art. 114 c.p.p. Il recente ddl. Orlando – recante modificazioni al codice penale, al codice di rito e all'ordinamento penitenziario – prevede una norma di delega diretta a tutelare la riservatezza delle comunicazioni e delle conversazioni telefoniche e telematiche oggetto di intercettazione, che trova presidio in un introducendo delitto, rispetto al quale non è contemplata la corresponsabilizzazione della *societas*.

Qualora, *de lege ferenda*, si intendesse implementare il sistema punitivo riservato agli enti in direzione delle ipotesi di reato sopra tratteggiate, ci si dovrà preoccupare di disciplinare il *novero degli enti assoggettabili a sanzioni*. E' di intuitiva evidenza, che la disciplina dovrà interessare, oltre che la *carta stampata*, anche le *imprese radiotelevisive* e quelle *telematiche* (il *web*).

3. I criteri di imputazione della responsabilità amministrativa da reato all'impresa giornalistica.

3.1. Premessa.

È risaputo che l'illecito dell'ente si impenna su un duplice, concorrente meccanismo ascrittivo: da un lato, occorre che il reato-presupposto venga commesso nell'*interesse o a vantaggio* dell'ente (art. 5 d. lgs. 231/2001: *criterio di imputazione oggettivo*); dall'altro lato, necessita la

rimproverabilità dell'ente (criterio soggettivo), vale dire l'esistenza di una *colpevolezza di organizzazione*, consistente nella *mancata o insufficiente predisposizione di presidi procedurali e sostanziali* rivolti a *ridurre ragionevolmente il rischio di consumazione dei reati-presupposto*: presidi contenuti nel *modello di organizzazione e controllo*, di cui agli artt. 6 e 7 del decreto.

Peraltro, la colpevolezza dell'ente conosce un *diverso sistema di accertamento*, a seconda che il reato-presupposto sia commesso da un *soggetto in posizione apicale* (abilitato a portare all'esterno la volontà dell'ente) o da un *dipendente* (sottoposto all'altrui potere di controllo e di vigilanza).

La vicenda è più semplice da decrittare quando l'illecito è stato commesso da soggetti che rivestono la qualifica di *dipendenti*, perciò estranei alla struttura verticistica. In questo caso, disciplinato dall'art. 7 del decreto, la responsabilità dell'ente fa capo ad un *difetto di vigilanza e di controllo*, cioè alla violazione di standard di diligenza "particolareggiati", formalizzati in altrettanti modelli di prevenzione e di controllo funzionali alla minimizzazione di uno *specifico* rischio-reato. Qui, la colpevolezza (rimproverabilità) dell'ente assume sembianze ben definite: cioè quella di una responsabilità da *agevolazione colposa*, per non aver impedito un reato commesso da soggetti "controllati".

Il meccanismo di ascrizione si rivela più complicato quando il reato è stato commesso da *soggetti* collocati ai *vertici* della struttura aziendale. In questa evenienza, opera la *teoria dell'identificazione* dell'ente con la persona fisica: la responsabilità dell'ente non è colposa (per difetto di organizzazione, cioè), ma autenticamente *dolosa*, perché la persona fisica, a causa della sua collocazione apicale, costituisce la *mano visibile* del vertice aziendale, il soggetto, cioè, che incarna all'esterno la strategia messa in atto dagli apici dell'azienda. Al cospetto di un criterio di ascrizione sostanzialmente incontrovertibile, il legislatore del 2001 si è chiesto se questa forma di responsabilità dolosa fosse sempre e in ogni caso rimproverabile all'ente, o se si dessero ipotesi in cui il vertice aziendale potesse legittimamente *dissociare* la propria responsabilità da quella di chi lo ha rappresentato all'esterno. L'interrogativo è scaturito dall'esigenza di tenere conto delle moderne dinamiche organizzative aziendali, sempre più pervase da una *compartimentazione orizzontale* delle funzioni, che mette in crisi la validità dell'asserto secondo il quale non sarebbe mai possibile prefigurare l'esistenza di un diaframma che separi la volontà della persona fisica da quella dell'ente. A ben vedere, se ciò può dirsi vero in relazione al modello tradizionale di ente collettivo (emblematico quello imperniato sull'amministratore unico), non altrettanto vale per la situazione societaria attuale, in cui il *management* non si sviluppa più secondo un modello rigidamente verticistico, ma si distende su un'ampia *base orizzontale*, alla quale i poteri di amministrazione sono delegati dal consiglio di amministrazione che conserva, dunque, il potere-dovere di vigilare sull'andamento della gestione e di impedimento degli atti pregiudizievoli (art. 2392 c.c.). Può, dunque, accadere che il compimento di un illecito da parte di uno dei svariati soggetti in posizione apicale non rifletta la politica di impresa espressa dal consiglio di amministrazione, che, nei casi di delega delle funzioni o di parti di esse, finisce con l'essere un *organo intermedio* (con funzioni di generale sovrintendenza sull'amministrazione) tra l'assemblea e l'organo di vera e propria gestione della società (comitato esecutivo o gli amministratori delegati). Per queste ragioni, il legislatore ha introdotto, all'art. 6, un *paradigma di colpevolezza*, per il vertice societario, costruito *negativamente*, alla stregua cioè di una *scusante con inversione dell'onere della prova a carico dell'ente*. Ferma la regola di identificazione sopra esposta, l'ente (di regola, il consiglio di amministrazione) può evitare di incorrere nella responsabilità se prova: 1) di aver adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; 2) di aver affidato il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curare il loro aggiornamento a un *organismo interno* dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo (il cd. *organismo di vigilanza*); 3) che le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione di cui al n. 1. Ne deriva, allora, che l'adozione di un sistema di prevenzione, la cui effettività trova un limite solo nell'elusione fraudolenta (non agevolata da un difetto di controllo), rende *non rimproverabile* all'ente la realizzazione dell'illecito consumato da un soggetto formalmente deputato ad incarnarne la politica d'impresa (funzione *esimente* del modello).

La distinzione, ora illustrata, in ordine alle modalità di prova della colpevolezza di organizzazione, pare, tuttavia, destinata a smarrire rilievo, atteso che la Corte di cassazione, specie con la pronuncia a sezioni unite n. 38343/2014 (relativa al caso *Thyssenkrupp*), nell'interrogarsi sulla natura della responsabilità dell'ente, ha posto in evidenza come, nel caso previsto dall'art. 6

(del reato commesso da un *apicale*), non sia prospettabile alcuna inversione dell'onere della prova, dovendo comunque l'accusa fornire la dimostrazione della commissione di un reato da parte di una delle persone indicate nell'art. 5 e della carente regolamentazione interna dell'ente, che avrebbe ampia facoltà di offrire prova liberatoria (pag. 205 della motivazione della sent. cit.). Questa esplicita presa di posizione della giurisprudenza di legittimità si rivela, come vedremo fra breve, densa di implicazioni proprio con riguardo alla qualificazione da proiettare sui soggetti che operano in un'impresa giornalistica.

3.2.

Il criterio oggettivo di imputazione con riguardo all'attività giornalistica.

Il primo fondamentale elemento ascrittivo della responsabilità all'ente è quello tipizzato all'art. 5 d. lgs. 231/2001, secondo il quale il reato-presupposto deve essere realizzati nell'*interesse o a vantaggio* dell'ente. La concreta attribuzione di significato ai concetti di "interesse" e "vantaggio" costituisce un profilo assai discusso, che vede contrapporsi plurimi orientamenti².

Secondo il primo, fatto proprio dalla giurisprudenza e da una parte della dottrina, i due concetti si porrebbero in un rapporto di *alternatività*, nel senso che l'*interesse* esprimerebbe la *direzione finalistica* del reato, apprezzabile *ex ante* e secondo un metro di giudizio soggettivo (in relazione all'elemento psicologico vantato dalla persona fisica autore dell'illecito), mentre, per contro, il *vantaggio* avrebbe una coloritura essenzialmente *oggettiva*, come tale valutabile *ex post*, in termini di effettiva concretizzazione degli effetti derivanti dall'illecito. All'interno di questa visione dualistica, peraltro, la giurisprudenza rileva che la valutazione dell'interesse non deve essere eseguita dal punto di vista dell'autore materiale del reato, sì che non si richiede la consapevolezza e la volontà di perseguire un interesse dell'ente.

Un diverso orientamento, maggioritario in dottrina, concepisce la locuzione normativa in esame come un'*endiadi*, espressiva di un significato unitario, in ragione della sostanziale sinonimia dei due termini.

Va, infine, segnalata un'impostazione intermedia, che, pure collocandosi in una prospettiva oggettivistica, intravede nell'interesse una *oggettiva idoneità del fatto illecito a ridonare a beneficio dell'ente* e una simile valutazione troverebbe nell'eventuale conseguimento del vantaggio un'importante conferma sul piano probatorio.

Comunque si vogliano ricostruire i due concetti, pare che, *con riguardo all'attività giornalistica*, non insorgano apprezzabili problemi interpretativi. Alla base della produzione di notizie vi sono, infatti, *esigenze produttive e professionali*³. Occorre riflettere sul fatto che la complessità della realtà quotidiana pare un ostacolo alla produzione di notizie, tanto che il giornalista deve evitare di farsi sorprendere dalla imprevedibilità dei fatti. A questo scopo, soccorre il procedimento di *routinizzazione* della realtà e di categorizzazione dei fatti, attraverso i quali passa il processo di trasformazione di un evento di cronaca in notizia⁴. La *routinizzazione* consiste nell'adattare le categorie di notizie al modo in cui la redazione ha programmato il lavoro e costituisce una procedura operativa con la quale i giornalisti formalizzano i processi decisionali. Esistono, poi, *regole mediatiche nella creazione di notizie* (i cc.dd. *criteri di notiziabilità o valori-notizia*), da intendere come determinate caratteristiche possedute dai fatti, che, da una parte, facilitano la categorizzazione e la tipizzazione degli eventi nelle logiche produttive; dall'altra parte, impediscono che il giornalista resti sorpreso dall'evento-potenziale notizia⁵. Tra i valori-notizia, campeggiano: quelli relativi al *prodotto*, che risentono delle accresciute e diversificate abilità mediali delle fonti di informazione (ad esempio, la visibilità di un fatto lascia preferire l'arnese televisivo); quelli relativi al *formato*, in cui la scelta delle notizie risente della loro capacità di adattamento allo standard produttivo; quelli concernenti la *concorrenza*, che impongono di non 'bucare' una notizia e di individuare una peculiare caratterizzazione, che consenta una efficace distinzione dalla concorrenza; quelli, infine, riferibili al *consumatore*, in cui è la logica di mercato a trasformare il lettore/spettatore in un consumatore di informa-

² Per una efficace sinossi degli orientamenti descritti nel testo, v. M. SCOLETTA, *La responsabilità da reato delle società: principi generali e criteri imputativi nel d. lgs. n. 231/2001*, in CANZIO-CERQUA-LUPARIA (a cura di), *Diritto penale delle società*, Padova, 2014, 900 ss.

³ Lo rimarca A. MINO, *La disciplina sanzionatoria*, cit., 157.

⁴ Sul processo di *routinizzazione*, v. C. SORRENTINO, *I percorsi della notizia*, Bologna, 1985.

⁵ Sui "valori-notizia" e la loro applicazione, v. C. SORRENTINO, *I percorsi*, cit., 204 ss.

zioni e di prodotti reclamizzati.

Questa sintetica esposizione dei valori-notizia lascia trasparire, con immediatezza, come, nel settore giornalistico, la consumazione degli illeciti costituisca il diapason dell'esistenza una vera e propria *politica di impresa*, orientata (anche) al *profitto*. Pure nel caso di uno *scoop* posto in essere da un giornalista per finalità esclusive di carriera, al di fuori della politica di impresa adottata dall'ente, non può non derivarne il coinvolgimento della *societas*, quando il fine perseguito dal giornalista ha comunque determinato un aumento della tiratura. In definitiva, non si intravedono ostacoli all'operatività del criterio imputativo dell'art. 5 d. lgs. cit.

Quanto al *novero dei soggetti*, che possono 'impegnare' la responsabilità dell'ente, i *caporedattori*, i *capiservizio* e i *redattori* vanno ricondotti nell'alveo dei *dipendenti* e, dunque, della lettera b) del comma 1 dell'art. 5.

Apparentemente più problematica è la collocazione della figura del *direttore responsabile*. Il contratto nazionale di lavoro giornalistico definisce direttore, condirettore e vicedirettore figure apicali, appartenenti alla categoria massima dei dipendenti prevista dal codice civile.

La giurisprudenza 'lavoristica', dopo alcune oscillazioni, ritiene che l'attività del direttore di testata è contraddistinta da autonomia e discrezionalità delle decisioni e dall'assenza di una vera e propria dipendenza gerarchica, nonché dall'ampiezza delle funzioni, tali da influire sulla conduzione dell'intera azienda o di un suo autonomo ramo⁶. In ragione di ciò, sembra possibile riconoscere al direttore responsabile un ruolo *apicale*, ai sensi del d. lgs. 231/2001. Peraltro, la *querelle* relativa al posizionamento del direttore nel sistema della responsabilità degli enti pare comunque destinata a ridimensionarsi, in seguito alla citata sentenza delle sezioni unite della Cassazione, che ha di fatto 'edulcorato' il meccanismo di inversione probatoria previsto dall'art. 6 d. lgs. cit., che disciplina, come noto, la colpevolezza dell'ente per i reati commessi dai soggetti in posizione apicale.

3.3.

Attività giornalistica e colpevolezza di organizzazione dell'ente.

La rimproverabilità dell'ente trova il suo supporto materiale nel *modello di organizzazione*, espressione di un processo di *autonormazione* con il quale l'ente si dota di cautele procedurali e sostanziali rivolte a contenere i rischi-reato.

Come si è anticipato in premessa, le società giornalistiche sono già munite del modello per fronteggiare i reati contemplati dal d. lgs. 231/2001. Nel caso di un ipotetico allargamento dei reati-presupposto, secondo le linee tratteggiate nel paragrafo 2, occorrerebbe forgiare nuovi presidi cautelari. Trattandosi di reati 'fisiologicamente' collegati all'esercizio dell'attività giornalistica, *assistita da risaputi diritti costituzionali*, cova il rischio che il modello possa 'degenerare' in un intollerabile strumento di *censura preventiva*⁷, alla stregua di un "*bavaglio organizzato*" alla libertà di informazione. Un rischio, questo, che potrebbe ritenersi ispessito dalla circostanza che l'adozione del modello avviene per opera della società, che, per questa via, potrebbe sottoporre ad un penetrante controllo i giornalisti, mortificandone la professionalità e riducendoli tutti, compreso il direttore, a meri impiegati di redazione.

Va ricordato, tuttavia, che, oggi, il sistema del controllo interno è affidato al direttore responsabile, che, lo si sa, risponde penalmente, ai sensi degli artt. 57 e 57-bis c.p., nelle ipotesi di omesso o insufficiente controllo. Solo che, mentre il controllo esercitato dal direttore è contraddistinto da una gestione di taglio 'individuale', con l'adozione del modello, diventa espressione di una *prevenzione organizzata*, fondata su presidi altamente formalizzati e sopra una filiera di soggetti chiamati a gestire il processo a rischio-reato. Ma non è tutto. Nel percorso di positivizzazione delle cautele, le associazioni rappresentative dei giornalisti e degli editori potrebbero puntare al confezionamento di modelli e protocolli 'pilota', destinati a veicolare la nervatura delle principali cautele, sempre suscettibili, poi, di integrazioni di 'dettaglio', dovute alle peculiarità organizzative ed operative di ciascun ente⁸. Per questa via, la prevenzione sarebbe il risultato di un procedimento di formazione 'partecipato', 'democratico', che vede all'opera tutti gli attori del sistema. Nondimeno, che il paventato rischio di asservimento dei

⁶ Cass., sez. lav., 9 luglio 2001, in *Corriere giur.*, 2001, 1277.

⁷ Prospetta questo rischio A. MINO, *La disciplina sanzionatoria*, cit., 188 ss., che, tuttavia, lo reputa non pertinente, visto che il modello integrebbene un sistema di autocontrollo già oggi esercitato dal direttore responsabile.

⁸ Va evidenziato che tali modelli 'pilota', redatti dalle associazioni di categoria, possono essere inviati al Ministero della Giustizia, a norma dell'art. 6, comma 3, d. lgs. 231/2001.

giornalisti alla proprietà possa dirsi, in tal modo, scongiurato (o, comunque, significativamente ridotto) è tutt'altro che assodato, in ragione dell'elevata 'sensibilità' politica e costituzionale dei valori in gioco.

Se si intendesse, comunque, patrocinare una *compliance* così concepita, questa partorirebbe, poi, un'importante ripercussione sul terreno penalistico. *Il ricorso ad un sistema di controllo 'auto-organizzato' renderebbe inutile la permanenza degli artt. 57 e 57-bis c.p.*: la prevenzione organizzata scavalca, in ragione della sua maggiore incisività, il controllo individuale, rimesso al direttore. Se mai, le fattispecie codicistiche potrebbe mantenere rilievo solo con riguardo alle ipotesi in cui è ignoto l'autore della pubblicazione (art. 57-bis), anche se, a ben vedere, in questi casi l'ente risponderrebbe comunque a norma dell'art. 8 d. lgs. 231/2001: una ipotesi, questa, che ben si attaglia a sanzionare una colpa di organizzazione consistita (anche) nel non avere apprestato un sistema idoneo a rendere identificabili i soggetti che veicolano il reato.

Problemi particolarmente delicati potrebbero, infine, porsi con riferimento all'operatività del *sistema disciplinare*, che, come è noto, costituisce un elemento costitutivo del modello di organizzazione. Le cautele, che il modello è chiamato a forgiare riguardo all'attività giornalistica, saranno soprattutto orientate a ridurre il rischio di violazione dei principi che plasmano il *Testo unico dei doveri del giornalista*, nella versione licenziata il 27 gennaio 2016. Tale testo, a ben vedere, dovrà penetrare nel modello alla stregua di un *codice etico*, evocando i 'valori' che devono ispirare e conformare l'attività. I presidi cautelari, contenuti nel modello (*rectius*: nelle procedure allegate al modello), dovranno dare attuazione a tali principi, indicando il *quomodo* della loro implementazione. Ne deriva che, in molti casi, la violazione di tali procedure integrerà, *nel contempo*, una *trasgressione del modello e del Testo unico*, aprendo il campo alla *concorrenza di due percorsi di giustizia disciplinare*: quella stabilita nel modello, in cui le sanzioni vengono di regola irrogate, a seconda della gravità dell'illecito, dal responsabile delle risorse umane o dal Consiglio di amministrazione della società, e quella delineata nell'*Ordinamento della professione di giornalista*, segnatamente negli artt. 48 ss. l. 69/1963. Il concorso di tali sistemi disciplinari non potrà che essere risolto a vantaggio del modello disciplinare previsto dall'Ordinamento professionale, non potendo accordarsi la preferenza a una giustizia disciplinare 'autonormata'. Tuttavia, la prevalenza della legge sull'Ordinamento professionale fa sì che, nell'ambito dei modelli di organizzazione, dovrebbe prevedersi come obbligatoria la segnalazione agli organi di disciplina di una violazione che contravviene al Testo unico o ad altre norme di legge. Come si vede, l'adozione del modello (che, come è noto, impone a tutti i soggetti che operano nell'organizzazione complessa di denunciare le violazioni dello stesso e del Codice etico) potrebbe favorire una *lievitazione della emersione degli illeciti disciplinari* da sottoporre all'attenzione degli organi di autodichia previsti dalla legge.

4.

Le sanzioni.

Ove si intendesse riferire alle imprese giornalistiche la responsabilità *ex d. lgs. 231/2001* per la griglia dei reati indicati nel paragrafo 2, è da affrontare il tema delle sanzioni comminabili, che, conviene anticiparlo subito, non può replicare pedissequamente quello delineato nel d. lgs. 231/2001.

Partendo dalle più temute *sanzioni interdittive*, che possono paralizzare l'attività dell'ente, queste, per manifesta incompatibilità con la Carta costituzionale, *non paiono utilizzabili* nei confronti di una impresa che svolge un'attività cui è connaturata la *libera manifestazione del pensiero*.

Dunque, una *sanzione principale* non potrà che essere quella *pecuniaria*, articolata per quote. Su questo terreno, occorre, tuttavia, richiamare i contenuti delle risoluzioni dell'Assemblea del Consiglio d'Europa e della stessa Corte EDU in ordine all'opportunità di evitare che le stesse sanzioni pecuniarie (siano esse penali o civili) trasmodino, a causa del loro ammonitare, in strumenti di limitazione della libertà di espressione del giornalista⁹. Pur se si tratta di preoccupazioni riferite alla responsabilità individuale del giornalista, detti richiami vanno comunque attentamente soppesati anche in direzione dell'ente. Occorre, cioè, evitare che le sanzioni pecuniarie possano condurre alla 'distruzione' economica delle imprese giornalistiche

⁹ Per un esame degli orientamenti sovranazionali, v. A. GULLO, *Diffamazione e legittimazione dell'intervento penale. Contributo a una riforma dei delitti contro l'onore*, Roma, 2013, 57 ss.

(cd. effetto *overkill*): in caso contrario, si atteggierebbero come un intollerabile deterrente diretto a condizionare l'esercizio dell'attività giornalistica, la libertà di espressione e il patrimonio dell'impresa. Un simile rischio potrebbe, però, trovare un contenimento proprio nel sistema pecuniario per *quote*, che impone di tenere conto della capacità economica e patrimoniale dell'ente. A ciò si aggiunga che lo stesso valore monetario della quota, stabilito nell'art. 10, comma 3, d. lgs. 231/2001, potrebbe essere rivisitato, ove ritenuto eccessivo in relazione ad alcuni degli illeciti penali riferibili all'attività giornalistica.

Le peculiarità dell'attività giornalistica suggeriscono, poi, di *rivitalizzare* la sanzione della *pubblicazione della sentenza di condanna*. L'art. 18 d. lgs. cit. stabilisce che tale sanzione possa essere disposta quando all'ente è stata irrogata una sanzione interdittiva. Se, però, la sanzione interdittiva non può essere comminata nei confronti dell'impresa giornalistica, per la denunciata contrarietà con i principi costituzionali, sarebbe preclusa l'irrogazione della sanzione in esame. Questa lacuna potrebbe essere colmata dal legislatore, attribuendo un *autonomo rilievo* alla sanzione della pubblicazione della sentenza di condanna, che dovrebbe stagliarsi alla stregua di una significativa *disqualification*. Una volta reciso, *de lege ferenda*, il legame con le sanzioni interdittive, si potrebbe stabilire che detta sanzione possa atteggiarsi sia come *'principale'*, sia come *accessoriamente* legata alla condanna alla pena pecuniaria. In entrambe le ipotesi, tuttavia, con forme di ostensione ben diverse da quelle oggi disciplinate dall'art. 36 c.p., in base al quale la sentenza è pubblicata nel sito *internet* del Ministero della Giustizia. Di fatto, le modalità di pubblicazione contenute nella norma del codice penale si risolvono, paradossalmente, più in una forma di *'nascondimento'* che di effettiva pubblicità negativa. Se la notizia pubblicata da un giornalista ha recato una grave compromissione alla riservatezza della persona o al segreto investigativo, la censura insita nella sentenza che riprova tali fatti deve possedere un pervasivo coefficiente di diffusività. Dunque, dovrà trovare larga eco, anche sul piano della visibilità, nei *media*, per un tempo sufficiente a *'compensare'* la diffusione e la permanenza originaria violazione.

La sanzione della *disqualification* potrebbe, tuttavia, non trovare applicazione quando l'ente ha provveduto, prima dell'apertura del giudizio, a rettificare le notizie o a dare contezza della violazione con modalità e tempi di diffusione ritenuti adeguati dal giudice.

5. Attività giornalistica e *compliance* preventiva: un rapporto di tensione dialettica non agevolmente componibile.

L'accostamento della responsabilità degli enti ai reati legati all'esercizio dell'attività giornalistica non può ovviamente risolversi in un mero esercizio di *'fattibilità'* tecnico-giuridica, dissimulandone la valenza politica, racchiusa nel risaputo rilievo dei beni in giuoco. Se il criterio dell'interesse o vantaggio pare adeguarsi plasticamente alle finalità di profitto perseguite dalle imprese giornalistiche, la colpevolezza di organizzazione e l'arsenale sanzionatorio possono fomentare legittime perplessità: tende a riproporsi, in questi due ambiti, una vistosa tensione dialettica tra la libertà di espressione e di critica e le istanze di controllo volte a ridurre il rischio di consumazione degli illeciti. Sul terreno dei modelli di organizzazione, l'elaborazione delle cautele, sia pure *'democraticamente'* indotta, rischia di avvilupparsi in conflitti difficili da dirimere, nel cui ambito non è da escludere che a prevalere sia il *'verbo'* del *'padrone'*. Preoccupazioni non dissimili sono formulabili rispetto alla tipologia delle sanzioni: associata, sul piano assiologico, l'inutilizzabilità delle sanzioni interdittive, pure le sanzioni pecuniarie potrebbero innescare delicati problemi di proporzione tra l'efficacia deterrente e l'esercizio del diritto di cronaca.

Dunque, non può essere sottovalutato il rischio che la *compliance* preventiva, *ex d. lgs. 231/2001*, possa *'corrompere'*, dall'interno, le delicatissime dinamiche che marcano l'esercizio dell'attività giornalistica. Se già nel processo, al cospetto di accuse formalizzate, la risoluzione del conflitto sociale, sotteso ai reati espressivi di tale attività, è non di rado costellato di ragguardevoli asperità in ordine ai tasselli costitutivi del reato, specie sul versante dell'anti-giuridicità (luogo del conflitto per eccellenza), la possibilità di prefigurare cautele nel campo antistante della prevenzione (prima, cioè, della commissione dell'illecito) dischiude scenari allo stato non del tutto predicibili ma, certo, di non comune complessità.

Al descritto, problematico scenario si affianca una ulteriore considerazione. Prima ancora

di porsi il problema della possibile estensione del d. lgs. 231/2001, sarebbe opportuno provare a sciogliere i risaputi nodi che affliggono, in questa materia, il diritto penale e il processo. Spicca, sul versante sostanziale, il tema della riforma dei delitti contro l'onore, in cui è tuttora vivo il dibattito tra chi auspica una fuoriuscita dal sistema penale, anche sulla scorta degli arresti sovranazionali in ordine alla pena detentiva, e chi, per contro, reputa la tutela penale irrinunciabile dinanzi alle forme più pervasive ed invasive di lesione¹⁰. Quanto 'processo', la delimitazione del segreto processuale, esposta a continue fibrillazioni, condiziona la tipicità delle norme penali coinvolte.

In un contesto denso di simili, profonde incertezze sul 'da farsi', alimentate dall'incapacità del Parlamento di districarsi in una materia che richiederebbe "cultura politica" e non già il quotidiano asservimento a distorte rappresentazioni massmediatiche, orientate alla cattura del consenso sociale, il profilo della responsabilità della *societas*, sebbene non relegabile nell'alveo del *de minimis*, non assurge, certo, al rango di snodo centrale della disciplina.

¹⁰ Per un esauriente quadro delle proposte di riforma, cfr. A. GULLO, *Diffamazione*, cit., 121 ss.

La “vittima” del “processo mediatico”: misure di carattere rimediale

The "Victim" in the "Mass Media Trial": Restorative Measures

VITTORIO MANES

Professore ordinario di Diritto penale presso l'Università di Bologna

PROCESSO MEDIATICO, MASS MEDIA E GIUSTIZIA PENALE,
PRESUNZIONE DI INNOCENZA, LIBERTÀ D'ESPRESSIONE

MASS MEDIA TRIAL, MASS MEDIA
AND CRIMINAL JUSTICE, PRESUMPTION OF INNOCENCE,
FREEDOM OF EXPRESSION

ABSTRACT

Alla base del fenomeno ormai noto come “processo mediatico” si pone il conflitto, difficilmente superabile, tra diritti contrapposti: il diritto di cronaca giudiziaria, da un lato, e dall’altro i diversi diritti che fanno capo a chi lo subisce (vita privata, riservatezza, presunzione di innocenza), oltre a più generali istanze di imparzialità del giudizio. In questo lavoro si prospettano le misure rimediale che dovrebbero essere garantite a chi subisce il “processo mediatico”, sia nelle ipotesi in cui questi sia riconosciuto colpevole, sia nell’ipotesi in cui sia riconosciuto innocente: nel primo caso, si ipotizza anzitutto una doverosa attenuazione della pena, che tenga conto della doppia “sofferenza legale” patita nel “giudizio parallelo” celebrato su televisioni e giornali; nel secondo caso, si propone l’introduzione di obblighi di integrazione/rettifica informativa che il giudice dovrebbe imporre ai media, a cominciare dall’obbligo di pubblicazione della sentenza di assoluzione, oltre a strumenti di tipo risarcitorio/indennitario a carico dello Stato.

At the heart of the phenomenon at this point known as “mass media trial” there is the clash, difficult to overcome, between conflicting rights: on the one side the right of information on criminal matters, and, on the other, the different rights of the people subjected to it (privacy, presumption of innocence), in addition to more general interests to the impartiality of the trial. In this paper we present some restorative measures that should be granted to the people that are subjected to “mass media trial”, both in the case in which they are convicted and in the case in which they are acquitted: in the first case, we suppose in the first place a deserved mitigation of the punishment, that acknowledges the double “legal suffering” endured in the “parallel proceeding” occurred on television and newspapers; in the second case, we advance the introduction of correction obligations that the judge should impose to the media, starting with the obligation to publish the judgment of acquittal, in addition to restorative/compensatory measures at the expense of the State.

SOMMARIO

1. Diritti insuperabilmente conflittuali – 2. La conclamata ineffettività della tenuta del segreto processuale e dei presidi penali: effetti collaterali – 3. Un rovesciamento di prospettiva: la dimensione “individuocentrica” e l’attenzione prioritaria alla “vittima” del “processo mediatico” – 4. Il fondamento delle istanze di riparazione dei “danni da processo mediatico” – 5. Le possibili misure rimediali per il condannato e per il prosciolto: commisurazione della pena, contromisure mediatiche, strumenti risarcitori e/o indennitari – 6. Verso un parziale riequilibrio.

1. Diritti insuperabilmente conflittuali.

Se si ripercorre l’attuale contesto di rapporti tra “giustizia penale” ed informazione giudiziaria, e il reticolo di problemi che si raccoglie oggi attorno al sintagma “processo mediatico”,¹ l’impressione è che la situazione di forte criticità e profondo disequilibrio sia determinata, anzitutto, dalla difficoltà di bilanciare esigenze divergenti ed in massima parte antinomiche.²

Da un lato il fascio di tutele connesse all’informazione giudiziaria, che – tanto a livello interno (art. 21 Cost.) quanto a livello sovranazionale (art. 10 CEDU, art. 11 Carta dei diritti fondamentali UE) – hanno come punto di fuga la libertà di espressione e, nella specie, la libertà di informazione, volta a volta riconosciuta come “cane da guardia” (*watchdog*) e “pietra d’angolo della democrazia” (*cornerstone of democracy*), ed oggetto di sorvegliata attenzione in relazione al diritto di cronaca nei procedimenti penali;³ dall’altro la ghiera dei diritti contrapposti, e parimenti “primordiali”, ossia il diritto di ciascuno all’onore e alla reputazione, alla riservatezza, alla “vita privata”, ma anche l’equo processo nelle sue declinazioni, la presunzione di innocenza, e, al fondo, la dignità propria di ogni essere umano, ossia quel valore “che mai può acquisirsi per meriti e perdersi per demeriti”.⁴

Difficile, soprattutto, sfuggire all’impressione che il margine di protezione riconosciuto sul primo versante finisca col prevalere largamente, nella prassi corrente, a tutto scapito dei *competing rights* dell’indagato/imputato.⁵

Nonostante la maggior sensibilità che le ispira, anche le indicazioni provenienti dal Consiglio d’Europa e dalla giurisprudenza della Corte EDU – che pur sottolineano il doveroso rispetto della presunzione di innocenza⁶ e la visualizzano quale “limite” alla libertà di stampa⁷ – sembrano in certa parte confermare la precarietà di questo rapporto, specie a fronte dell’ampissimo spettro di azione riconosciuto alla *freedom of expression* (art. 10 CEDU): libertà che soffre limitazioni molto flebili in relazione all’informazione giornalistica – dove il diritto di cronaca è massimamente salvaguardato contro rischi di possibile *chilling effect* specie rispetto a

¹ Nell’accezione di G. GIOSTRA, *Processo mediatico* (voce), 4 del dattiloscritto, secondo il quale “[c]on la locuzione processo mediatico” si intende qui designare, convenzionalmente, la raccolta e la valutazione di dichiarazioni, di informazioni, di atti di un procedimento penale da parte di un operatore dell’informazione, quasi sempre televisivo, per ricostruire la dinamica di fatti criminali con l’intento espresso o implicito di pervenire all’accertamento delle responsabilità penali *coram populum*”.

² Lo riconosceva, amaramente, già F. CARNELUTTI, *Le miserie del processo penale*, Roma, 1957, 46, evidenziando la tensione inconciliabile tra presunzione di innocenza e libertà di stampa: “[...] il processo medesimo è una tortura. Fino a un certo punto [...] non si può farne a meno; ma la cosiddetta civiltà moderna ha esasperato in modo inverosimile e insopportabile questa triste conseguenza del processo. L’uomo, quando è sospettato di un delitto, è dato *ad bestias*, come si diceva una volta dei condannati dati in pasto alle fiere [...]. L’articolo della Costituzione, che si illude di garantire l’incolumità dell’imputato, è praticamente inconciliabile con quell’altro, che sancisce la libertà di stampa. Appena sorto il sospetto, l’imputato, la sua famiglia, la sua casa, il suo lavoro sono inquisiti, perquisiti, denudati alla presenza di tutto il mondo”.

³ Si v. ad esempio l’art. 12 (“*Tutela del diritto di cronaca nei procedimenti penali*”) del *Codice di deontologia relativo al trattamento dei dati personali nell’esercizio dell’attività giornalistica*, Provvedimento del Garante del 29 luglio 1998, in *Gazzetta Ufficiale* 3 agosto 1998, n. 179.

⁴ G. SILVESTRI, *Prefazione* a C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell’ergastolo ostativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.

⁵ Ne offre un bilancio tanto lucido quanto desolante, di recente, E. AMODIO, *Estetica della giustizia penale. Prassi, media, fiction*, Milano, 2016, in ptc. 125 ss.

⁶ Cfr. in particolare la *Raccomandazione* (2003)13, adottata dal COE, contenente *Principi relativi alle informazioni fornite attraverso i mezzi di comunicazione in rapporto ai procedimenti penali*, il cui articolo 2 rimarca che “pareri e informazioni relativi a procedimenti penali in corso dovrebbero essere comunicati o diffusi dai mezzi di comunicazione soltanto se ciò non pregiudica la presunzione di innocenza della persona sospettata o imputata di un reato”.

⁷ Per tutte, Corte EDU, Grande Camera, 29 marzo 2016, *Bédat c. Svizzera*, §§ 51 s., dove la Corte ha negato – con 15 voti contro 2 – la violazione dell’art. 10 CEDU in un caso di condanna penale (ad un ammenda di 4000 CHF) in capo ad un giornalista per la pubblicazione di notizie di un procedimento penale in violazione del segreto istruttorio, ritenendo – nella specie – la sanzione irrogata una “ingerenza non sproporzionata nell’esercizio del suo diritto alla libertà di espressione”, e concludendo nel senso di non poter considerare che “una simile sanzione rischi di avere un effetto dissuasivo sull’esercizio della libertà di espressione del ricorrente o di altro giornalista desideroso di informare il pubblico relativamente a un procedimento penale in corso”.

“questioni di interesse generale”, quali segnatamente quelle concernenti il funzionamento del potere giudiziario e i procedimenti penali, “ancorché il processo non sia terminato”,⁸ limitazioni soggette a bilanciamenti molto articolati⁹ e per lo più circoscritte a chi ricopre determinate funzioni pubbliche (organi giudicanti e inquirenti), peraltro solo in relazione a dichiarazioni concernenti il caso specifico trattato (ipotesi nella quale alla presunzione di innocenza si riconosce maggior spessore, specie a fronte di dichiarazioni ufficiali “che riflettono il sentimento che l’indagato sia colpevole”);¹⁰ limitazioni e bilanciamenti – soprattutto – rimessi per gran parte al “margine di apprezzamento” dei singoli Stati.¹¹

Non si tratta, sia ben chiaro, di un disequilibrio solo italiano, giacché un cursorio raffronto comparatistico segnala problemi e criticità spesso simili, e la ricerca sempre più intensa di correttivi e contrappesi ai danni causati dai “metaprocessi” (*juicios paralelos, öffentliche Vorverurteilungen*).¹²

2. La conclamata ineffettività della tenuta del segreto processuale e dei presidi penali: effetti collaterali.

Nel sistema italiano, tuttavia, la situazione appare acuitizzata da una debole tenuta del segreto “interno” o “esterno”, e da tutele parallele altrettanto ineffettive, le cui cause sono tanto composite quanto radicate: a fronte di una disciplina legislativa incerta e per gran parte irragionevole, la prassi giurisprudenziale segnala del resto un bassissimo coefficiente di sentenze di condanna per i reati – art. 326 c.p., art. 684 c.p. – che volta a volta possono configurarsi a fronte di obblighi di segretezza in fase di indagini (c.d. segreto interno: art. 329 c.p.p.) o divieti di pubblicazione (concernenti tanto gli atti coperti da c.d. segreto *interno*, quanto atti coperti da c.d. segreto *esterno*, pur con le differenziazioni di cui all’art. 114 c.p.p.); e lascia trasparire, dunque, un’“area di liceità di fatto”, non solo in sede penale, sia con riferimento alle violazioni del segreto istruttorio, sia con riferimento alla (conseguente) pubblicazione di notizie concernenti i procedimenti penali e alla loro spettacolarizzazione nei “giudizi paralleli” del “circo mediatico giudiziario”.¹³

La debolezza del sistema è emblemizzata, *inter alia*, dalla disposizione derogatoria di cui al comma 7° dell’art. 114 c.p.p., norma di chiusura dei “Divieti di pubblicazione” che ammette espressamente – in modo non poco contraddittorio e problematico – la “pubblicabilità” del *contenuto* di atti non pubblicabili:¹⁴ trascurando, in definitiva, che il comune cittadino costruisce il proprio giudizio – o pre-giudizio – sul *contenuto* degli atti, non certo sulla *forma* che essi rivestono nella sede di pubblicazione.¹⁵

⁸ Corte EDU, Grande Camera, 29 marzo 2016, *Bédat c. Svizzera*, § 49.

⁹ E comunque sottoposto a bilanciamenti molto articolati, sia nei confronti della presunzione di innocenza previsto all’art. 6 CEDU (v., tra le altre, la citata sentenza di Grande Camera, 29 marzo 2016, *Bédat c. Svizzera*, §§ 53 ss.), sia nei confronti del diritto al rispetto della vita privata e familiare riconosciuto all’art. 8 CEDU (v. ad es. Corte EDU, 20 settembre 2016, *Van Beukering and Het Parool B.V. c. Paesi Bassi*, § 33, ove la Corte evidenzia criteri quali il contributo al dibattito di interesse pubblico; il grado di notorietà della persona interessata dall’ingerenza; l’oggetto dell’inchiesta giornalistica; la condotta precedente della persona interessata; il contenuto, la forma e le conseguenze della pubblicazione e, se del caso, le circostanze nelle quali le immagini sono state scattate e riprese; le modalità con le quali le informazioni sono state ottenute e la loro veridicità; la gravità della sanzione imposta al giornalista o all’editore).

¹⁰ Tra le altre, Corte EDU, 11 ottobre 2016, *Turyev c. Russia*, ove la Corte ha stigmatizzato la condotta di un pubblico ministero il quale, nel corso di un’intervista giornalistica, indicava il ricorrente come l’assassino prima della celebrazione del processo a suo carico; Corte EDU, 31 marzo 2016, *Stoyanov e altri c. Bulgaria e Alexey Petrov c. Bulgaria*, che ha riconosciuto la violazione dell’art. 6/2 CEDU a fronte della condotta di diverse autorità pubbliche che, subito dopo l’arresto dei ricorrenti, avevano rilasciato dichiarazioni alla stampa in cui gli stessi erano indicati chiaramente come colpevoli dei reati loro ascritti; più diffusamente, al riguardo, si rinvia al *paper* di R. CHENAL, *Il rapporto tra processo penale e media nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, bozza preliminare, anche per i diffusi richiami giurisprudenziali.

¹¹ Corte EDU, Grande Camera, 29 marzo 2016, *Bédat c. Svizzera*, cit., § 54.

¹² Si veda, in particolare, il contributo comparatistico – pubblicato in questa stessa raccolta di studi – di N. RECCHIA, *Giustizia penale e informazione giudiziaria: spunti comparatistici per il dibattito italiano*.

¹³ Si vedano, al riguardo, i contributi di R. BARTOLI e R. ORLANDI.

¹⁴ Con l’effetto perverso di condurre le Sezioni Unite della Cassazione (SS.UU., 25 febbraio 2016, n. 3727) – con un brusco quanto opinabile *overruling* – ad accogliere una interpretazione in chiave monoffensiva (e statocentrica) del reato di cui all’art. 684 c.p. (*Pubblicazione arbitraria di atti di un procedimento penale*), tale da estromettere il soggetto pregiudicato dall’illecita pubblicazione di atti processuali dal novero delle persone offese, e così negargli le relative facoltà (prima fra tutti la possibilità di opporsi alla richiesta di archiviazione) e, a valle, la legittimazione a costituirsi parte civile.

¹⁵ Un rischio che, ovviamente, può riverberarsi anche sul giudice, e che del resto – specie in questa prospettiva – ha da sempre alimentato un acceso dibattito in Germania, a fronte di una normativa in sostanza assimilabile che vieta la pubblicazione dell’atto processuale ma non del *contenuto*: sul punto, cfr. ancora N. RECCHIA, *Giustizia penale e informazione giudiziaria*, cit.

Della complessiva fragilità dell'assetto normativo ha preso del resto atto, con cruda franchezza, la stessa Corte costituzionale, rilevando come “non esista una adeguata tenuta della segretezza degli atti custoditi negli uffici giudiziari, come purtroppo dimostrano le frequenti fughe di notizie e di documenti”.¹⁶

Se gli effetti sono sotto gli occhi di tutti, non tutti hanno tuttavia consapevolezza che la “pubblicità mediata” della giustizia è “uno specchio che riflette un'immagine molto parziale e spesso distorta della realtà”: “[a]nzi, è uno specchio che talvolta modifica la realtà che riflette”,¹⁷ poiché “i media costruiscono uno scenario alternativo a quello legale e costringono l'opinione pubblica a leggere le vicende giudiziarie in una luce innaturale e falsa”.¹⁸

Nondimeno, la giurisprudenza sembra incline a schermare tali effetti dietro alla ingenua figura di un giudice insensibile alla pressione dei *media*,¹⁹ ma la dottrina più autorevole ed attenta al tema non rinuncia a ribadire “quanto preoccupanti siano i danni da inquinamento mediatico sui procedimenti in corso e quanto i normali strumenti processuali siano impotenti a porvi rimedio, quando non risultino addirittura controproducenti”.²⁰

Insomma: molte le distorsioni, pochi gli attuali rimedi, a fronte di gravissime ricadute consequenziali, giacché la mediatizzazione dei processi “esercita una deleteria influenza sulla giustizia ordinaria e, conseguenza democraticamente non meno grave, sulla fiducia che la collettività vi ripone”.²¹

Tra queste, la conseguenza che si vuol qui considerare attiene ai diritti fondamentali dell'indagato/imputato, che nella “catabasi mediatica” risultano fatalmente travolti, così come – in primo luogo – annichilita resta la “presunzione di innocenza”: “regola di trattamento” che dovrebbe immunizzare l'indagato da pregiudizi di reità ed “ombre di colpevolezza”, e garanzia che invece appare, sempre più, un “diritto senza tutela”, in balia del “palcoscenico catodico di verità di pronto consumo” offerto, appunto, dai *media*.

Non solo: perché – come si proverà a dire – la replicazione anticipata e mediatizzata del processo – oltre a compromettere onore, reputazione, vita privata, familiare, lavorativa e, al fondo, dignità della persona – mette in gioco, più in generale, la stessa equità del processo e della pena.

3. Un rovesciamento di prospettiva: la dimensione “individuocentrica” e la prioritaria attenzione alla “vittima” del “processo mediatico”.

In ogni caso, questa situazione dovrebbe condurre ad esplorare un mutamento di prospettiva, spostando il centro di attenzione da una dimensione repressiva – e “statocentrica” – volta ad irrigidire gli strumenti penali posti a tutela degli interessi (e dei beni giuridici) coinvolti (e “offesi”), ad una dimensione “individuocentrica” e *rights-based*, volta ad apprestare, anzitutto, misure di carattere rimediabile immediatamente fruibili da parte del soggetto “leso”, attivabili al cospetto di una *attività* (pur *lecita* ma *dannosa* qual è l'esercizio della potestà punitiva, e tese a controbilanciare questo lento – e troppo a lungo tollerato – processo di “vittimizzazione nascosta”.

¹⁶ Sentenza n. 173 del 2009.

¹⁷ G. GIOSTRA, *Processo mediatico* (voce), 2 del dattiloscritto; ma v. anche ID., *L'informazione giudiziaria non soltanto distorce la realtà, ma la cambia*, in AA.VV., *L'informazione giudiziaria in Italia – Libro bianco sui rapporti tra mezzi di comunicazione e processo penale*, Pisa, 2016, 75 ss.; e G. SPANGHER, *Verità, verità processuale, verità mediatica, verità politica*, in DPP, 2016, 806 ss.

¹⁸ Così E. AMODIO, *Estetica della giustizia penale*, cit., XII; ma si veda sul punto, con spunti di notevole interesse, anche M. BERTOLINO, *Privato e pubblico nella rappresentazione mediatica del reato*, in RIDPP, 2004, 1070 ss.; inoltre, C. E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed “effetti penali” dei media)*, in *Scritti per Federico Stella*, vol. I, Milano, 2007, 289 ss., ed i diversi saggi raccolti in G. FORTI-M. BERTOLINO (a cura di), *La televisione del crimine*, Milano, 2005.

¹⁹ Emblematica Cass., sez. III, 12 maggio 2015, n. 23962, secondo la quale “le campagne stampa, quantunque accese, astiose o martellanti o le pressioni dell'opinione pubblica non sono di per sé idonee a condizionare la libertà di determinazione del giudice, abituato ad essere oggetto di attenzione critica senza che per ciò solo ne resti menomata la sua imparzialità”, giacché “proprio il debordare non commendevole della cosiddetta giustizia spettacolo, il vedere pagine di giornale o intere puntate di talk show occupate da vicende giudiziarie ancora in corso in cui si sviscerano tesi su tesi, talvolta fantasiose, spesso l'una contraria all'altra [...] ha finito per diventare un fenomeno talmente normale che nessuno ci fa più caso”.

²⁰ Sempre G. GIOSTRA, *Processo mediatico* (voce), 13 del dattiloscritto.

²¹ Deleteria influenza su giudici (togati e non) e organi inquirenti, sui testi (a rischio di “subornazione mediatica”), etc.: cfr. ancora G. GIOSTRA, *Processo mediatico* (voce), 7 ss. del dattiloscritto.

Secondo un percorso tracciato, quantomeno nelle sue premesse, dalla stessa giurisprudenza dei diritti umani, che muove dalla dottrina dei cc.dd. *obblighi positivi di tutela* discendenti dalla Convenzione in capo agli Stati.²²

Come ben noto, il percorso che ha condotto all'affermazione della dottrina delle *positive obligations*,²³ muove dall'idea che vede nella CEDU un "sistema oggettivo di tutela" (una *objective Wertordnung* a più riprese riconosciuto quale "*constitutional instrument*") che obbliga gli Stati contraenti, senza condizione di reciprocità, a predisporre misure che impediscano una lesione dei *fundamental rights and freedoms* (o dei *Grundrechte*) nella stessa sanciti, sia essa derivante dallo stesso pubblico potere, sia essa derivante dai privati. Su questa traccia, muovendo dall'accettazione del principio della c.d. applicazione orizzontale dei diritti umani,²⁴ e dal "principio di effettività",²⁵ la Corte EDU è giunta a riconoscere che una violazione della Convenzione commessa da un privato può essere indirettamente attribuita allo Stato se quest'ultimo l'ha resa possibile o probabile, sia attraverso una semplice negligenza sia attraverso una benevola tolleranza,²⁶ sino ad affermare che lo Stato stesso, per non incorrere in violazione, deve predisporre la cornice legislativa amministrativa e giudiziaria (*legislative, administrative and judicial framework*) capace di garantire i diritti convenzionali anche nelle relazioni tra gli individui.

Se la genesi è stata ampiamente indagata, sin dagli esordi nella giurisprudenza della Corte EDU²⁷ fino all'enucleazione del *duty of take actions* ed obblighi positivi sempre più capillari e

²² Una dottrina che – sia detto solo per inciso – trova un campo particolarmente fertile, nel contesto italiano, dove la dottrina costituzionalistica ha da tempo anticipato, in una direzione in certa parte analoga, un'interpretazione evolutiva della Carta fondamentale – a partire dall'art. 3, comma secondo, Cost. – poi accentuata da una lettura della stessa "per valori": per tutti, ora, A. BARBERA, *La Costituzione della Repubblica*, Milano, 2016, 133 ss., 143 ss.

²³ Ricca sintesi in S. MANACORDA, *Les obligations de protection pénale à l'heure de l'internationalisation: fondements et limites*, in S. MANACORDA-J. TRICOT (a cura di), *Le droit à la vie et les obligations de protection pénale, Société de Législation Comparée*, 2012, p. 1 ss.; per approfondimenti, si veda anche F. BESTAGNO, *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penale*, Milano, 2003, 23 ss.; nel contesto italiano, G. DE VERO, *La giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in G. DE VERO-G. PANEBIANCO, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, Torino, 2007, 28 ss.; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, 255 ss., 324 ss.; A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008, 162 ss., 222 ss., 296 ss.; F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, 243 ss.; ID., *L'arbitro del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, 2011, 2645 ss.; più di recente, da D. XENOS, *The Positive Obligations of the State under the Convention of Human Rights*, ed. Routledge, New York, 2012, 19 ss., 57 ss.; R. LUGARÀ, *Dall'umanizzazione del diritto penale alla penalizzazione dei diritti umani. Vittima e obblighi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Dir. soc.*, 2015, 565 ss.

Peraltro, l'idea che la tutela dei diritti umani possa innescare obblighi positivi a carico degli Stati, e per tal via, precipue antinomie nei sistemi penali "interni" ha un preciso riscontro anche nell'esperienza dell'America latina, e segnatamente nell'elaborazione della Corte interamericana dei diritti umani: al riguardo, cfr. G. FORNASARI-E. FRONZA, *Le antinomie tra diritto interno e diritto penale internazionale nella tutela dei diritti umani. Alcune osservazioni dal punto di vista del penalista italiano*, in AA. VV., *Percorsi giurisprudenziali in tema di gravi violazioni dei diritti umani. Materiali dal laboratorio dell'America latina*, a cura di G. Fornasari-E. Fronza, Trento, 2011, 1 ss., e più in generale i saggi raccolti in questa ricca antologia e nell'ulteriore volume collettaneo a cura di D. PASTOR-N. GUZMÁN, *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*, Buenos Aires, 2009.

In questo contesto, diverse pronunce sono giunte persino a riconoscere la sussistenza di "nuovi" diritti quali il "diritto alla verità" e il "diritto alla giustizia" per le vittime, ritenendoli persino prevalenti rispetto alle istanze sottese al principio di legalità: e questa giurisprudenza creativa si è ormai propagata anche al *case-law* dei tribunali penali internazionali (cfr., sul punto, E. FRONZA, *Human Rights and Criminal Law: Reference to the Case Law of Human Rights Bodies by International Criminal Tribunals*, in R. KOLB-D. SCALIA, *Droit international pénal*, Basel, 2012, 375 ss., 387 ss.).

²⁴ È la c.d. *horizontalisation des droits de l'homme* di cui parla S. VAN DROOGHENBROECK, *L'horizontalisation des droits de l'homme*, in H. DUMONT-F. OST-H. S. VAN DROOGHENBROECK (a cura di), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*. Bruxelles, Bruylant, 2005.

²⁵ D. SPIELMANN, *Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention*, in F. SUDRE (éd.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1998, 133 ss. (cfr., al riguardo, anche S. MANACORDA *Les obligations de protection pénale à l'heure de l'internationalisation: fondements et limites*, cit., p. 1).

²⁶ "The acquiescence or connivance of a contracting state in the acts of private individuals which violate the Convention rights of other individuals within its jurisdictions may engage that State responsibility under the Convention": Corte EDU, GC, 10 maggio 2011, *Cyprus v. Turkey*, § 81.

²⁷ Il *leading case* è normalmente ravvisato nella sentenza Corte EDU, 26 marzo 1985, *X e Y c. Paesi Bassi*, dove i ricorrenti lamentavano la violazione dell'art. 8 CEDU adducendo la loro impossibilità di ottenere l'apertura di un procedimento penale contro la persona che aveva violentato una giovane ragazza disabile (con disabilità linguistiche): pur riconosciuto che, in linea di principio, la scelta dei mezzi idonei ad assicurare il "rispetto della vita privata" (di cui all'art. 8) nella sfera delle relazioni individuali è un problema che "ricade nel margine di apprezzamento dei singoli stati", e precisato altresì che, al riguardo, "il ricorso al diritto penale non è necessariamente l'unica risposta" (§ 24), tuttavia, chiosa la Corte, "la protezione offerta dal diritto civile nel caso di offese del tipo di quella arrecata a Miss Y è insufficiente. Questo è un caso dove sono in gioco valori fondamentali e aspetti essenziali della vita privata. È indispensabile una effettiva deterrenza in quest'area e può essere raggiunta solo attraverso misure penali; infatti, è attraverso tali misure che normalmente il problema è regolato" (§ 27).

pervasivi in molti ambiti²⁸ e ad ogni livello delle dinamiche punitive,²⁹ la tesi che si vuol qui sostenere è che essa implichi una corresponsabilizzazione dello Stato anche per le violazioni dei diritti garantiti dall'art. 6 CEDU e dall'art. 8 CEDU dovute alla mediatizzazione del procedimento penale, sia che esse siano state direttamente perpetrate da autorità statali, sia che esse siano state agevolate o semplicemente tollerate dallo Stato, e che ciò implichi, appunto, il dovere di apprestare misure rimediale effettive ed adeguate.

In estrema sintesi, se la Corte EDU riconosce in capo allo Stato peculiari “obblighi positivi di tutela” declinati dal diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU),³⁰ o dalla presunzione di innocenza e dal *right to a fair trial* (art. 6 CEDU), questi devono prendere forma – a fronte di violazioni che appaiono ormai epidemiche e “strutturali” – non solo nella predisposizione di meccanismi che neutralizzino/limitino le fughe di notizie e le violazioni del segreto istruttorio, o che consentano l'individuazione e la punizione dei soggetti responsabili,³¹ bensì pure nella messa in opera di “misure specifiche appropriate” che consentano comunque una qualche riparazione/compensazione in capo al soggetto che – anche indipendentemente da accertate trasgressioni del segreto istruttorio – risulti protagonista e “vittima” del “processo mediatico”.

Del resto, la possibilità di disporre di un “rimedio giuridico efficace” anche a fronte di violazioni del diritto ad un giusto processo già intervenute, è stata appunto sollecitata proprio in seno al Consiglio d'Europa,³² ed anche la più recente normativa di armonizzazione UE sulla presunzione di innocenza sembra percorrere, in talune ipotesi, una medesima direzione.³³

In effetti, se è vero che le sentenze di Strasburgo non sembrano – a quanto ci consta – aver direttamente affrontato questo specifico profilo, è vero pure che esse segnalano una direzione di marcia, più che una destinazione raggiunta, e la logica della sussidiarietà – impressa nel combinato disposto degli artt. 13 e 35, § 1, CEDU – impone comunque di garantire a livello domestico una tutela effettiva dei diritti e delle garanzie pattuiti in sede convenzionale: una tutela, cioè, che renda i diritti e le garanzie “*practical and effective, not theoretical and illusory*”,³⁴ volta a salvaguardare l'individuo “*in a real and practical way as regards those areas with which it deals*”,³⁵ in una dimensione sempre aperta, peraltro, alla possibilità di apprestare un maggior livello di protezione.³⁶

E la strada dalla riparazione in forma specifica di un diritto fondamentale leso, come noto, è già stata percorsa dal nostro ordinamento sulla traccia degli obblighi convenzionali, con riferimento ai casi di violazione dell'art. 3 CEDU dovuta all'espiazione della pena detentiva in

²⁸ Preziosi, al riguardo, l'osservatorio offerto dalla rivista *Diritto penale e processo* (e curato da G. Garuti), così come i periodici “monitoraggi” della giurisprudenza della Corte EDU dalla rivista *Diritto penale contemporaneo*, ai quali si fa rinvio.

²⁹ “*At any stage of criminal law process*”: cfr. ancora F. TULKENS, *The paradoxical relationship*, cit., 586; ma si veda anche l'ampia rassegna di F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2010; inoltre, con ulteriori e più ampie riflessioni, ID., *L'arbitrio del non punire*, cit., 2651 ss.; sulle implicazioni problematiche, v. anche V. VALENTINI, *Le garanzie liberali e il protagonismo delle vittime. Uno schizzo sistemico dell'attuale giustizia penale europea*, in *ius17@unibo.it*, n. 1/2011, 97 ss.

³⁰ Tra le tante, Corte EDU, 23 febbraio 2017, *D'Alconzo c. Italia*, § 56: “Come la Corte ha più volte ricordato, se l'articolo 8 della Convenzione ha essenzialmente lo scopo di premunire l'individuo contro le ingerenze arbitrarie dei pubblici poteri, esso non si limita a imporre allo Stato di astenersi da simili ingerenze: a questo impegno piuttosto negativo possono aggiungersi degli obblighi positivi inerenti a un rispetto effettivo della vita privata o familiare. Tali obblighi possono implicare l'adozione di misure volte al rispetto della vita privata che riguardano persino le relazioni fra individui, tra cui la predisposizione di strumenti giuridici adeguati e sufficienti ad assicurare i legittimi diritti agli interessati, nonché il rispetto delle decisioni giudiziarie ovvero di misure specifiche appropriate [...]”.

³¹ Sino a rendere ipotizzabile che l'obbligo positivo possa radicare in capo al titolare del procedimento una autentica posizione di garanzia *ex art. 40 cpv.*, c.p., attivabile in capo a chi non ha impedito la violazione/rivelazione del segreto, *ex art. 326 c.p.*, ovvero la pubblicazione arbitraria, *ex art. 684 c.p.*

³² Si veda la già citata *Raccomandazione* (2003)13, adottata dal COE, contenente *Principi relativi alle informazioni fornite attraverso i mezzi di comunicazione in rapporto ai procedimenti penali*, cit., il cui Principio 11 (“Pregiudizio derivante dalla pubblicizzazione nella fase pre-dibattimentale”) stabilisce che “Qualora la persona accusata di un reato sia in grado di dimostrare che le informazioni fornite comportano una probabilità elevata di ledere il suo diritto ad un giusto processo, o hanno già dato luogo a tale lesione, la persona in oggetto dovrebbe disporre di un rimedio giuridico efficace”.

³³ Si veda – sulla traccia del considerando n. 16 – in particolare l'art. 4, comma 2, della *Direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, ove si obbligano gli Stati membri a provvedere “affinché siano predisposte le misure appropriate in caso di violazione dell'obbligo stabilito al paragrafo 1 del presente articolo di non presentare gli indagati o imputati come colpevoli, in conformità alla presente direttiva [...]”.

³⁴ Come la Corte EDU usa frequentemente ripetere: tra le molte, Corte EDU, Grande Camera, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, § 88).

³⁵ Ad es., Corte EDU, 18 giugno 2009, *Budina c. Russia*, § 3.

³⁶ Sul punto, tra gli altri, A. CALIGIURI-N. NAPOLETANO, *The Application of the ECHR in the Domestic Systems*, in *The Italian Yearbook of International Law*, vol. XX, 2010, Leiden-Boston, 2011, 125 ss.

condizioni di sovraffollamento (art. 35-ter ordinamento penitenziario).³⁷

4.

Il fondamento delle istanze di riparazione dei “danni da processo mediatico”.

Al riguardo, si potrebbe argomentare che, nella prospettiva di tutela della (sola) garanzia della presunzione di innocenza, una ipotetica misura rimediale dovrebbe essere assicurata solo all'imputato poi riconosciuto innocente: anche se a ciò sarebbe possibile replicare che tale protezione dovrebbe essere comunque garantita anche nei confronti di un reo che, in costanza di processo, era solo *potenzialmente* tale, e che dunque ha subito un pregiudizio avente ad oggetto un diritto solo successivamente “consumato” dalla sentenza di condanna.

Ma il punto cruciale, a nostro avviso, è un altro: e guarda all'esigenza di offrire rimedio compensatorio – tanto per l'*innocente* quanto per il *reo* – che in uno con l'aver patito una spettacolarizzazione della vicenda processuale lesiva del diritto al rispetto della vita privata ha subito una duplicazione della sofferenza legale connessa al processo in ragione del “giudizio parallelo” di fatto celebrato dai *media* (con tutte le ulteriori storture e curvature illiberali che questo comporta), giudizio *non necessitato* dalle esigenze di accertamento processuale e/o di difesa sociale.

4.1. In quest'ultima prospettiva, che guarda al *fondamento* delle misure rimediale, oltre alle esigenze di tutela che possono venire in rilievo con riguardo al diritto al rispetto della vita privata (dell'innocente come del colpevole) esso sembra dunque richiamare per analogia, in certa parte, la *ratio* del principio del *ne bis in idem*, evocando una indebita – ed intollerabile – duplicazione della sofferenza legale connessa al processo penale nel “giudizio parallelo” dei *media*.³⁸

Sulla stessa traccia, però, emergono anche connessioni immediate con il *principio di proporzionalità* e con il *principio di eguaglianza*: la maggiore afflittività connessa alla duplicazione di sofferenza legale non sarebbe proporzionata alla colpevolezza per il fatto commesso, né sarebbe rispettosa del principio di eguaglianza, data la asimmetria punitiva che caratterizzerebbe il “trattamento” patito dalla vittima del processo mediatico.

4.2. Da un'angolazione non distante, si potrebbe al contempo richiamare, più in generale, l'ampio spettro di protezione offerto – tanto all'innocente quanto al reo – dal *diritto ad un processo equo*: e da questo punto di vista, l'esperienza più prossima rimanda alla giurisprudenza costituzionale tedesca sui rimedi offerti nell'ipotesi di violazione della durata ragionevole del processo (quale lesione – appunto – dell'equità processuale), che come noto si fonda sulla sostanziale valenza afflittiva (anche) della (mera) sottoposizione a procedimento penale.³⁹

Anche di recente il *Bundesverfassungsgericht* ha evidenziato le cadenze argomentative che conducono a riconoscere una equivalenza tra la indebita ed irragionevole protrazione

³⁷ Come si sa, l'art. 35-ter ord. pen. prevede per i casi di violazione dell'art. 3 CEDU un risarcimento in forma specifica che corrisponde alla riduzione del periodo di restrizione della libertà personale di un giorno per ogni dieci in cui il diritto è stato compromesso; solo ove ciò sia impossibile, è dovuto un risarcimento per equivalente pari ad 8 euro per ogni giorno trascorso in condizioni contrastanti con il diritto europeo (sul punto, tra gli altri, A. DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, in *Dir. pen. cont.*, 13 ottobre 2014; di recente, v. anche C. MASIERI, *La natura dei rimedi di cui all'art. 35-ter ord. pen.*, ivi, 22 luglio 2015; e M. PASSIONE, *I rimedi risarcitori per detenuti, ergastolani e internati: questioni finite e aspetti (ancora) controversi*, in *Giurisprudenza penale web*, n. 7-8/2017).

Al riguardo, la Corte costituzionale ha peraltro sottolineato che “il risarcimento patrimoniale del danno ha carattere subordinato, rispetto al ristoro in forma specifica, ma autonomo, nel senso che il primo compete ogni qualvolta il secondo, in tutto o in parte, non sia utilmente attribuibile” (sentenza n. 83 del 2017).

³⁸ Come noto, l'ordinamento appresta meccanismi di ripristino/rimedio anche successivi alla intervenuta violazione del *ne bis in idem*, come quelle riferibili al c.d. conflitto pratico di giudicati, ex art. 669 c.p.p. (attivabile tanto nel caso di pluralità di sentenze *tutte* di condanna quanto nel caso di pluralità di sentenze di condanna e di assoluzione).

³⁹ Sin dalle indagini preliminari: infatti, come ha riconosciuto – sulla traccia della giurisprudenza della Corte EDU – anche la Corte costituzionale italiana, “[l]a violazione del diritto a una celere definizione del processo penale, espresso dall'art. 6 CEDU, genera infatti la pretesa di un indennizzo idoneo a ristorare il patimento cagionato dalla eccessiva pendenza dell'accusa, quando essa sia stata espressa per mezzo di un atto dell'autorità giudiziaria e abbia in tal modo acquisito una consistenza tale da ripercuotersi significativamente sulla vita dell'indagato [...]. È questa un'evenienza in alcun modo circoscrivibile alla fase del processo che segue all'esercizio dell'azione penale (art. 405 cod. proc. pen.) e all'assunzione della qualità di imputato (art. 60 cod. proc. pen.), posto che essa tende naturalmente a manifestarsi fin dal tempo in cui una persona è venuta formalmente a conoscenza dell'esistenza di un'indagine a suo carico, in particolare quando si accompagna al compimento di atti invasivi della sfera di libertà dell'individuo” (sentenza n. 184 del 2015, § 5 del *Considerato in diritto*).

dell'accertamento processuale e la sanzione penale, giungendo a ravvisare la predisposizione di rimedi quale "soluzione costituzionalmente obbligata", di cui devono farsi carico gli organi procedenti nell'esplicazione della potestà punitiva statale.⁴⁰

In particolare, il saldo negativo di un ritardo processuale, quale autentica "sofferenza legale", deve essere dedotto – e detratto – dal giudice o dallo stesso pubblico ministero nell'applicazione del diritto penale sostanziale e processuale, considerando la totalità delle caratteristiche del caso concreto, con diverse possibilità che spaziano dall'archiviazione del procedimento *ex* §§ 153, 153a StPO, alla limitazione ad alcune imputazioni *ex* §§ 154, 154a StPO, dalla conclusione del procedimento con una "rinuncia alla pena" ai sensi del § 60 StGB o con sospensione condizionale della stessa, fino alla considerazione di tale ritardo in sede commisurativa.⁴¹

Laddove le possibilità legislativamente previste non siano sufficienti, nei casi in cui il livello di ritardo nel procedimento incida in maniera particolarmente significativa e abbia già condotto a particolari aggravii nei confronti dell'imputato, viene in considerazione un'archiviazione sulla base di una condizione di improcedibilità costituzionalmente necessitata.⁴²

4.3. Dunque, introdurre misure rimediali a margine della eccedenza punitiva connessa c.d. "processo mediatico" può essere apprezzata come "soluzione costituzionalmente obbligata" in un ordinamento che voglia assicurare ai diritti fondamentali in rilievo una "tutela non illusoria e astratta, ma effettiva e concreta",⁴³ ed elidere questa specifica quota di "danni da processo"⁴⁴ ponendola a carico dello Stato, che del resto è garante primo ed ultimo dei diritti fondamentali.

Così, la lesione dei diritti dell'imputato (potenziale innocente o potenziale reo) in rilievo sembra imporre la predisposizione di *differenti* meccanismi che – nell'impossibilità di una *restitutio in integrum* – garantiscano comunque un rimedio riparatorio o compensativo per l'individuo che l'abbia dovuta patire, ipotizzando anzitutto: a) una *attenuazione della sanzione* concretamente comminata per l'individuo che sia riconosciuto colpevole, ossia una decurtazione della punizione capace di compendiare e riparare il *surplus* di afflittività indebitamente sofferto [*infra*, § 6.1]; b) uno *strumento di correzione informativa* che possa eliminare le informazioni colpevoliste sui *media* e uno *specifico strumento risarcitorio/indennitario* – a seconda che il danno risulti da fatto illecito o da atto lecito – a carico dello Stato per l'individuo che, viceversa, sia riconosciuto *innocente* [o per il condannato che non abbia potuto fruire della diminuzione di pena: *infra*, § 6.2].

Come si è accennato, l'obbligo positivo posto in capo allo Stato, avendo ad oggetto la tutela "effettiva e concreta" dei diritti riconosciuti dalla Convenzione di cui lo Stato stesso deve farsi garante, dovrebbe peraltro rendere indipendente l'operatività del rimedio da una riconosciuta responsabilità – colposa o dolosa – degli organi statali (ad es., degli organi inquirenti per la "fuga di notizie"): anche qualora sia soggettivamente non imputabile allo Stato ma a terzi la lesione perpetrata, e pur ove la condotta dei terzi sia contrassegnata in termini di liceità (come in caso di operatività del diritto di cronaca in chiave scriminante), il ristoro dei diritti viola-

⁴⁰ BVerfG, 25 luglio 2003.

⁴¹ Sulla diminuzione della pena come rimedio all'irragionevole durata del processo v. anche A. MASSARO, *La riparazione dei "danni da processo" nell'esperienza tedesca*, in AA.VV., *La vittima del processo. I danni da attività processuale penale*, a cura di G. SPANGHER, Torino, 2017, 125 ss., 130 s.

⁴² Al riguardo, può aggiungersi che il BGH mostra di verificare in concreto e con particolare rigore l'effettiva diminuzione della pena nel caso in cui si voglia riparare per tale via all'irragionevole durata del processo, avendo chiarito anche i rapporti tra tale diminuzione di pena e la disciplina prevista per il concorso di reati, in particolare obbligando il giudice a stabilire la pena diminuita per ciascun reato imputato, ritenendo insufficiente una mera diminuzione sulla pena generale stabilita per tutti i reati in concorso (BGH 128/02, 188/02, 183/03).

D'altronde anche le decisioni del BVerfG, compresa quella sopra richiamata, rappresentano casi di ricorso diretto di costituzionalità nei quali il giudice costituzionale è chiamato ad operare un controllo sulla commisurazione edittale, e soprattutto sulla motivazione di questa, da parte del giudice ordinario (ma anche le altre possibilità indicate dal giudice costituzionale sono adoperate dalla giurisprudenza ordinaria: si veda ad esempio, in merito alla sospensione della pena, BGH 127/85).

Nel 2007 è peraltro intervenuta un'importante decisione del *Große Senat* del BGH (poi avallata dal BVerfG, ric. 49/09), ove si è abbandonato lo schema della diminuzione di pena nella fase di commisurazione edittale (*Strafabstrichmodell*), scontrandosi questo in alcuni casi con la previsione di limiti minimi edittali. Il modello prescelto (*Vollstreckungsmodell*) prevede invece che il giudice della cognizione dopo aver pronunciato la pena irrogata, valida a tutti gli effetti di legge, dichiari la porzione di questa pena che si intende già eseguita a compensazione della violazione della ragionevole durata del processo riscontrata in sentenza.

⁴³ "Practical and effective, not theoretical and illusory", come la Corte EDU usa ripetere (tra le molte, Corte EDU, Grande Camera, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, § 88).

⁴⁴ Sul punto, v. i diversi contributi raccolti in AA.VV., *La vittima del processo. I danni da attività processuale penale*, a cura di G. SPANGHER, Torino, 2017; inoltre, R. APRATI, *Riflessioni intorno alla "vittima del processo"*, in *Cass. pen.*, 2017, 977 ss.

ti dovrebbe comunque risultare garantito, ripristinando un bilanciamento “a somma zero”, emendato da ogni saldo negativo per i soggetti coinvolti.

5. Le possibili misure rimediali per il condannato e per il prosciolto: commisurazione della pena, contromisure mediatiche, strumenti risarcitori e/o indennitari.

Si pone, ovviamente, il problema di individuare le possibili misure rimediali, dovendosi distinguere, anzitutto, tra gli strumenti “azionabili” da parte del soggetto “vittima” del “processo mediatico” poi effettivamente condannato e, sul fronte opposto, quelli prospettabili in favore dall’indagato/imputato successivamente prosciolto. Taluni strumenti, peraltro, possono essere immediatamente attingibili *de lege lata*, alla luce di una revisione interpretativa di istituti vigenti, altri sono per lo più ipotizzabili in prospettiva di riforma.⁴⁵

Qui – convinti che la disamina richiederebbe ben maggiore spazio – proviamo ad esaminare solo alcune tra le possibili opzioni.

5.1. Quanto agli strumenti percorribili per il *condannato*, misurandoci con gli istituti presenti nel nostro ordinamento – e dunque con soluzioni invocabili già *de lege lata* anzitutto sul piano del diritto sostanziale – il richiamo più immediato, in sede di commisurazione della pena, rimanda all’istituto delle “circostanze attenuanti generiche”, che come noto consente al giudice “indipendentemente dalle circostanze previste all’art. 62” c.p. di “prendere in considerazione *altre circostanze diverse*, qualora le ritenga tali da giustificare una diminuzione della pena” (art. 62 *bis* c.p.).

Tale istituto, anche dopo i correttivi recentemente apportati,⁴⁶ riconosce al giudice un’ampia discrezionalità, consentendogli di prendere in considerazione – pur secondo apprezzamenti agganciati a criteri già sedimentati nelle valutazioni etico-sociali – anche aspetti che esulano dalla “gravità del fatto” e dalla “personalità dell’autore” (art. 133 c.p.):⁴⁷ e permette dunque di dar rilievo a qualsiasi “valore nuovo o diverso non tipicizzabile a priori in linea generale e astratta”,⁴⁸ dunque a “qualsiasi fattore” riconducibile, anche solo “in senso lato”, alla situazione concreta,⁴⁹ e così anche al *surplus* di afflittività (pre-)sofferta derivante dal peculiare rilievo mediatico della vicenda processuale, in un’ottica tesa a riequilibrare la sanzione secondo una prospettiva aderente al concreto bisogno di punire (*Strafbedürfnis*), e maggiormente congeniale al principio di proporzione ed all’istanza rieducativa.⁵⁰

Si tratta di un’ottica – sia detto solo per inciso – che ha trovato significativi riscontri anche

⁴⁵ Sul tema, v. anche G. COLAIACOVO, *Processo mediatico e violazione del segreto istruttorio*, in AA.VV., *La vittima del processo*, cit., 356 ss.

⁴⁶ Per tutti, M. ROMANO, sub *Art. 62-bis*, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, 3ª ed., Milano, 2004, 679 ss.; per approfondimenti, A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, Padova, 2000, 660 ss.; A. VALLINI, voce *Circostanze del reato*, in *Digesto/pen.*, Aggiornamento, Torino, 2000, 36 ss.; ID., *Le circostanze del reato*, in G. DE FRANCESCO (a cura di), *Le forme di manifestazione del reato* (volume del *Trattato teorico-pratico di Diritto Penale*, diretto da F. Palazzo e C. E. Paliero), Torino, 2011, 1 ss., 58 ss.; una disamina delle recenti modifiche si deve a M. CAPUTO, *Le circostanze attenuanti generiche. Tra declino e camouflage*, RIDPP, 2010, 182 ss.

⁴⁷ In questo senso la prevalente dottrina, con consenso crescente nell’elaborazione più recente: tra gli altri, M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, Napoli, 1959, 15; F. BRICOLA, *Le aggravanti indefinite. Legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato*, RIDPP, 1964, 1013 ss., 1028; più di recente, M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, III, *Le forme di manifestazione del reato*, Torino, 2003, 10, e M. ROMANO, sub *Art. 62-bis*, cit., 682, n. 8, secondo il quale “nessun dato può dirsi “pre-giudizialmente” escluso in via astratta da un significato di attenuazione del disvalore dell’illecito che le particolarità del concreto episodio possono fargli assumere”, soggiungendo che “è pertanto da accogliere l’orientamento giurisprudenziale secondo cui le attenuanti generiche possono essere ravvisate in qualsiasi elemento di giudizio che segnali la meritevolezza di una diminuzione di pena, anche diverso da quelli dell’art. 133”; nella stessa direzione, A. MANNA, voce *Circostanze del reato*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1993, 15; S. CANESTRARI-L. CORNACCHIA-G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, Bologna, 2007, 791; A. VALLINI, *Le circostanze del reato*, cit., 60 ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 7ª ed., Bologna, 2014, 465; G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, 5ª ed., 569 s.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, 6ª ed., Milano, 2015, 391 s.; L. VERGINE-A. AIMI, sub *Art. 62-bis c.p.*, in AA.VV., *Codice penale commentato*, diretto da E. DOLCINI-G. GATTA, 4ª ed., Milano, 2015, 1344 ss., 1352 ss. (n. 16, con ulteriori richiami giurisprudenziali).

⁴⁸ G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., *ibidem*.

⁴⁹ Così ancora M. ROMANO, sub *Art. 62-bis*, cit., 682, n. 7, che non a caso ritiene suscettibili di apprezzamento anche elementi “di contesto” del tutto eccentrici rispetto al “fatto” di reato ed al reo, tra i quali, persino, lo “scarso allarme sociale in genere”, ovvero il concorso colposo dell’offeso, etc.; analogamente G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., 570, secondo i quali il giudice “può far leva su un qualsiasi dato del caso concreto, inerente al reato o al suo autore, che meriti un’attenuazione della pena”.

⁵⁰ Un’istanza, come si sa, di centrale importanza nella fase commisurativa: Corte cost., sentenza n. 313 del 1990.

in altre esperienze,⁵¹ secondo cadenze che in taluni casi potrebbero giungere persino a far ritenere la pena priva di ogni effettiva funzione.⁵²

Nello spazio operativo garantito nell'ordinamento italiano per il tramite dell'art. 62-bis c.p., dunque, il giudice potrà riconoscere anche d'ufficio la diminuzione di pena, con l'unico vincolo della adeguata motivazione, che del resto rappresenta l'ordinario limite logico alla discrezionalità che caratterizza la disposizione. La difesa che ne faccia richiesta, puntellata su eventuali allegazioni (anche con riferimento alle concrete modalità della "mediatizzazione" della vicenda processuale: diffusività delle notizie; protrazione temporanea della pubblicizzazione mediatica del processo; fase processuale in cui ha avuto inizio, caratteristiche narrative particolarmente infamanti; "approccio sensazionalista"; assenza di concreti spazi per le repliche della vittima; fonte pubblica o privata della notizia e sua "parvenza di ufficialità"; il non aver l'indagato/imputato dato causa o contribuito alla divulgazione informativa, etc.), stimolerà evidentemente un più puntuale onere di motivazione da parte del giudice, specie ove questi intenda negare l'attenuazione di pena.⁵³

Scontato che si tratta di un rimedio ad azione limitata, specie a fronte della (opinabile) *reductio ad unum* legislativamente imposta, che costringe il giudice a considerare tutte le sfaccettature suscettibili di trovare spazio nelle "attenuanti generiche" "[...] in ogni caso [...] come una sola circostanza";⁵⁴ ed esso deve dunque lasciare spazio ad altri rimedi in caso di (totale o parziale) non fruibilità.⁵⁵

⁵¹ Si veda, ad es., la sentenza del *Tribunal Supremo* spagnolo, Sala 2°, S. 25-1-2010, no. 1394/2009, rec. 10372/2009, Pres. Manuel Marchena Gómez, ove, a margine di un noto processo coinvolgente amministratori pubblici e esponenti politici, i giudici – pur considerando plausibile la richiesta di applicazione analogica della circostanza attenuante pacificamente riconosciuta in giurisprudenza per i casi di irragionevole durata del procedimento penale e reclamata da un difensore a fronte del grave pregiudizio subito dal proprio assistito a causa della ampia eco mediatica della vicenda processuale, e pur stigmatizzando "un trattamento mediatico nel quale la colpevolezza si dà per dichiarata, soprattutto, a partire da una informazione costruita mediante una serie di soffiare debitamente dosate che vulnerano il segreto formale delle indagini" – hanno rigettato la richiesta solo per il fatto di non ritenere percorribile la detta applicazione analogica, non consentita – in ragione del principio di legalità e del sistema di tipicità delle circostanze – "nello stato attuale della nostra giurisprudenza" (sul punto, N. RECCHIA, *Giustizia penale e informazione giudiziaria*, cit.).

⁵² In questa prospettiva, entrano dunque in gioco considerazioni in ordine non alla meritevolezza di pena (*Strafwürdigkeit*), bensì alla quantificazione del concreto bisogno di punire (al *quantum* dello *Strafbedürfnis*), che conducono a far ritenere superflua e sproporzionata una punizione che non tenga conto della "sofferenza mediatica" patita, e delle sue possibili conseguenze.

Del resto, in taluni ordinamenti, considerazioni per certi versi non lontane da queste conducono a conseguenze persino più radicali: ad esempio, il codice penale tedesco – sulla base di argomentazioni non lontane da queste – giunge persino a riconoscere al giudice la possibilità di rinunciare alla pena (*Absehen von Strafe*, § 60 StGB) "se le conseguenze del fatto che hanno colpito l'autore sono talmente gravi che l'infissione di una pena apparirebbe inopportuna", ossia quando rispetto alla *poena naturalis* patita dal reo sarebbe superflua una punizione ulteriore (gravi conseguenze che possono essere personali o patrimoniali: per alcune esemplificazioni casistiche, che spaziano dalle gravi lesioni patite da un prossimo congiunto o dall'autore stesso nell'incidente automobilistico colposamente causato, a quelle analoghe patite in caso di incendio appiccato per negligenza, etc., T. FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 63. Auflage, München, 2016, *sub* § 60, 560 s.; K. LACKNER-K. KÜHL, *Strafgesetzbuch*, 28. Auflage, München, 2014, *sub* § 60, 467 ss.; dell'istituto, peraltro, sono previste varie ipotesi speciali relative a singoli reati); e non è un caso che l'applicabilità di tale istituto sia stata invocata anche a fronte del "danno mediatico" patito dall'imputato (per tutti, W. HASSEMER, *Vorverurteilung durch die Medien?*, in NJW, 1985, 1921 ss., 1928, ritenendo appunto doversi considerare la *poena naturalis* derivante dalla "pubblica condanna anticipata" all'interno della *poena civilis* comminata dal giudice in sede commisurativa; analogamente W. WOHLERS, *Prozessuale Konsequenzen präjudizierender Medienberichterstattung*, cit., 191, e C. ALTERMANN, *Medienöffentliche Vorverurteilung – strafjustizielle Folgerungen für das Erwachsenen- und für das Jugendstrafverfahren?*, cit., 109 ss.; per una critica, C. ROXIN, *Strafrechtliche und prozessuale Probleme der Vorverurteilung*, in NStZ, 1991, 153 ss., 154).

La forza di questi argomenti, peraltro, non ha mancato di esercitare il proprio fascino anche in altri contesti (si veda, ad esempio, l'ampio spazio ad essi concessi nella "via scandinava all'equità", ove il giudice – così il § 5 del Kap. 29 del codice penale svedese – deve considerare in chiave attenuante non solo "l'aver patito o la probabilità di patire, a causa del reato commesso, il licenziamento o l'interruzione del proprio lavoro, o la probabilità di incontrare ogni altro ostacolo o speciale difficoltà nella ricerca di una futura occupazione o nell'intraprendere attività commerciali", ma anche, in via residuale, "ogni altra circostanza che giustifichi una pena inferiore alla pena conforme alla gravità del caso"; mentre ai sensi del § 7, Kap. 6, del codice penale finlandese il giudice dovrà considerare "ulteriore conseguenza che derivi al reo dalla commissione del reato o dalla sentenza di condanna": cfr. ancora M. CAPUTO, *op.cit.*, 223 ss.) ed anche sugli studiosi italiani, sino a ispirare recenti proposte di riforma (si veda, in ptc., il correttivo dell'equità proposto – a controbilanciare l'abolizione delle attenuanti generiche – all'art. 37 del Progetto Pisapia, motivandolo con l'esigenza di apprestare una diminuzione di pena per quei casi eccezionali in cui "le conseguenze del reato abbiano già determinato una "pena naturale" ritenuta più che sufficiente in relazione al disvalore del fatto").

⁵³ Anche se è stato autorevolmente sostenuto – da M. ROMANO, *sub* Art. 62-bis, cit., 685, n. 14 – che "il giudice è tenuto a spiegare le ragioni della mancata concessione anche quando l'imputato non l'abbia richiesta"; sull'onere di motivazione, cfr. anche A. VALLINI, *Le circostanze del reato*, cit., 62 ss.

⁵⁴ Anche a prescindere dalla precarietà che ciclicamente affligge l'istituto delle attenuanti generiche (con costanti "intervalli di altari e di polvere": v. ancora M. CAPUTO, *Le circostanze attenuanti generiche*, cit., 219 ss.), sarebbe dunque da esplorare con attenzione, *de lege ferenda*, l'introduzione di una circostanza attenuante comune "nominata" (nell'elenco di cui all'art. 62 c.p.), che – oltre a dare spazio alla duplicazione della sofferenza punitiva legata al "processo mediatico" attraverso un puntuale elemento di valore (e di valutazione) nella cornice della concreta meritevolezza di pena – consentirebbe anche di declinarne per via legislativa i criteri di applicazione.

⁵⁵ Non solo nel caso in cui le "generiche" siano ad altro titolo fruibili, ma anche nel caso in cui esse non siano fruibili *tout court* per il singolo soggetto nella vicenda concreta (ad es., nei casi di cui all'art. 62 bis, comma secondo, c.p.): per il ricorso ad ulteriori rimedi estendibili anche al condannato, cfr. il § 5.2 e la nota 73.

5.2. Viceversa, sul fronte della tutela del soggetto coinvolto nel processo e poi *prosciolto* – “la vittima certa del processo”,⁵⁶ che oltre alla “vittimizzazione primaria” dell’accusa ingiusta assomma la “vittimizzazione secondaria” della “gogna mediatica” – si aprono strade diverse.

5.2.1. Da un lato, dovrebbe essere attivato un meccanismo che garantisca la massima “neutralizzazione” – oltre che delle notizie processualmente irrilevanti e lesive del diritto al rispetto della vita privata⁵⁷ – delle informazioni (originariamente) colpevoliste, anzitutto obbligando chi le ha pubblicate a dare adeguata, immediata e simultanea pubblicità all’esito assolutorio e comunque ad integrare o rettificare l’informazione sul *web*: e questa – visto che i *media*, luhmanianamente, identificano “la semantica della società moderna”, rappresentandone la stratificazione della memoria,⁵⁸ e dunque anche lo strumento per la costruzione sociale dell’immagine di ciascuno nella comunità, attraverso le tecniche di selezione di cosa (far) ricordare e di cosa (far) dimenticare⁵⁹ – dovrebbe essere una prima, fondamentale misura volta al (parziale) ripristino della reputazione e della dignità dell’indagato assolto.⁶⁰

In questa prospettiva, fermo restando il diritto di opposizione al trattamento dei dati personali immediatamente riconosciuto alla persona interessata,⁶¹ nel caso che volta a volta lo renda necessario il giudice dovrebbe quindi ordinare la pubblicazione della sentenza di assoluzione (nelle forme di cui all’art. 694 c.p.p.) ed ordinare pure – ai titolari dei siti *web* dei giornali e dei relativi archivi, ai *blog* e *forum* di informazione, ai motori di ricerca, etc., eventualmente per il tramite dell’autorità *Garante per la protezione dei dati personali* che ha precipui poteri in merito – l’adeguata integrazione e/o rettifica del flusso informativo mediatico (magari originariamente “lecito” ma poi non più adeguato o pertinente),⁶² ovvero la rimozione (o il “conge-

⁵⁶ G. SPANGHER, *Conclusioni*, in AA.VV., *La vittima del processo. I danni da attività processuale penale*, Torino, 2017, 489.

⁵⁷ In un’ottica che pone sullo stesso piano l’indagato poi *prosciolto* e quello *condannato*, e che impone una particolare protezione, giacché “l’attività di pubblicazione degli atti del procedimento non è giustificata dalla realizzazione di nessun interesse meritevole di tutela ma si risolve in un’aggressione gratuita – e spesso assai pernicioso – alla sfera privata delle persone”: sul punto, L. LUDOVICI, *Il danno alla privacy. Le notizie non collegate all’imputazione*, in AA.VV., *La vittima del processo*, cit., 341 ss., suggerendo di mutare un regime riparatorio analogo a quello previsto dall’art. 4, l. n. 281 del 2006 nei casi di pubblicazione di documenti, supporti e atti concernenti dati e contenuti di conversazioni o comunicazioni, relativi a traffico telefonico o telematico, illegalmente formati o acquisiti (art. 240, comma 2, c.p.p.).

⁵⁸ N. LUHMANN, *Die Realität der Massenmedien*, Opladen, 1996, trad. it. *La realtà dei mass-media*, Milano, 2000, *passim*.

⁵⁹ Cfr., sul punto, C. E. PALIERO, *La maschera e il volto*, cit., 306.

⁶⁰ Al riguardo, v. ancora A. MARANDOLA, *La tutela dell’identità personale*, cit., 358, segnalando come nella giurisprudenza recente (Cass. civ., sez. I, 24 giugno 2016, n. 13161) si è riconosciuto che costituisce trattamento illecito dei dati personali il mantenimento on line di un articolo, pubblicato anni prima, che dava conto della sussistenza di un procedimento penale, dando prevalenza al diritto soggettivo privato sull’interesse pubblico quando questo abbia perso rilievo.

⁶¹ Si veda già, a questo riguardo, l’art. 14 (Diritto di opposizione della persona interessata) della *Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 ottobre 1995 relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione dei dati*, anche con riferimento al diritto di rettifica, cancellazione o congelamento dei dati di cui all’art. 12 (Diritto di accesso) della medesima direttiva (sulla quale v. anche la sentenza citata alla nota 61); ed ora il diritto di integrazione e il diritto di opposizione al trattamento riferibili al *Diritto di rettifica* (art. 16), al *Diritto alla cancellazione* o “diritto all’oblio” (art. 17) e al *Diritto di limitazione del trattamento* (art. 18), riconosciuti nel *Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)*, che di fatto sarà operativo dal 25 maggio 2018.

⁶² In questa prospettiva, com’è stato proposto, il rimedio potrebbe essere garantito dall’art. 8 della l. n. 47 del 1948, secondo una interpretazione che consenta all’interessato di chiedere la rettifica, anche dopo molto tempo, di notizie che, sebbene fossero vere all’epoca della loro diffusione, si sono rivelate inesatte a causa dei successivi sviluppi (così (al riguardo, con ulteriori rilievi, G. COLAIACOVO, *Processo mediatico e violazione del segreto istruttorio*, cit., 358); ma anche l’art. 7 del d.lgs. n. 196 del 2003 potrebbe presentare analoghe potenzialità applicative (cfr. ancora, sul punto, A. MARANDOLA, *La tutela dell’identità personale*, cit., 365 s., anche per interessanti riferimenti giurisprudenziali).

lamento”) del dato storico non più attuale, ad evitare – per quanto possibile⁶³ – una incessante e reiterata *damnatio memoriae* dell’assolto.⁶⁴

5.2.2. Dall’altro lato, per garantire un’effettiva compensazione resta la sola strada della riparazione economica, che reca con sé anche un non trascurabile valore simbolico per chi abbia dovuto affrontare lo squasso dell’arena mediatica.

Al riguardo, almeno in linea di principio, la soluzione risarcitoria sembra poter essere ipotizzata – nei termini di cui agli art. 2043 e 2059 c.c. – (solo) qualora il danno sia imputabile a comportamenti (dolosi o) colposi, e sempre che sia identificabile il centro di imputazione, con conseguente gravoso onere della prova in capo al danneggiato, anche in ordine alla sussistenza dell’elemento soggettivo e all’entità dei danni subiti; a meno di non ritenere che la “forza gravitazionale” esercitata dai menzionati obblighi positivi (in specie, artt. 6 e 8 CEDU) e posti in capo allo Stato sia tale – se non da fondare una precipua ipotesi di responsabilità obiettiva – da comportare una redistribuzione dell’onere probatorio secondo una costruzione convenzionalmente orientata della fattispecie risarcitoria, con l’effetto di gravare l’amministrazione – accertata la violazione della disciplina in materia di segreto – del compito di dimostrare l’assenza di colpa (secondo moduli che possono evocare la responsabilità – molto discussa – da “contatto sociale qualificato”, a fronte – appunto – degli “obblighi di protezione” gravanti sullo Stato con riferimento ai diritti e alle garanzie fondamentali dell’indagato).

In ogni caso, l’opzione risarcitoria sembra dipendere dalla illiceità della condotta: sarebbe dunque ipotizzabile – sempre che ricorrano e risultino provati i presupposti della responsabilità aquiliana – a carico dello Stato o del singolo agente pubblico responsabile – nel caso in cui, per esemplificare, siano state *imprudentermente* fornite ai *media* informazioni che presentano gli indagati come colpevoli, ma il rimedio avrebbe margini più limitati qualora lo strumento informativo – sempre ad esempio, una conferenza stampa – risulti “strettamente necessario per motivi connessi all’indagine penale o per l’interesse pubblico”,⁶⁵ e sarebbe difficilmente attingibile, soprattutto, al cospetto dei *media* che abbiano divulgato le informazioni processuali (pur frutto di una violazione della disciplina del segreto), se si ammette – come si ammette – la portata liceizzante del diritto di cronaca.

Difficile, quindi, ipotizzarne una concreta percorribilità nella gran parte dei casi, come del resto testimonia la prassi, avara tanto di pronunce penali *ex* art. 384 c.p. quanto di condanne civili.

Sembra dunque preferibile l’opzione che rimanda – in chiave di tutela minima – al mec-

⁶³ Per quanto possibile, giacché in rete – come rilevato dalla Corte di Giustizia UE in un caso estremamente istruttivo e significativo per la nostra analisi (CGUE, 13 maggio 2014, C-131/12, *Google Spain SL e Google inc. c. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González*, in ptc. punto 84) – “tenuto conto della facilità con cui le informazioni pubblicate su un sito web possono essere riprodotte su altri siti, nonché del fatto che i responsabili della loro pubblicazione non sempre sono assoggettati alla normativa dell’Unione, non sarebbe possibile realizzare una tutela efficace e completa delle persone interessate nel caso in cui queste dovessero preventivamente o in parallelo ottenere dagli editori di siti *web* la cancellazione delle informazioni che le riguardano”; e che, dunque e più in particolare, non sembra darsi una procedura effettiva ed efficace di completa cancellazione di immagini, *forum* e commenti progressi che possono continuare ad essere fruiti senza nessuna menzione che la persona in questione è stata definitivamente prosciolta.

Esiste tuttavia la possibilità di escludere taluni dati dagli indici automatici di un dato motore di ricerca da parte dei relativi gestori (non solo su richiesta degli editori di siti *web*, che possono attivare precisi protocolli di esclusione, come “robot.txt”, o codici come “noindex” o “noarchive”, etc.), etc., con le corrispondenti responsabilità in ordine ai dati trattati (e presentati secondo un preciso ordine di apparizione, etc.) chiarite appunto dalla sopra citata sentenza della CGUE, 13 maggio 2014, C-131/12, *Google Spain SL*, etc., in ptc. punti 70 ss. (peraltro secondo cadenze che, volta a volta, rimandano al consueto bilanciamento tra diritti della personalità e interesse del pubblico a disporre delle relative informazioni, “il quale può variare, in particolare, a seconda del ruolo che tale persona riveste nella vita pubblica”). Quest’ultima, ove percorribile, rappresenta certamente una misura significativa, vista la capacità diffusiva dello strumento e al carattere ubiquitario di tali dati, il cui utilizzo determina “un’ingerenza più rilevante nel diritto fondamentale al rispetto della vita privata della persona interessata che non la pubblicazione da parte dell’editore della [...] pagina web” [punto 87 della sentenza citata, che infatti conclude – punto 88 – affermando che “gli articoli 12, lett. b) e 14, primo comma, lettera a), della direttiva 95/46 devono essere interpretati nel senso che, al fine di rispettare i diritti previsti da tali disposizioni, e sempre che le condizioni da queste fissate siano effettivamente soddisfatte, il gestore di un motore di ricerca è obbligato a sopprimere, dall’elenco dei risultati che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal nome di una persona, dei link verso pagine web pubblicate da terzi e contenenti informazioni relative a questa persona, anche nel caso in cui tale nome o tali informazioni non vengano previamente o simultaneamente cancellati dalle pagine web di cui trattasi, e ciò eventualmente anche quando la loro pubblicazione su tali pagine sia di per sé lecita”, anche per assicurare il diritto all’oblio in relazione a dati non più pertinenti o attuali: punti 89 ss.].

⁶⁴ Dall’angolatura del diritto al rispetto della vita privata, come accennato, analoghe istanze di tutela si possono però prospettare anche in relazione al soggetto *condannato*: cfr. *infra*, nota 73.

⁶⁵ Nei termini di cui all’art. 4, comma 3, della citata direttiva UE 2016/343 sulla presunzione di innocenza.

canismo dell'indennizzo dei danni "da attività lecita",⁶⁶ nelle sue diverse componenti:⁶⁷ meccanismo che secondo l'opinione prevalente sarebbe necessario "tipizzare" per via legale (anche quanto a misura e criteri di quantificazione),⁶⁸ sulla traccia di istituti (indennitari) quali la riparazione per l'ingiusta detenzione (art. 314 c.p.p.)⁶⁹ o l'errore giudiziario (art. 643 c.p.p.),⁷⁰ ovvero – con notevoli profili di analogia – la procedura disciplinata dalla c.d. legge Pinto nei casi di durata irragionevole del processo, senza escludere la possibilità di prospettare l'istituzione di un fondo di garanzia statale, alimentato da una voce del bilancio dello Stato o magari da forme di assicurazione obbligatoria.⁷¹

Questo avrebbe il pregio di radicare l'obbligo di indennizzo senza prova della colpa, liberando peraltro il danneggiato da defatiganti oneri probatori (impregiudicato restando il diritto all'integrale riparazione, ove sia provata la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 2043 c.c.).

Un istituto *ad hoc*, dunque, che rappresenterebbe una tappa ulteriore in un cammino di civiltà da tempo intrapreso con i rimedi indennitari già riconosciuti nell'ordinamento, e che potrebbe iscriversi nel solco degli ulteriori meccanismi riparativi ipotizzati – in un recente, stimolante studio collettaneo⁷² – al cospetto della responsabilità dello Stato per "danni da

⁶⁶ V. al riguardo l'ampio ed istruttivo studio di P. MAGGIO, *Fattispecie indennitaria e danno da processo penale*, Torino, 2017, 11 ss., 90 ss., e, con specifico riferimento al "danno da esposizione mediatica", 103 ss.; per una sintesi, v. anche EAD., *L'esportabilità del modello amministrativo per l'indennizzo del danno da attività giudiziaria*, in AA.VV., *La vittima del processo*, cit., 39 ss.

⁶⁷ Come rileva con precipuo riferimento alla fase istruttoria S. LORUSSO, *Indagini preliminari, esposizione mediatica, tempi*, in AA.VV., *La vittima del processo*, cit., 137 ss., 141, si tratta di "un danno al contempo patrimoniale e non patrimoniale, perché involge varie sfere della personalità tutte egualmente tutelate dall'ordinamento (art. 2 Cost.): può essere un danno all'immagine, alla reputazione, alle relazioni familiari e sociali della persona, all'attività lavorativa sotto forma di interruzione dell'attività produttiva o di perdita di chances nell'attività economica, sociale o, in particolari casi, politica (...)"

⁶⁸ Ma sul possibile ricorso all'applicazione analogica di strumenti già esistenti v. ancora P. MAGGIO, *L'esportabilità del modello amministrativo per l'indennizzo del danno da attività giudiziaria*, cit., 55 s.

⁶⁹ Per un interessante pronuncia che – enfatizzando la "dimensione equitativa" della valutazione concernente l'indennizzo per l'ingiusta detenzione – ha ritenuto che essa debba tener conto anche "delle conseguenze personali e familiari scaturite dalla privazione della libertà, comprese le sofferenze morali e l'eventuale lesione della reputazione", segnatamente riferibili all'evidenza data dai mezzi di comunicazione alla notizia dell'arresto e al conseguente pregiudizio reputazionale patito dal ricorrente, cfr. Cass. pen., sez. III, 4 maggio-19 dicembre 2016, n. 53734, in www.dirittifondamentali.it.

⁷⁰ Istituti di natura non risarcitoria bensì indennitaria: Cass., sez. IV, 25 febbraio 2016, n. 7787, secondo la quale "[...] si è sempre affermato che entrambi gli istituti non hanno natura di risarcimento del danno, ma di semplice indennità o indennizzo in base a principi di solidarietà sociale per chi sia stato ingiustamente privato della libertà personale o ingiustamente condannato. L'origine solidaristica della previsione dei due casi di riparazione non esclude però che ci si trovi in presenza di diritti soggettivi qualificabili di diritto pubblico cui si contrappone, specularmente, un'obbligazione dello Stato da qualificare parimenti di diritto pubblico".

⁷¹ In questi termini, con riferimento alla problematica generale dei danni da processo penale, P. MAGGIO, *L'esportabilità del modello amministrativo per l'indennizzo del danno da attività giudiziaria*, cit., 39 ss., ipotizzando un fondo di garanzia "cui attingere per la refusione dei vari casi di indennizzo da processo"; su quella traccia, v. anche S. LORUSSO, *Indagini preliminari, esposizione mediatica, tempi*, cit., 143 ss.

⁷² Per una recente, importante ricerca volta a progettare un unico sistema di "responsabilità per danni prodotti dal processo penale", in sintonia con la disciplina sovranazionale, si rinvia al già citato volume collettaneo curato da AA.VV., *La vittima del processo*, cit., 7 ss.

processo penale”.⁷³

5.3. Tra i vari correttivi ipotizzabili, non meno importanti potrebbero rivelarsi, *in itinere iudicii*, alcuni strumenti di tutela attivabili sul piano processuale, viste le ricadute che la durata del procedimento e del “parallelo” processo sui *media* può avere – e di fatto ha – sui diritti in gioco, tanto più incisivi quanto più si protrae la “graticola” mediatica.

Così, si dovrebbe garantire la possibilità di una trattazione prioritaria del processo “considerato il particolare rilievo mediatico”, ossia una speciale considerazione che consenta di ridurre al massimo il lasso di tempo dominato dalle notizie ufficiose di cronaca giudiziaria o dagli altri strumenti della giustizia mediatica; possibilità da subordinarsi all’accordo dell’imputato (titolare dei diritti che la misura è orientata a garantire ma anche di altri interessi contrapposti che potrebbe considerare prevalenti), anche ad evitare indebite strumentalizzazioni da parte della persona offesa.

A questo riguardo, lo spazio di gioco ormai guadagnato – con l’avallo del CSM – dai provvedimenti organizzativi dei diversi vertici degli Uffici giudiziari (Presidenti del Tribunale o di Corte d’Appello) nella indicazione dei procedimenti da trattare con precedenza o con “speciale priorità” – ad integrazione dei criteri fissati dall’art. 132 *bis* disp. att. c.p.p. – potrebbe garantire uno strumento pratico di immediata operatività.

6.

Verso un parziale riequilibrio.

In conclusione, se libertà di informazione e trasparenza dell’amministrazione della giustizia costituiscono irrinunciabili presidi in una democrazia matura, e se tuttavia – al contempo – la “mediatizzazione” della giustizia costituisce un fattore deformante e perturbante tale da mortificare gravemente i diritti individuali dei soggetti a vario titolo coinvolti; se, soprattutto, la convivenza di questi opposti rappresenta “l’includibile e in parte irrisolvibile problema di fronte al quale si trova oggi un ordinamento democratico”,⁷⁴ garantire misure rimediali per la “vittima” del “processo mediatico” appare una opzione non più procrastinabile, e di valore non solo simbolico.

Tutti consapevoli, certo, che non si tratta di un antidoto, ma solo di un lenitivo; e che ogni

⁷³ Peraltro, specie nella prospettiva del diritto al rispetto della vita privata, *lato sensu* inteso, alcuni dei rimedi qui proposti dovrebbero essere esplorati – ovviamente sulla base di presupposti volta a volta peculiari – anche con riferimento alla *persona offesa* dal reato che dalla mediatizzazione della vicenda processuale abbia subito un effetto di ulteriore pregiudizio (quale forma particolare di c.d. vittimizzazione secondaria, connessa appunto all’eventuale “inclusione” nel processo mediatico, e ad una conseguente “doppia violenza, quella insita nell’esperienza reale vissuta, e quella rappresentata dalla intrusione dei mezzi di informazione nella sua vita privata, talora negli aspetti più intimi e riposti”: F. DELVECCHIO, *Le possibili forme di indennizzo del danno subito dalla vittima nel corso delle indagini preliminari*, ivi, 145 ss., 151 ss.; ma al riguardo v. anche S. LORUSSO, *Indagini preliminari, esposizione mediatica, tempi*, cit., 138 ss., e A. MARANDOLA, *La tutela dell’identità personale*, cit., 367 s.), così come ai terzi non coinvolti nella vicenda giudiziaria e viceversa travolti dal processo mediatico (cfr., al riguardo, il comunicato del *Garante per la protezione dei dati personali* del 6 maggio 2004, concernente i rapporti tra *privacy* ed esercizio della professione giornalistica, ove si invitano i giornalisti – “fatta salva la sussistenza di specifici divieti” – a rendere noti eventualmente i soli dati relativi a persone (come familiari e conoscenti) direttamente coinvolte nelle vicende giudiziarie, “astenersi invece dal diffondere i nomi e altre informazioni che riguardino persone che non risultano coinvolte nelle indagini e che appaiono invece collegate ai protagonisti dei fatti narrati, ad esempio, solo in ragione di precedenti relazioni sentimentali e convivenze avute con le stesse, ovvero in virtù di mere circostanze di fatto”: principi che, d’altronde, sono stati più volte richiamati dallo stesso *Garante* e dall’*Autorità giudiziaria* proprio con riferimento “alla pubblicazione del contenuto delle trascrizioni di intercettazioni telefoniche e ambientali”).

Analogamente, lo strumento indennitario dovrebbe essere garantito altresì per il condannato che non abbia potuto fruire della attenuazione di pena, prima illustrata, o che abbia patito comunque una lesione del diritto al rispetto della vita privata dovuta – ad es. – alla divulgazione di notizie processualmente irrilevanti e concernenti dati sensibili, etc. (in una logica non dissimile a quella che ispira l’art. 35-ter, co. 2 e 3, ord. pen.). Problemi ulteriori e peculiari, poi, solleva il *diritto all’oblio* (sul punto, cfr. ancora A. MARANDOLA, *La tutela dell’identità personale*, cit., 367), che dovrebbe essere assicurato garantendo la rimozione delle notizie relative al proprio procedimento penale trascorso un lasso di tempo che identifichi il venir meno dell’interesse pubblico, ovvero quando “i dati personali non sono più necessari rispetto alle finalità per le quali sono stati raccolti o altrimenti trattati”, nei termini e con i limiti ora stabiliti dal citato art. 17 del *Regolamento (UE) 2016/679* [retro, n. 60; ma sul punto v. anche la citata CGUE, 13 maggio 2014, C-131/12, *Google Spain SL*, etc., punti 89 ss.; per una interessante decisione “domestica” successiva a tale pronuncia, cfr. di recente, Trib. Roma, sez. I, 3 dicembre 2015, giud. Colla (in *Corr. giur.*, 2016, 1072 ss., con commento di M. RIZZUTI, *Il diritto e l’oblio*, ivi, 1077 ss.; ed altresì in *Danno e responsabilità*, 2016, 299 ss., con commento di F. Russo, *Diritto all’oblio e motori di ricerca: la prima pronuncia dei Tribunali italiani dopo il caso Google Spain*), che ha respinto la richiesta di “deindicizzazione” dal motore di ricerca poiché le notizie individuate attraverso tale motore di ricerca – e collegate, appunto, ad un’inchiesta giudiziaria – risultavano da un lato abbastanza recenti, dall’altro di *interesse pubblico*, così ravvisando in sostanza una prevalenza del diritto di cronaca sul “diritto ad essere dimenticato” da parte di un soggetto in ragione dell’importante “ruolo di rilievo pubblico” da questi rivestito (ruolo curiosamente riconosciuto, nella specie, ad un avvocato, “per effetto della professione svolta e dell’albo professionale cui è iscritto, laddove tale ruolo pubblico non è attribuibile al solo politico [...], ma anche agli alti funzionari pubblici ed agli uomini d’affari (oltre che agli iscritti in albi professionali)”; più diffusamente sul punto, G. M. RICCIO, *Il difficile equilibrio tra diritto all’oblio e diritto di cronaca*, in NGCC, 2017, 549 ss.].

⁷⁴ Ancora G. GIOSTRA, *Processo mediatico* (voce), cit., 2.

rimedio proposto potrebbe perdere la propria carica retrovirale se chi è tenuto a custodirlo e garantirlo – la magistratura – non saprà preferire la tutela dei diritti fondamentali al “sostegno” dei *media*, troppo spesso assunti a strumento di legittimazione *extra ordinem* del proprio agire.⁷⁵

Proprio alla luce della primazia dei diritti in gioco, e di questo rovesciamento assiologico, in effetti, la giustizia penale dovrebbe modificare radicalmente la propria “politica di informazione”⁷⁶ nei confronti dei *media*, secondo una direttrice di maggior organizzazione, professionalizzazione, trasparenza, e di più stringente rispetto delle norme vigenti.⁷⁷ Dando appunto priorità assoluta – e protezione “a tutto tondo” – ai diritti fondamentali e all’affidamento di chi – futuro colpevole o innocente – soggiace alla potestà punitiva, senza abbandonarlo alla premura deontologica, al maggior o minor rigore, alla volubile sobrietà o sensibilità individuali del singolo magistrato o giornalista.⁷⁸

⁷⁵ Di fronte a questo rischio, vi è chi ritiene credibili ed efficacemente percorribili solo soluzioni extragiurisdizionali (su questa linea, ad esempio, E. AMODIO), centrate su misure riparatorie/indennitarie ma anche poteri di inibizione affidati ad un giuria laica, che dovrebbe gestirli dal punto di vista decisivo, ad evitare dunque il paradosso del *quis custodiet*: un paradosso acuitizzato appunto da un (diffuso) atteggiamento della magistratura che – almeno nell’attuale contesto storico, e certo non solo nel nostro ordinamento – sembra non voler rinunciare al sostegno dei *media* come cassa di risonanza della propria legittimazione ad utilizzare in chiave “di lotta” il diritto penale.

⁷⁶ Al riguardo, già W. HASSEMER, *Vorverurteilung durch die Medien?*, cit. 1928.

⁷⁷ E, tra le altre, l’art. 5 d.lgs. n. 106 del 2006, comma terzo: “È fatto divieto ai magistrati della procura della Repubblica di rilasciare dichiarazioni o fornire notizie agli organi di informazione circa l’attività giudiziaria dell’ufficio”.

⁷⁸ Giornalista che pur avrebbe uno statuto deontologico ben definito, e delineato anzitutto nel «*Testo unico dei doveri del giornalista*», approvato dal Consiglio Nazionale nella riunione del 27 gennaio 2016, che – come rileva L. FERRARELLA nel suo contributo (cui si rinvia) – recepisce vari precedenti documenti deontologici (13 “Carte” di settore), prevedendo diverse prescrizioni comportamentali di interesse per il tema che ci occupa, sia con riferimento ai “Doveri nei confronti delle persone” (Titolo II), specie in punto di rispetto dell’“Identità personale e diritto all’oblio” (art. 3); sia con riferimento ai “Doveri in tema di informazione”, relativamente a “Cronaca giudiziaria e processi in tv” (art. 8), ove in particolare si stabilisce che il giornalista «a) rispetta sempre e comunque il diritto alla presunzione di non colpevolezza, in caso di assoluzione o proscioglimento ne dà notizia sempre con appropriato rilievo e aggiorna quanto pubblicato precedentemente, in special modo per quanto riguarda le testate online; b) osserva la massima cautela nel diffondere nomi e immagini di persone incriminate per reati minori o condannate a pene lievissime, salvo i casi di particolare rilevanza sociale; c) evita, nel riportare il contenuto di qualunque atto processuale o d’indagine, di citare persone il cui ruolo non sia essenziale per la comprensione dei fatti; d) [...] e) cura che risultino chiare le differenze fra documentazione e rappresentazione, fra cronaca e commento, fra indagato, imputato e condannato, fra pubblico ministero e giudice, fra accusa e difesa, fra carattere non definitivo e definitivo dei provvedimenti e delle decisioni nell’evoluzione delle fasi e dei gradi dei procedimenti e dei giudizi» (art. 8); e ove pure si prevedono puntualmente – all’art. 9 – i “Doveri di rettifica”, precisando che il giornalista «a) rettifica, anche in assenza di specifica richiesta, con tempestività e appropriato rilievo, le informazioni che dopo la loro diffusione si siano rivelate inesatte o errate; b) non dà notizia di accuse che possano danneggiare la reputazione e la dignità di una persona senza garantire opportunità di replica, nel caso in cui ciò si riveli impossibile ne informa il pubblico; c) verifica, prima di pubblicare la notizia di un avviso di garanzia che ne sia a conoscenza l’interessato (dovendo comunque informare il pubblico se ciò non sia stato possibile); d) controlla le informazioni ottenute per accertarne l’attendibilità; e) rispetta il segreto professionale e dà notizia di tale circostanza nel caso in cui le fonti chiedano di rimanere riservate, in tutti gli altri casi le cita sempre [...]»; f) non accetta condizionamenti per la pubblicazione o la soppressione di una informazione; g) non omette fatti, dichiarazioni o dettagli essenziali alla completa ricostruzione di un avvenimento».

Giustizia penale e informazione giudiziaria: spunti comparatistici per il dibattito italiano

Criminal Justice and Information on Crime: Comparative Hints for the Italian Debate

NICOLA RECCHIA

Assegnista di ricerca in Diritto penale presso l'Università di Ferrara

GIUSTIZIA PENALE E MASS MEDIA, PROCESSO MEDIATICO,
JUICIOS PARALELOS, ÖFFENTLICHE VORVERURTEILUNGEN

CRIMINAL JUSTICE AND MASS MEDIA, MASS MEDIA TRIAL,
JUICIOS PARALELOS, ÖFFENTLICHE VORVERURTEILUNGEN

ABSTRACT

Il tema del complesso rapporto tra giustizia penale e informazione giudiziaria non è certamente proprio del solo ordinamento italiano. Nel presente contributo si cerca pertanto di inquadrare brevemente tale tema in prospettiva comparata, ricostruendolo attraverso i formanti legislativo, giurisprudenziale e dottrinale. La riflessione è limitata ad alcuni ordinamenti rappresentativi di civil law – Francia, Spagna e Germania – e soprattutto ai soli aspetti di diritto penale sostanziale, soffermandosi in modo particolare sulla responsabilità penale dei giornalisti in casi di violazione del segreto istruttorio e sui rimedi compensativi penalistici da “processo mediatico”.

The topic of the problematic relationship between criminal justice and mass media is certainly not only typical of the Italian legal system. In the following paper we try then to look at this topic in a comparative perspective, by analyzing the legal sources, the case-law and the legal scholarship. The analyses is limited to some key civil law legal system – France, Spain and Germany – and especially to the substantive criminal law aspects, in particular the criminal responsibility of the journalists in cases of violation of the investigative secret and on the criminal restorative measures in cases of “mass media trial”.

SOMMARIO

1. Introduzione. – 2. L'ordinamento francese. – 3. L'ordinamento spagnolo. – 4. L'ordinamento tedesco. – 5. Minime riflessioni conclusive.

1.

Introduzione.

Si è già avuto modo di constatare nei diversi contributi la complessità della riflessione sul tema delle intricate relazioni tra giustizia penale e informazione giudiziaria, che non può in alcun modo prescindere da una considerazione unitaria di aspetti di diritto costituzionale, penale, processual-penale e dalla conoscenza approfondita delle reali dinamiche dell'informazione giudiziaria prima ancora della sua disciplina normativa. Sarebbe impossibile ipotizzare, dunque, di replicare una così approfondita riflessione teorica in chiave comparata, che dia conto per ogni ordinamento considerato di tutti gli aspetti attentamente vagliati nei diversi contributi. Questo breve contributo vuole piuttosto, senza alcuna pretesa di esaustività, offrire alcuni spunti per il dibattito italiano, andando ad approfondire soprattutto gli aspetti penalistici e lasciando sullo sfondo il tema, difficilmente affrontabile in queste poche righe, della struttura del procedimento penale e della portata del segreto riconnesso alle varie fasi processuali.

Si è scelto di dare risalto a tre ordinamenti europei continentali la Francia, la Spagna e la Germania, per la storica importanza degli stessi in ambito europeo e per l'approfondita riflessione in essi presente su questi temi. Si è invece scelto di non considerare ordinamenti di *common law*, la cui struttura processuale molto più lontana da quella caratterizzante il nostro ordinamento, si presta forse meno a fungere da modello per la riflessione italiana.

2.

L'ordinamento francese.

Il complesso tema dei rapporti tra giustizia penale e informazione giudiziaria non perde assolutamente di importanza se ci si sposta anzitutto nella realtà francese, per molti versi non lontana da quella italiana.

Anzitutto, come vedremo meglio anche nel prosieguo e come reso evidente da ultimo dalla recente campagna presidenziale, il rapporto strettissimo tra giustizia penale e informazione giudiziaria ha finito per giocare un ruolo fondamentale nell'agone pubblico – politico, economico, sociale –, assumendo quelle sembianze di “circo mediatico-giudiziario” efficacemente stigmatizzate già da tempo proprio da un celebre avvocato e saggista francese¹.

In secondo luogo anche in Francia appare palese l'influenza sempre maggiore che l'informazione giudiziaria riesce ad esplicare nei confronti della stessa amministrazione della giustizia penale. Certo difficile è riuscire a dimostrare irrefragabilmente tale fenomeno, per la complessità di isolare il ruolo dei mass media all'interno di un novero sicuramente più ampio di fattori causali che concorrono nel determinare la decisione del giudice penale; ciononostante proprio uno studio recente condotto in Francia pare ora dimostrare empiricamente una diretta influenza della copertura mediatica di fatti di criminalità sulle pene irrogate dai giudici non togati².

Infine – e su quest'ultima prospettiva ci si vuole qui concentrare – la questione dei rapporti tra giustizia penale e informazione giudiziaria è stata di recente al centro delle vicende legislative e giurisprudenziali francesi, con profili di sicuro interesse anche per la discussione italiana.

È opportuno anzitutto fornire un quadro normativo delle norme più rilevanti in questa materia³, molte naturalmente simili a quelle previste dal nostro ordinamento, altre tuttavia ad esso sconosciute e dunque di sicuro interesse per la discussione.

Come nel nostro ordinamento, il legislatore è intervenuto con sempre maggiore consapevolezza a tutela di tutta una serie di soggetti deboli e vulnerabili a vario titolo coinvolti

¹ Il riferimento è chiaramente a D. SOULEZ LARIVIÈRE, *Du cirque médiatico-judiciaire et des moyens d'en sortir*, Paris, 1993, trad. it. a cura di M. GIUSTOZZI, *Il circo mediatico-giudiziario*, Macerata, 1994.

² A. PHILIPPE-A. OUSS, “No hatred or Malice, fear or affection”: *Media and Sentencing*, marzo 2016.

³ Per un approfondimento delle norme qui solo elencabili, cfr. E. DREYER, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^a ed., Paris, 2012, 182 ss.

in vicende penali, con il chiaro intento di assicurarne una effettiva protezione nei confronti della bulimica ricerca di notizie da parte dei mass media. In questo ambito possono elencarsi la disposizione di cui all'art. 39-*bis* della Legge del 29 luglio 1881 sulla libertà della stampa, che vieta sotto pena di un'ammenda di 15000 euro, la rivelazione dell'identità di un minore o di informazioni che ne consentano l'identificazione in una serie di casi elencati; la disposizione di cui all'art. 39-*quinquies*, che sotto minaccia della medesima pena vieta la rilevazione dell'identità o di informazioni che consentano l'identificazione di vittime di reati sessuali; e, infine, la disposizione di chiusura rappresentata dall'art. 35-*quater*, introdotta dalla Legge n° 2000-516 del 15 giugno 2000 che rafforza la protezione della presunzione d'innocenza e dei diritti delle vittime, a norma della quale "è punita con l'ammenda di 15000 euro la diffusione con qualsiasi mezzo e su qualsiasi supporto della riproduzione delle circostanze di un reato, allorché tale riproduzione attenti gravemente alla dignità di una vittima e sia realizzata senza il suo consenso".

Di grande interesse è la disciplina introdotta nel 2000 dalla legge appena citata a tutela dell'imputato. Da un lato, al primo comma dell'art. 35-*ter*, si vieta sotto pena di un'ammenda di 15000 euro la diffusione non consensuale con qualsiasi mezzo e su qualsiasi supporto dell'immagine di una persona identificata o identificabile come imputata, prima di una pronuncia definitiva di condanna, raffigurata in manette o comunque ristretta. Al secondo comma si prevede la stessa pena per la realizzazione, pubblicazione o commento di sondaggi di opinione, o di consultazioni di qualsiasi altro tipo, concernenti la colpevolezza di una persona indagata in un procedimento penale o la pena suscettibile di essere irrogata nei suoi confronti e finanche per la pubblicazione di indicazioni che consentano l'accesso agli stessi, primariamente, nei timori del legislatore, su siti esteri.

In Francia come in Italia, tuttavia, il grosso della partita sui rapporti tra giustizia penale e informazione giudiziaria si gioca chiaramente sulla disciplina relativa alla pubblicazione degli atti di indagine.

L'articolo 38 della citata legge sulla stampa prevede anzitutto la pena dell'ammenda di 3750 euro per la pubblicazione integrale degli atti di indagine; ma ad assumere centralità in questo ambito è soprattutto l'imputazione dei giornalisti a titolo di ricettazione (*recel*), art. 321-1 del codice penale francese, con pena congiunta detentiva, anni cinque di reclusione, e pecuniaria, 375000 euro di ammenda, sfruttando quale delitto presupposto il reato di violazione del segreto professionale previsto dall'art. 226-13 del codice penale. A rendere rilevante tale articolo del codice penale è il segreto istruttorio regolato, in maniera molto ampia, dall'art. 11 del codice di procedura penale, in ossequio al quale, salve le rare eccezioni previste, la procedura nel corso dell'indagine e dell'istruzione è segreta e tutte le persone che concorrono in tale procedura sono tenute al segreto professionale con esplicito richiamo alle pene previste dal codice penale.

La possibile imputazione di giornalisti a titolo di ricettazione non rappresenta certo un elemento di novità rispetto al nostro ordinamento, ma qualora ci si sposti dal piano della mera *law in the books* e ci si imbatte nei repertori giurisprudenziali alla ricerca della *law in action*, appare l'estrema distanza tra i due ordinamenti. Da un lato quello italiano nel quale tale imputazione non ha praticamente alcuna pratica effettività; dall'altro quello francese nel quale si contano numerose e costanti nel tempo le sentenze definitive di condanna a carico di giornalisti per fatti di ricettazione, pressoché esclusivamente con irrogazione della sola pena pecuniaria⁴.

Come è scontato che fosse, molte vicende giurisprudenziali francesi sono poi approdate dinanzi alla Corte EDU. Secondo il consolidato giudizio di proporzionalità di questa Corte in materia di art. 10, essa ha provveduto di volta in volta a vagliare la necessità in una società democratica delle limitazioni imposte alla libertà d'espressione dei giornalisti condannati, compiendo in altri termini un giudizio di bilanciamento tra tale libertà e la tutela della presunzione d'innocenza degli imputati e del regolare e sereno svolgimento dei procedimenti giudiziari. Avversando qualsiasi gerarchia astratta tra questi due interessi egualmente rilevanti, la Corte EDU ha provveduto di volta in volta a ravvisare in concreto elementi in grado di orientare il giudizio di bilanciamento, su tutti l'esistenza o meno di un interesse generale rispetto al caso trattato. Proprio due decisioni, quasi coeve, nei confronti della Francia dimostrano come, sulla

⁴ Si veda, da ultimo, Cour de cassation, Chambre criminelle, Audience publique du mardi 9 juin 2015, N° de pourvoi 14-80713. Per una rassegna della consolidata giurisprudenza della Corte di cassazione cfr. H. PELLETIER, *Art. 321-1*, in *Code pénal 2017*, 29° ed., Paris, 2016, 431 ss., spec. 435 ss.

base del descritto giudizio di bilanciamento in concreto, la Corte EDU possa giungere a risultati diametralmente opposti.

Nella prima, nel caso *Tourancheau e July* del 24 novembre 2005, la pubblicazione di atti coperti dal segreto istruttorio riguardava un caso di cronaca nera, l'uccisione di una giovane donna, dunque un caso non ritenuto dalla maggioranza dei giudici della Corte di interesse generale (proprio su una diversa valutazione di questo punto si fonda la *dissenting opinion* allegata di tre dei sette giudici del collegio giudicante). La Corte EDU quindi non accerta alcuna violazione dell'art. 10 della Convenzione, giudicando non irragionevole il peso poizore dato in questo caso dai giudici francesi all'interesse ad una serena amministrazione della giustizia e al diritto fondamentale alla presunzione di innocenza degli indagati rispetto alla libertà di espressione dei giornalisti.

Molto diverso il caso successivamente risolto dalla Corte EDU – Dupuis e altri del 7 giugno 2007 –, oggetto di grandissimo dibattito in Francia, e riguardante la pubblicazione da parte dei giornalisti ricorrenti, nel libro *Les Oreilles du Président* (Le orecchie del Presidente), di alcuni atti segreti dell'indagine per "atteinte à l'intimité de la vie privée" (lesione dell'intimità della vita privata) nei confronti di alcuni stretti collaboratori dell'ex Presidente della Repubblica francese, François Mitterand, per le intercettazioni illegali svolte a partire dall'Eliseo nei confronti di alcune personalità pubbliche francesi. In questo caso è fuor di dubbio per la Corte EDU, come chiaramente mostrato dall'unanimità della decisione, che la pubblicazione verteva su questioni di spiccato interesse pubblico, un vero e proprio affare di Stato; che gli stessi soggetti coinvolti, pur non essendo uomini politici *stricto sensu*, potevano certamente essere qualificati come uomini pubblici. Nei casi di discorso pubblico e di dibattito politico, dunque, la Corte EDU ha stabilito, con giurisprudenza assolutamente costante, che solo ragioni impetiose ed eccezionali sarebbero idonee a giustificare una restrizione della libertà di espressione consacrata dall'art. 10 della Convenzione. Nel caso in esame la Corte non condivide, quindi, il bilanciamento svolto dai giudici francesi, nel quale la libertà di espressione era stata ancora una volta ritenuta soccombente rispetto all'interesse ad una serena amministrazione della giustizia e al diritto fondamentale alla presunzione di innocenza degli indagati. La limitazione alla libertà di espressione manifestatasi nella condanna dei ricorrenti rappresentava pertanto una violazione dell'art. 10 della Convenzione.

Anche in un caso successivo, legato allo scandalo dell'utilizzo di sostanze stupefacenti da parte di ciclisti professionisti – Ressiot e altri del 28 giugno 2012 –, la Corte EDU ha nuovamente dichiarato all'unanimità la violazione dell'art. 10 da parte della Francia, questa volta per gli strumenti di ricerca della prova particolarmente penetranti – perquisizioni dei locali di alcuni giornali e di abitazioni private di giornalisti e intercettazioni telefoniche – utilizzati al fine di identificare i responsabili dei reati di violazione del segreto istruttorio, ancora una volta soprattutto sulla base della considerazione dell'interesse pubblico della questione affrontata.

Anche al fine di rispondere a queste sollecitazioni provenienti dalla Corte EDU, il parlamento francese ha approvato in via definitiva il 6 ottobre una proposta di legge "visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias" (tesa a rafforzare la libertà, l'indipendenza e il pluralismo dei media). Il progetto di legge, che interviene in maniera organica su molti aspetti dell'esercizio della professione giornalistica⁵, per quanto qui di interesse, protegge molto estesamente il segreto delle fonti del giornalista, limitando in particolare l'utilizzo dei mezzi di ricerca della prova nei confronti dei giornalisti⁶. Di grande interesse ai nostri fini è soprattutto la previsione di cui all'art. 4, par. IV, della legge in virtù della quale "La detenzione, da parte di uno dei soggetti menzionati nel par. I del presente articolo, di documenti, di immagini o di registrazioni sonore o audiovisuali, quale che ne sia il supporto, proveniente dal delitto di violazione del segreto professionale o del segreto istruttorio o dal delitto di lesione dell'intimità della vita privata non può integrare il delitto di ricettazione di cui all'art. 321-1 del codice penale o il delitto di cui all'art. 226-2 del medesimo codice allorquando questi documenti, immagini o registrazioni sonore o audiovisuali contengano informazioni la cui diffusione al pubblico costituisca un fine legittimo in una società democratica".

A prescindere da qualsiasi complessa considerazione circa la classificazione dogmatica di questa disposizione, è evidente il tentativo del legislatore di uniformare l'ordinamento interno

⁵ Per un primo approfondimento della legge nella sua interezza cfr. D. DE BELLESCIZE, *La loi du 14 novembre 2016 visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias, dite loi Bloche : progrès et déceptions*, in *Constitutions*, 2016, 662 ss.

⁶ La legge interviene ad ampliare ulteriormente la tutela delle fonti giornalistiche rispetto a quanto già fatto dal legislatore alcuni anni prima con la "loi sur le secret des sources" (c.d. legge Dati), del 4 gennaio 2010.

alla giurisprudenza della Corte EDU, importando *tout court* da essa finanche la dizione linguistica “un fine legittimo in una società democratica”. Certo più di qualche dubbio è legittimo esprimere sulla conformità di una tale espressione linguistica, non ulteriormente specificata, rispetto ai principi di tassatività e di determinatezza propri del diritto penale.

Non è tuttavia necessario indugiare oltre sull'analisi di questa novella legislativa, poiché il Consiglio costituzionale francese in sede di ricorso preventivo di costituzionalità è intervenuto a dichiarare l'illegittimità costituzionale proprio della parte qui esaminata e cioè dell'art. 4 della proposta di legge⁷. Il Consiglio costituzionale francese, con motivazione abbastanza stringata e riprendendo in parte il precedente e altrettanto critico parere del Consiglio di Stato in sede consultiva, ha ritenuto irragionevole il bilanciamento tracciato dal legislatore tra libertà di informazione e tutela della presunzione di innocenza e dell'esercizio della funzione giudiziaria, soffermandosi soprattutto, se non esclusivamente, sul novero troppo ampio di soggetti coperti da questa immunità.

Dovrà essere ora il legislatore, se lo vorrà, ad intervenire nuovamente in questa materia, in un contesto nel quale essa non smette di essere centrale nell'attualità politica e giuridica. È infatti ancora aperta la vicenda giudiziale legata al caso Bettencourt, un'anziana donna a capo di uno dei gruppi azionari più importanti di Francia, intercettata clandestinamente nella sua abitazione per quasi due anni dal proprio maggiordomo. Le intercettazioni direttamente messe a disposizioni di alcuni giornali e in parte pubblicate dagli stessi hanno dato luogo ad un terremoto politico e giudiziario che ha coinvolto il partito del Presidente della Repubblica e numerosi suoi esponenti, tra i quali lo stesso Presidente in carica Nicolas Sarkozy, per presunti finanziamenti illeciti da parte di questo gruppo azionario. Nel dedalo di procedimenti e di processi scaturiti da questa vicenda, di particolare interesse è la decisione, per il momento di primo grado, di assoluzione dello stesso maggiordomo dall'accusa di lesione dell'intimità della vita privata e dei diversi giornalisti coinvolti dall'accusa di ricettazione⁸. A breve dovrà pronunciarsi su questa vicenda il giudice d'appello, ma è facile immaginare che attorno a questa vicenda si instaurerà un'altra proficua occasione di dialogo tra la Corte di cassazione francese e la Corte EDU, come visto sinora non del tutto allineate su questa materia.

3. L'ordinamento spagnolo.

Se dall'ordinamento francese si sposta l'attenzione su quello spagnolo, non si affievolisce in alcun modo il tema dei rapporti tra giustizia penale e informazione giudiziaria. Anzi è forse opportuno notare come tale tema divenga oggetto di ampia discussione ben prima che nel contesto francese.

La riflessione spagnola si coagula presto attorno alla parola chiave dei “giudizi paralleli” (*juicios paralelos*), intravedendosi le più importanti epifanie e i maggiori rischi della mediatizzazione della giustizia penale proprio nell'affermarsi di veri e propri surrogati mediatici del processo e, soprattutto, del procedimento penale⁹. Il giudizio sociale sulla responsabilità penale dell'indagato e poi dell'imputato smarrisce il filtro procedurale proprio dell'esercizio statale della giustizia penale, sostituito dalla ben più celere ed “informale” trattazione mediatica dei capi di imputazione.

Con grande acume la dottrina spagnola ha respinto una considerazione solo sociologica e politica del fenomeno in esame, attestandone gli incontestabili riverberi giuridici. È chiaro infatti che tale diffuso fenomeno pone a rischio rilevantissimi principi costituzionali e diritti fondamentali dell'individuo. Da un lato – come è più immediatamente intuibile – la celebrazione di un processo mediatico parallelo e soprattutto la correlata veicolazione di giudizi sociali di colpevolezza intaccano irrimediabilmente la garanzia rappresentata dalla presunzione

⁷ Decisione n° 2016-738 DC del 10 novembre 2016.

⁸ Su questa decisione si vedano le notazioni profondamente critiche di D. SOULEZ LARIVIÈRE, *Face aux juges. Ce que tous les honnêtes gens doivent savoir*, Paris, 2017, 138 ss.

⁹ Cfr., nell'ampia letteratura in materia, J.C. MONTALVO ABIOL, *Los juicios paralelos en el proceso penal: ¿anomalía o mal necesario?*, in *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 2012, 105 ss.; A. BARBERO ORTEGA, *Juicios paralelos y Constitución: su relación con el Periodismo*, in *Ámbitos*, 2001, 171 ss.; E. DE PORRES ORTIZ DE URBINA, *Los juicios paralelos*, in *Revista de Jurisprudencia*, 2012; V. LATORRE LATORRE, *Función Jurisdiccional y Juicios Paralelos*, Madrid, 2002; S. CARRETERO SÁNCHEZ, *El juez ante los juicios paralelos de la prensa*, in *Revista del Poder Judicial*, 1995, 263 ss.; J.A. VEGA RUIZ, *Libertad de información. Información veraz. Juicios paralelos*, Madrid, 1998; A. JUANES PECES, *Los juicios paralelos. Doctrina del TC y del TEDH. El derecho a un proceso justo*, in *Revista del Poder Judicial*, 1999, fascicolo straordinario 17, 141 ss.

di innocenza, espressamente prevista dall'articolo 24, par. 2 della Costituzione spagnola. A conferma di ciò va osservato che lo stesso giudice costituzionale spagnolo ha già da tempo riconosciuto che "la presunzione di innocenza possiede altresì una dimensione extraprocessuale"¹⁰.

Sempre in chiave individual-garantista, la pressione sociale rischia di conculcare l'indipendenza degli organi giudicanti, soprattutto, come è evidente, laddove si tratti di giudici popolari, impedendo dunque la celebrazione di un processo equo.

D'altro canto, non deve tacersi anche in chiave oggettiva e ordinamentale, che la conseguenza or ora richiamata danneggia anche la collettività, limitando le capacità dell'apparato giudiziario di svolgere efficacemente il proprio ruolo di verifica delle ipotesi accusatorie e di salvaguardia degli innocenti. Non deve stupire, dunque, che dinanzi ad un fenomeno descritto a più riprese in termini quantitativamente e qualitativamente allarmanti, una pressante e reiterata richiesta di intervento sia venuta anche da organi di rappresentanza del potere giudiziario¹¹.

Pur di fronte ad una presa di coscienza così netta della rilevanza e gravità di tale fenomeno non pare tuttavia che l'ordinamento spagnolo si sia spinto nella direzione di sanzionare, anche penalmente, i comportamenti illeciti tipici alla base di questa mediatizzazione dei processi penali. Infatti, la chiave di volta di ciascun ordinamento è come sempre rappresentata dalla tutela del segreto istruttorio, prima ancora che processuale. Prescindendo ancora una volta dalla corretta perimetrazione dell'ampiezza del segreto (cfr. art. 299 ss. della *Ley de Enjuiciamiento Criminal*) e volendoci soffermare soltanto sulla sua tutela, è dato riscontrare, come prevedibile, che la violazione di tale segreto da parte dei soggetti posti a conoscenza degli atti secretati sia perseguibile in sede penale e in sede disciplinare, a norma dell'art. 466 del codice penale spagnolo e dell'art. 301 della *Ley de Enjuiciamiento Criminal*.

Molto più flebile, rispetto all'ordinamento francese, è la repressione nei confronti dei giornalisti che pubblicano notizie o atti in violazione del segreto istruttorio. La possibilità di utilizzare la fattispecie di ricettazione (art. 298 del *Código Penal*) come nell'ordinamento francese è qui preclusa dal fatto che essa è prevista solo per delitti presupposto contro il patrimonio o contro l'ordine socioeconomico. Dinanzi a tali pubblicazioni dunque non resta al soggetto danneggiato che l'azione civile o penale rispetto a fattispecie a tutela dell'onore e della reputazione, senonché, come è comprensibile, assai di rado la celebrazione di processi mediatici integra i più stringenti requisiti previsti da queste fattispecie.

Di scarsa effettività paiono dunque in definitiva gli strumenti apprestati dall'ordinamento spagnolo ai fini di una tutela preventiva dell'imputato nei confronti di "giudizi paralleli" mediatici, dovendo osservare come le pur miti sanzioni a tutela del segreto investigativo scontino un elevato livello di ineffettività per la comprensibile difficoltà di individuare gli autori delle fughe di notizie.

Eppure l'approfondimento comparatistico dell'ordinamento spagnolo potrebbe rilevarsi interessante rispetto ai rimedi successivi che l'ordinamento giuridico potrebbe predisporre a ristoro della compressione dei diritti fondamentali subita dall'individuo in conseguenza dell'esposizione mediatica della propria vicenda processuale. Seppur respinta dal Tribunale Supremo spagnolo – ma con l'importante precisazione "nello stato attuale della nostra giurisprudenza" –, pare degna di grande attenzione la prospettiva difensiva avanzata in un importante processo, che grande eco aveva avuto nell'opinione pubblica, per reati contestati ad alcuni amministratori pubblici e politici locali¹². Qui una difesa, a ristoro della grave limitazione dei diritti fondamentali del proprio assistito – presunzione di innocenza *in primis* ovviamente – e considerando la stessa alla stregua di una sottoposizione sociale all'espiazione di una pena, chiedeva al Tribunale Supremo di voler tener conto di questa situazione attraverso il riconoscimento di una circostanza attenuante. La difesa prospettava in particolare la possibilità di ricavare tale circostanza attenuante in via analogica sulla base della circostanza attenuante pacificamente riconosciuta dalla giurisprudenza per i casi di eccessiva durata del

¹⁰ Tribunal Constitucional, sent. n. 109 del 24 settembre 1986; sent. n. 166 del 20 novembre 1995.

¹¹ Si vedano, ad esempio, già negli anni novanta del secolo scorso, i comunicati del Consiglio generale del potere giudiziario, del 25 gennaio 1995 "Il consiglio generale del potere giudiziario desidera esprimere apertamente il suo giudizio negativo sui fenomeni di giudizi paralleli, che non solo possono limitare interessi legittimi, ma possono intaccare l'indipendenza dell'attività giudiziaria e appannare l'immagine sociale della giustizia"; del 2 luglio 1997 "questo Consiglio deve manifestare la sua preoccupazione circa il rischio che la serena amministrazione della giustizia possa essere pregiudicata, creando gravi confusioni e false aspettative nell'opinione pubblica, quando i soggetti coinvolti in un processo si vedano sottomessi nei mezzi di comunicazione a uno pseudo-giudizio o giudizio parallelo senza alcuna garanzia".

¹² Tribunal Supremo Sala 2a, S 25-1-2010, no 1394/2009, rec. 10372/2009, Pres. Manuel Marchena Gómez.

procedimento penale. Il Tribunale Supremo spagnolo non nega in alcun modo la fondatezza della doglianza presentata dalla difesa, giungendo in termini molto netti a stigmatizzare "un trattamento mediatico nel quale la colpevolezza si dà per dichiarata, soprattutto, a partire da una informazione costruita mediante una serie di soffiare debitamente dosate che vulnerano il segreto formale delle indagini". A non convincere il giudice di legittimità spagnolo è al contrario il rimedio che la difesa intende adoperare rispetto a tale sicuro *vulnus* dei diritti dell'imputato: la richiesta operazione di ortopedia ordinamentale eccederebbe infatti i poteri del giudice. La riparazione per i danni subiti dall'imputato non potrebbe che avvenire dunque al di fuori del processo penale in un processo civile volto a richiedere il ristoro economico dei danni subiti.

Nella invero breve motivazione del Tribunale Supremo uno pare essere il punto decisivo per negare l'applicazione analogica dell'attenuante richiesta dalla difesa: mentre nell'irragionevole durata del processo, attraverso la concessione della circostanza attenuante, l'ordinamento scontenterebbe una propria responsabilità per l'incapacità di organizzare un efficiente apparato giudiziario, nel caso del giudizio parallelo all'ordinamento verrebbe richiesto di riparare ad una violazione dei diritti fondamentali prodotta da soggetti terzi rispetto all'apparato giudiziario.

Il punto, pur intuitivamente pacifico, non pare condivisibile all'esito di una più attenta riflessione. È difficile negare, infatti, – come d'altronde chiaramente enucleato dalla giurisprudenza della Corte EDU – che debba riconoscersi nei confronti dello Stato un preciso obbligo di tutela della presunzione di innocenza dell'individuo e dell'equità del processo, anche attraverso una tutela effettiva del segreto investigativo e processuale, che può e deve concretarsi altresì nella messa in opera di procedure che impediscano le fughe di notizie e le violazioni di tale segreto o che consentano quantomeno *ex post* l'individuazione e il perseguimento dei responsabili. Anche in questo contesto, dunque, in maniera non dissimile da quanto riconosciuto in materia di irragionevole durata del processo, la riparazione statutale rappresentata dal riconoscimento di una circostanza attenuante verrebbe a compensare le deficienze statali rispetto agli obblighi positivi di tutela dei diritti fondamentali appena delineati.

In ogni caso, è solo andando ad esaminare il livello più profondo della *ratio* della circostanza attenuante riconosciuta per l'irragionevole durata del processo che si apprezza l'intima comunanza con la situazione rappresentata dal processo mediatico. Solo una prospettiva marcatamente utilitaristica, volta a sostituire con la previsione di una pena più mite un esoso esborso per l'erario, riuscirebbe a giustificare la circostanza attenuante sulla sola base della presenza di una responsabilità da parte dello Stato. Il fatto che si decida di riparare a tale responsabilità con una circostanza attenuante e non, o non solo, con una responsabilità risarcitoria pecuniaria si fonda sulla considerazione che l'irragionevole dilatarsi della fase processuale comporti di per sé un sacrificio dei diritti e delle libertà fondamentali dell'individuo, un'anticipazione di pena, che legittima anche dal punto di vista penologico, dei fini dell'irrogazione della pena, una sua riduzione.

In nulla differente ci pare – e pare riconoscerlo d'altronde lo stesso Tribunale Supremo spagnolo – il sacrificio dei diritti fondamentali patito dall'imputato in conseguenza del riconoscimento parallelo della sua colpevolezza sui mass media. Anche in questo caso la chiara anticipazione di pena, nello stigma sociale conseguente alla già avvenuta celebrazione mediatica del processo, può senza dubbio legittimare, anche in prospettiva penologica, una riduzione della pena da irrogare in concreto al reo¹³.

Occorrerà verificare se questo orientamento del Tribunale Supremo non possa mutare in futuro o se tale soluzione affacciatasi finora soltanto nelle prospettazioni difensive non possa divenire utile materiale di riflessione anche in sede legislativa.

4.

L'ordinamento tedesco.

Prima ancora che in Francia o in Spagna, è anzitutto nell'esperienza tedesca che il tema dei delicati rapporti tra giustizia penale e informazione giudiziaria si è posto all'attenzione della dottrina giuridica, non solo penalistica, trovando un davvero notevole grado di discussione e approfondimento. A propiziare una riflessione su questo tema è stato, già agli inizi degli anni ottanta, lo stesso *Bundestag* tedesco che rivolgeva al governo, a mezzo di risoluzione, l'invito

¹³ Su questi aspetti cfr., *amplius*, il contributo di V. MANES, *La "vittima" del "processo mediatico": misure di carattere rimediabile*.

a verificare se, in tale materia, "la *ratio* portante del diritto processuale angloamericano, che giudizi anticipati nella collettività sulla responsabilità penale degli accusati (*öffentliche Vorverurteilungen*) non debbano porre a repentaglio il giusto processo, non potesse essere ripresa nel diritto processuale penale tedesco"¹⁴. Alla base di questo intervento dell'organo parlamentare tedesco vi erano le reazioni al *Flick-Affäre* o *Flickparteispenden-Affäre*, la prima inchiesta di vaste proporzioni nel secondo dopoguerra sul sistema di finanziamento illecito dei partiti da parte di grossi gruppi imprenditoriali, nel quale la sovraesposizione mediatica del caso aveva generato nella collettività, quantomeno a parere dei parlamentari tedeschi, un giudizio anticipato di condanna di tutti i soggetti coinvolti.

Soprattutto a partire da quel momento, dunque, il tema è stato al centro di innumerevoli indagini monografiche¹⁵, progetti di ricerca¹⁶ e convegni¹⁷, che hanno cercato di indagarne in profondità i diversi aspetti. Eppure, come è stato ben sottolineato dalla stessa dottrina tedesca¹⁸, l'intricato novero di interessi e diritti confliggenti in questo ambito pare essere inestricabile e non pare che la riflessione scientifica abbia partorito conclusioni o quantomeno sviluppi soddisfacenti. Anche dal punto di vista legislativo d'altronde, nonostante decenni di riflessioni, non vi è stata alcuna novità; non ha superato lo stadio della proposta di legge, e in tempi addirittura anteriori all'esplosione dell'attenzione per questo tema, l'idea di inserire nel codice penale una fattispecie incriminatrice apposita, sul modello del *contempt of court* inglese, che potesse punire quantomeno i più gravi episodi di gogna mediatica. Le diverse formulazioni proposte si sono però scontrate con la difficoltà di definire con sufficiente determinatezza e in modo processualmente accertabile il fatto tipico, senza peccare al contempo né di palese inefficacia né di eccessiva lesività nei confronti della libertà di informazione¹⁹.

La fattispecie incriminatrice di riferimento in questa materia resta allora oggi come ieri il paragrafo 353d StGB. Non inganni il suo inserimento nel codice penale avvenuto soltanto nel 1975²⁰, poiché tale norma era già contenuta, con trascurabili differenze definitorie, nelle leggi sulla stampa dei *Länder*, debitrice a loro volta della legge sulla stampa del *Reich* del 1874, che aveva fatto propria la formulazione della legge sulla stampa prussiana del 1851, a sua volta traduzione fedele della legge sulla stampa francese del 1849²¹.

Una fattispecie, invero, tanto risalente quanto le critiche alla sua formulazione, se è vero che già nei primi decenni del secolo scorso si sottolineava da più parti l'assoluta inidoneità della stessa a perseguire la *ratio legis* ad essa sottostante, tanto da essere considerata dall'allora dottrina come la norma più infelice di tutta la legge sulla stampa²². Ad essere punita, con la reclusione fino ad un anno o con la pena pecuniaria, è nella ipotesi numero 3, che più ci interessa, "la pubblica comunicazione letterale, in tutto o in parte, della richiesta di rinvio a giudizio o di un altro documento ufficiale di un procedimento penale, amministrativo sanzionatorio o disciplinare, prima che siano discussi in un'udienza pubblica o che il procedimento

¹⁴ Cfr. risoluzione del 24 maggio 1984, BT-Dr 10/1496.

¹⁵ Cfr., *ex multis*, P. v. BECKER, *Straftäter und Tatverdächtige in den Massenmedien: Die Frage der Rechtmäßigkeit identifizierender Kriminalberichte*, Baden-Baden, 1979; J. SCHERER, *Gerichtsöffentlichkeit als Medienöffentlichkeit. Zur Transparenz der Entscheidungsfindung im straf- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren*, Königstein/Ts., 1979; J. BORNKAMM, *Pressfreiheit und Fairneß des Strafverfahrens*, Baden-Baden 1980; W. BERKA, *Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz*, Wien, 1982; P. ZIELEMANN, *Der Tatverdächtige als Person der Zeitgeschichte*, Berlin, 1982; J. WAGNER, *Strafprozeßführung über Medien*, Baden-Baden, 1987; C.H. SOEHRING, *Vorverurteilung durch die Presse: der publizistische Verstoß gegen die Unschuldsvermutung*, Baden-Baden, 1999; C. ALTERMANN, *Medienöffentliche Vorverurteilung – strafjustizielle Folgen für das Erwachsenen- und für das Jugendstrafverfahren?*, Berlin, 2009; M. FRÖHLING, *Der Moderne Pranger: Von den Ehrenstrafen des Mittelalters bis zur Prangerwirkung der medialen Berichterstattung in heutigen Strafverfahren*, Marburg, 2014.

¹⁶ Si veda, su tutti, il progetto di ricerca comparata commissionato al Max-Planck-Institut di Friburgo i cui risultati sono raccolti nel volume A. ESER/J. MEYER, *Öffentliche Vorverurteilung und faires Strafverfahren: eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Freiburg i. Br., 1986.

¹⁷ Si vedano, tra i tanti, su questo specifico tema il convegno del "Gruppo di studio sul diritto dei media e sulla libertà di stampa" del 31 maggio 1985 ad Heilbronn, aperto dalla relazione di W. HASSEMER, *Vorverurteilung durch die Medien?*, in NJW, 1985, 1921 ss.; il convegno nazionale dell'Associazione tedesca degli avvocati penalisti del 29 novembre 1990 a Dortmund, con relazione d'apertura di C. ROXIN, *Strafrechtliche und prozessuale Probleme der Vorverurteilung*, in NStZ, 1991, 153 ss. e il convegno della medesima associazione del 2004, dal quale la relazione di W. WOHLERS, *Prozessuale Konsequenzen präjudizierender Medienberichterstattung*, in StV, 2005, 186 ss. Da ultimo, si vedano gli atti di convegno raccolti in U. MURMANN (a cura di), *Strafrecht und Medien*, Göttingen, 2016.

¹⁸ V. W. HASSEMER, *Vorverurteilung durch die Medien?*, cit., 1922.

¹⁹ Per un'analisi di queste proposte di introduzione di una fattispecie di "disturbo della giurisdizione penale" risalenti agli anni cinquanta e sessanta del secolo scorso e declinate, in maniera alquanto problematica, come fattispecie di pericolo concreto rispetto all'imparzialità del giudice, cfr. C. ROXIN, *Strafrechtliche und prozessuale Probleme der Vorverurteilung*, cit., 154 s.

²⁰ Art. 19 Nr. 199 EGStGB del 2 marzo 1974, BGBl I, 469 ss., 499.

²¹ Per una ricostruzione dell'evoluzione di questa fattispecie cfr. T. VORMBAUM, *Probleme des § 353d Nr. 3 StGB (Verbotene Mitteilungen über Gerichtsverhandlungen)*, in H. SCHNEIDER E AL. (a cura di), *Festschrift für Manfred Seebode*, Berlin, 2008, 421 ss., 422 s.

²² Per un'approfondita ricostruzione del dibattito dei primi decenni del secolo scorso si veda W. SCHOMBURG, *Das strafrechtliche Verbot vorzeitiger Veröffentlichung von Anklageschriften und anderen amtlichen Schriftstücken*, in ZRP, 1982, 142 ss., 143.

sia concluso".

È proprio nella distinzione tra pubblicazione vietata dell'atto e pubblicazione consentita del contenuto dello stesso, attraverso la sua parafrasi, che si annida, secondo la pressoché unanime dottrina, la ragione dell'assoluta inefficacia della norma. La pubblicazione del contenuto degli atti di indagine, seppur non letterale, pare essere sicuramente idonea ad influenzare i giudici del dibattimento, soprattutto non togati, e ad instaurare il procedimento mediatico parallelo nei confronti degli accusati, vanificando così le due *ratio legis* sottese alla norma. Un'inefficacia così palese da spingere l'*Amtsgericht* di Amburgo già nel 1984, proprio nell'ambito del processo per lo scandalo prima citato, a sollevare questione di legittimità costituzionale della norma²³.

Il BVerfG, nel risolvere la questione di costituzionalità presentata²⁴, ha anzitutto definito con estrema chiarezza in termini di plurioffensività il bene giuridico tutelato dalla norma. Da un lato, vi è la tutela dell'imparzialità di tutti i soggetti processuali, come elemento essenziale della terzietà del giudice e della fiducia delle parti e dell'opinione pubblica tutta nel sistema giudiziario; un bene giuridico – è bene sottolinearlo – che lo stesso BVerfG qualifica come "importante" e di cui afferma il diretto lignaggio costituzionale. Dall'altro lato, in prospettiva individual-garantista, la fattispecie in esame tutelerebbe anche il soggetto accusato da una compromissione anticipata della sua reputazione all'interno del consesso sociale; anche in questo caso si tratta di bene giuridico di immediata derivazione costituzionale, promanando dal diritto alla personalità garantito dal combinato disposto degli articoli 2 comma primo e 1 comma primo della costituzione²⁵. Così fissate le direttrici di tutela della norma, il tribunale costituzionale tedesco pur constatando la scarsa idoneità della norma dettata dal legislatore a raggiungere gli scopi prefissi, ha rigettato la questione di costituzionalità proposta, osservando come l'eventuale accoglimento non avrebbe che peggiorato il livello di tutela di tali interessi e come comunque il loro non del tutto efficace perseguimento, rappresentasse una scelta legislativa non irragionevole per il bilanciamento tra di essi e la configgente libertà di espressione. Il BVerfG ha dunque affermato con grande chiarezza che la questione di un'eventuale tutela ancor più efficace dei beni giuridici tutelati dalla norma non possa che essere di esclusiva competenza del legislatore.

Anche a seguito del "*non liquet*" del tribunale costituzionale tedesco, le soluzioni proposte nel dibattito dottrinale sono state le più disparate: dall'opportunità di conservare tale pur limitata tutela²⁶ a varie ipotesi di estensione del divieto in questione²⁷, fino ad arrivare all'invito ad abrogare una norma inutile e inefficace²⁸, sulla base della considerazione che, da un lato, un generalizzato divieto di comunicazione finirebbe con limitare in modo sproporzionato la libertà di informazione e, dall'altro, a nulla giovi conservare una così inefficace fattispecie.

Non è un caso, dunque, che anche nell'ordinamento tedesco di fronte ad una generalizzata, quanto "obbligata", inefficacia preventiva del diritto penale in questa materia, la riflessione si sia spostata sulla previsione di meccanismi riparativi rispetto alle ipotesi di gogna mediatica o di condanna mediatica anticipata. Se nessuno dubita della possibile rilevanza in questi casi dei meccanismi risarcitori civilistici²⁹, diverse sono le posizioni circa il possibile rilievo penalistico di questi fenomeni nell'ambito della commisurazione edittale. Ritroviamo nella dottrina tedesca, già prima che in Spagna, l'apertura ad una possibile rilevanza di tali fenomeni per una riduzione della pena irrogata dal giudice o finanche, ricorrendone i requisiti ulteriori, per una rinuncia alla pena da parte dello Stato³⁰. Alla base di questo orientamento dottrinale vi è la volontà di scomputare dalla pena irrogata, la sofferenza già patita dal reo in conseguenza della disapprovazione sociale veicolata dai mass media precedentemente alla condanna; distinguen-

²³ Lordinanza del 9 marzo 1984 è pubblicata in NStZ, 1984, 265 ss.

²⁴ BVerfG, Sent. del 3 dicembre 1985, 1 BvL 15/84, in NStZ, 1987, 321 ss., con nota di W. BOTTKE.

²⁵ Più diffusamente sulle molteplici direttrici di tutela sottese alla norma in esame, anche al di là delle due principali fatte proprie dal BVerfG, v. W. HASSEMER, *Vorverurteilung durch die Medien?*, cit., 1923 ss.

²⁶ In questo senso, su tutti, C. ROXIN, *Strafrechtliche und prozessuale Probleme der Vorverurteilung*, cit., 156.

²⁷ In questo senso, ad esempio, F.J. RINSCHKE, *Strafjustiz und öffentlicher Pranger*, in ZRP, 1987, 384 ss., 386.

²⁸ Cfr., in questo senso, J. EISELE, §353 d Nr. 3 StGB – *Eine rechtspolitisch verfehltete Norm*, in ZRP, 2014, 106 ss., 109; e già SCHOMBURG, *Das strafrechtliche Verbot vorzeitiger Veröffentlichung von Anklageschriften und anderen amtlichen Schriftstücken*, cit., 145.

²⁹ Cfr., per tutti, W. HASSEMER, *Vorverurteilung durch die Medien?*, cit., 1927.

³⁰ Cfr., per primo, W. HASSEMER, *Vorverurteilung durch die Medien?*, cit., 1928; poi in questo senso W. WOHLERS, *Prozessuale Konsequenzen präjudizierender Medienberichterstattung*, cit., 191, e diffusamente C. ALTERMANN, *Medienöffentliche Vorverurteilung – strafjustizielle Folgerungen für das Erwachsenen- und für das Jugendstrafverfahren?*, cit., 109 ss.

do, dunque, come unanimemente accettato rispetto all'istituto della rinuncia alla pena³¹, tra una *poena civilis*, irrogata dal giudice, e una *poena naturalis*, come sofferenza inflitta al reo prima e a prescindere dall'accertamento del giudice, come appunto nei casi di gogna mediatica subita, di irragionevole durata del processo o di conseguenze sfavorevoli derivanti per il reo dal verificarsi dell'evento del reato.

Anche nella dottrina tedesca tale proposta non è stata esente da critiche, non dissimili da quelle già viste del tribunale supremo spagnolo, da un lato, perché in questo caso, a differenza che nell'irragionevole durata del processo, non vi sarebbe nulla di rimproverabile allo Stato, e dall'altro, perché si tratterebbe di rimedio comunque parziale, non utilizzabile per gli imputati poi prosciolti³². È inutile tornare ancora una volta su questa discussione, sulla quale già si è detto analizzando l'ordinamento spagnolo; anche nel caso dell'ordinamento tedesco non può che attendersi per comprendere se questo orientamento dottrinale possa presto a tardi farsi largo nella giurisprudenza.

5. Minime riflessioni conclusive.

L'analisi di queste tre importanti esperienze ci riconsegna un quadro piuttosto uniforme. Il tema in esame, lungi da caratterizzarsi come peculiare del nostro ordinamento, è trasversale a tutti gli ordinamenti considerati. Comuni paiono anche i tratti essenziali dell'osservato fenomeno di condizionamento dell'informazione giudiziaria sulla giustizia penale; un fenomeno che pare acuirsi, in tutti gli ordinamenti considerati, soprattutto laddove l'informazione giudiziaria intervenga su episodi di criminalità in ambito *lato sensu* politico, con una grande capacità di influenza anche della vita politica oltre che delle vicende processuali. Interessante notare che la riflessione scientifica, con l'autorevole avallo giudiziario e parlamentare, abbia spesso adottato formule oramai cristallizzate per definire il fenomeno in oggetto (*juicios paralelos, öffentliche Vorverurteilungen*), che ormai pare rappresentare in alcuni di questi ordinamenti un ambito classico di studio e di ricerca.

Ferma restando la punibilità dei pubblici ufficiali che violino il segreto istruttorio, presente in ciascun ordinamento, quasi sempre più nella *law in the books* che nella *law in action*, la strada della risposta punitiva pare oramai impercorribile rispetto alle pubblicazioni giornalistiche in violazione del segreto istruttorio, in tutti gli ordinamenti considerati. Non è un caso, dunque, che l'attenzione si sia piuttosto spostata, soprattutto in Spagna e in Germania, su meccanismi di ristoro a valle dei diritti fondamentali lesi da tali fenomeni. Se la strada civilistica pare chiaramente percorribile ovunque, resta ancora oggetto di riflessione la possibilità di valorizzare la sofferenza patita dall'accusato nel "circo mediatico-giudiziario" nell'ambito della commisurazione della pena, in senso stretto o in senso lato, attraverso l'utilizzo del sistema delle circostanze del reato.

³¹ Cfr., nella dottrina sull'istituto dell'*Absehen von Strafe* di cui al paragrafo 60 del StGB, lo stesso W. HASSEMER, *Das "Absehen von Strafe" als kriminalpolitisches Instrument*, in R. HAMM (a cura di), *Festschrift für Werner Sarstedt*, Berlin, 1981, 65 ss., 67; sulla rilevanza della distinzione tra *poena civilis* e *poena naturalis* cfr. anche H. MÜLLER-DIETZ, *Absehen von Strafe (§ 60 StGB n.F.)*. *Dogmatische und kriminalpolitische Probleme einer neuen Rechtsfigur*, in G. WARDA e al. (a cura di), *Festschrift für Richard Lange*, Berlin, 1976, 303 ss., 306; P. CRAMER, *Abhandlungsbedürfnis und staatlicher Sanktionsanspruch. Bemerkung zu einer Reform der Verfahrenseinstellung aus Gründen der Opportunität*, in F.C. SCHROEDER/H. ZIPF (a cura di), *Festschrift für Reinhart Maurach*, Karlsruhe, 1972, 487 ss., 497.

³² In questo senso, per tutti, C. ROXIN, *Strafrechtliche und prozessuale Probleme der Vorverurteilung*, cit., 154.

Note sintetiche sul rapporto tra giustizia penale e informazione giudiziaria

Brief Notes on the Correlation Between Criminal Justice and Journalistic Activities

FRANCESCO PALAZZO

Professore ordinario di Diritto penale presso l'Università di Firenze

INFORMAZIONE GIUDIZIARIA, PROCESSO MEDIATICO,
SEGRETO INVESTIGATIVO, SEGRETO PROCESSUALE,
RISERVATEZZA, PRESUNZIONE D'INNOCENZA

CRIMINAL JUSTICE AND MASS MEDIA, MASS MEDIA
TRIAL, CONFIDENTIALITY OF THE CRIMINAL
INVESTIGATION, PRIVACY, PRESUMPTION OF INNOCENCE

ABSTRACT

Il presente scritto si basa sul lavoro svolto dal Gruppo di ricerca costituito dal Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Firenze sul tema "Giustizia penale e informazione giudiziaria", cercando di riassumere brevemente i principali nodi problematici emersi a proposito dei vari interessi coinvolti e del loro possibile bilanciamento. Nel presupposto che occorra sciogliere la contraddizione esistente tra una normativa vigente ma totalmente ineffettiva e una situazione di sofferenza di molti interessi, specie privati, si tenta di individuare alcune possibili linee di riforma o di ripensamento.

The paper is based on the work of the research group led by the Department of Legal Studies of the University of Florence on the topic of "Criminal Justice and Journalistic Activities" and it is aimed at summarizing the main issues related to the many interests involved and their possible balancing. Based on the assumption that it is necessary to overcome the contradiction between the existing, but totally ineffective, laws and a situation of pain for many interests, especially private ones, attempts are made to identify some possible lines in order to reform or to rethink the system.

SOMMARIO

1. Premesse. – 2. Libertà di cronaca giudiziaria. – 3. Interessi confliggenti, pubblici e privati. – 4. Interesse all'efficacia investigativa. – 4.1. Segretezza 'interna' ed 'esterna'. – 4.2. Atti segreti. – 4.3. Pubblicazione di atti segreti. – 4.4. Atti non più segreti. – 5. Intercettazioni. – 6. Interesse alla "verginità" cognitiva/serenità di giudizio del giudice. – 6.1. "Verginità" cognitiva. – 6.2. Serenità di giudizio. – 7. Interesse al prestigio e alla fiducia nella giurisdizione. – 8. Presunzione d'innocenza. – 9. Reputazione. – 10. Riservatezza, interessi all'immagine e all'identità. – 10.1. Riservatezza. – 10.2. Identità ed immagine. – 11. Bilanciamenti. – 12. Rimedi. – 13. Rafforzamento della tutela del segreto investigativo. – 14. Rafforzamento della responsabilità disciplinare. – 15. Responsabilità degli enti. – 16. Rimedi compensativi. – 17. Conclusione.

1.

Premesse.

Le presenti note hanno l'esclusivo scopo di fornire un possibile quadro di sintesi dei contributi, scritti e orali, che i componenti del *Gruppo di lavoro* su "Giustizia penale e informazione giudiziaria", costituito presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Firenze, hanno fornito durante e al termine della ricerca, senza inoltre nessuna pretesa di completezza.

L'attuale situazione dell'informazione giudiziaria sembra caratterizzata da una sorta di *contraddizione*. Da un lato, sono sempre più frequenti le voci che si levano per segnalare come il ruolo dei massmedia abbia assunto *toni e manifestazioni esorbitanti* con conseguente pregiudizio recato al fascio d'interessi coinvolti dall'informazione giudiziaria. Dall'altro lato, non è contestabile l'esistenza nel nostro ordinamento di una serie di norme, processuali, penali sostanziali, civili, deontologiche, dirette a tutelare quegli interessi: l'*effettività* di tale apparato normativo risulta però *sostanzialmente nulla*. Con la conseguenza che appare necessario interrogarsi sul dilemma se l'ineffettività delle norme vigenti dipenda da loro inadeguatezza strutturale ovvero se la situazione di anomia disapplicativa derivi da un diverso assetto degli interessi in gioco che è venuto a determinarsi nella realtà politico-sociale e dunque nella prassi del rapporto tra giustizia penale e informazione giudiziaria.

Un buon governo di questo delicatissimo comparto della "cosa pubblica" dovrebbe tentare di sciogliere quella contraddizione: se si ritenesse che oggi alcuni interessi rilevanti corrono realmente un rischio insopportabile, sarebbe doveroso un intervento di riassetto normativo per una loro più efficace tutela; se, invece, ci si convincesse che il mantenimento dello *status quo* corrisponde agli attuali equilibri tra gli interessi in gioco, coerenza imporrebbe di uscire da un'ambiguità comunque nociva alla credibilità del sistema.

2.

Libertà di cronaca giudiziaria.

Pregiudiziale ed essenziale appare un'opera di ricognizione degli interessi in gioco e un tentativo di precisa definizione dei loro contenuti e consistenza.

La libertà di manifestazione del pensiero si declina nel nostro campo come **libertà di cronaca giudiziaria**, che fondatamente viene considerata diversa dalla libertà di cronaca *tout court*. Significativo è, al riguardo, il collegamento che deve essere effettuato in questa materia tra l'art. 21 Cost. e l'art. 101.1 Cost. ("La giustizia è amministrata in nome del popolo"). Il collegamento col principio democratico non sembra che possa avallare una 'mediazione' della stampa nel senso di un coinvolgimento emotivo del pubblico nella celebrazione dei singoli processi. Piuttosto, quel principio pone prima di tutto l'esigenza di un *controllo* democratico sull'amministrazione della giustizia e, in secondo luogo, l'esigenza di una *partecipazione* popolare alla politica della giustizia attraverso le forme della rappresentanza democratica: ma è evidente che la partecipazione alla politica della giustizia non è realizzabile senza un'accurata e puntuale informazione sulla realtà dell'amministrazione della giustizia.

Vero ciò, ne viene che le due istanze democratiche di controllo e di partecipazione presuppongono che l'informazione giudiziaria fornisca una rappresentazione *reale* ed adeguata, nell'esercizio di un'informazione giudiziaria ispirata al principio di responsabilità e dunque effettivamente consapevole del proprio ruolo in qualche modo 'istituzionale'.

3. **Interessi confliggenti, pubblici e privati.**

Gli interessi contrapposti e confliggenti con la libertà di informazione giudiziaria sono notoriamente molteplici. Essi si allineano lungo due direttrici, peraltro non prive di punti di contatto: interessi di natura prevalentemente *pubblica* e interessi di natura prevalentemente *privata*.

Gli interessi pubblici sono identificabili in quelli: all'efficacia investigativa, alla c.d. "verginità" cognitiva e serenità di giudizio del giudice, alla fiducia nella istituzione giudiziaria.

Gli interessi privati sono identificabili in quelli: alla presunzione d'innocenza, alla reputazione, alla riservatezza, alla propria identità e alla propria immagine.

4. **Interesse all'efficacia investigativa.**

Quanto all'interesse all'**efficacia investigativa**, l'assetto normativo della sua tutela dipende ovviamente dal modello processuale assunto a riferimento dal codice di rito.

4.1. ***Segretezza 'interna' e segretezza 'esterna'***

L'interesse all'efficacia investigativa è tutelato dal c.d. *segreto interno od investigativo* che mira a escludere dalla conoscenza degli atti d'indagine le parti private che potrebbero avere interesse a inquinare od eludere le indagini. La sua lesione si realizza "alla fonte" mediante condotte di *rivelazione* degli atti d'indagine da parte dei soggetti qualificati che a quegli atti partecipano. Abbandonata l'impostazione inquisitoria della totale segretezza istruttoria, la partecipazione dell'indagato e della sua difesa agli atti d'indagine riduce quantitativamente la sfera del segreto investigativo. Per contro, essendo la prova destinata a formarsi in contraddittorio tra le parti dinanzi al giudice, il modello accusatorio dovrebbe naturalmente comportare un rafforzamento della segretezza esterna per impedire il rischio di un anticipato inquinamento o inappropriato condizionamento del momento topico del contraddittorio. Il fenomeno della *pubblicazione indiscriminata* di atti d'indagine non più coperti da segreto investigativo perché già conosciuti dalle parti tende a svalutare il momento successivo della formazione della prova e a sbilanciare il processo sulla fase delle indagini preliminari, che nell'immaginario collettivo assume – soprattutto quando vi sono provvedimenti cautelari – il ruolo di luogo privilegiato in cui si amministra giustizia. Complice anche la lunghezza eccessiva dei tempi processuali.

4.2. ***Atti segreti.***

La vigente disciplina del segreto investigativo contenuta nell'art. 329 c.p.p. è apparsa coerente con l'assunto per cui solo gli atti a sorpresa e non garantiti debbono rimanere sconosciuti alla parte, non ponendosi per gli altri nessuna esigenza di tutela dell'efficacia investigativa che ne comporti il divieto di rivelazione.

Ciò posto, non mancano alcuni aspetti dell'attuale disciplina che hanno costituito oggetto di dibattito. È opportuno elencarli distinguendo il versante degli atti segreti da quello degli atti non più tali e dunque pubblicabili.

Quanto agli *atti segreti*, ci si è chiesti se la loro nozione legislativa sia suscettibile di qualche ulteriore aggiustamento. Sia nel senso di *includere* chiaramente atti che, non essendo propriamente d'indagine, possono essere rivelati e pubblicati ma col rischio di pregiudizio delle indagini: ad esempio, la denuncia o la querela. Sia nel senso di *escludere* alcune tipologie di atti per i quali non si ponga un reale rischio di pregiudizio alle indagini.

Di fronte all'esistenza di norme vigenti specifiche che attribuiscono al P.M. il potere di valutare e decidere in concreto il potenziale pregiudizio alle indagini che la rivelazione e la pubblicazione di certi atti potrebbero recare, ci si è chiesti se il sistema debba continuare a fondarsi sul criterio generale di individuazione degli atti segreti *in modo presuntivo* sulla base della conoscenza/conoscibilità della parte, oppure se sia generalizzabile l'opposto criterio

dell'individuazione in concreto degli atti segreti sulla base di una *valutazione ad hoc del P.M.* La soluzione vigente è apparsa di gran lunga preferibile. Anche se non può essere taciuto che l'attuale prassi sembra esibire talvolta un esercizio *in linea di fatto* di un consimile potere di secretazione, o meglio di desecretazione, da parte degli organi inquirenti.

4.3. *Pubblicazione di atti segreti.*

Un problema di estrema delicatezza è quello che concerne la responsabilità per la *pubblicazione degli atti* (ancora) *segreti*. Al di là della improbabile soluzione della responsabilità del giornalista a titolo di *concorso nel reato* proprio di rivelazione di segreto d'ufficio (art. 326 c.p.), non c'è dubbio che la soluzione oggi apprestata *dall'art. 684 c.p.* si rivela *insoddisfacente*. Al riguardo, sembra difficile sfuggire all'impressione che la soluzione vigente sia il risultato di un compromesso del tutto inadeguato e po' farisaico: non si è avuto il coraggio di rinunciare all'affermazione di una responsabilità penale, di consistenza però sostanzialmente simbolica e praticamente inoperante. Pare, invece, che l'*alternativa* sia più *radicale*. O si muove dalla premessa che, trattandosi di atto segreto, la condotta di pubblicazione possa addirittura rivestire un disvalore maggiore della rivelazione in ragione della sua capacità diffusiva, e allora la vigente previsione contravvenzionale suonerebbe addirittura risibile. Oppure si muove dalla premessa che, concentrandosi il disvalore esclusivamente nel tradimento dei doveri d'ufficio da parte dei soggetti qualificati, il giornalista che pubblica la notizia segreta, pervenutagli senza il suo concorso, non fa che esercitare il diritto di cronaca, di cui obiettivamente possono sussistere tutti gli elementi. E, in questa logica, un bilanciamento a favore dell'efficacia investigativa effettuato in astratto una volta per tutte potrebbe davvero sembrare eccessivamente limitativo del diritto di cronaca. Mentre un bilanciamento da affidare in concreto al giudice, che di volta in volta valuti l'esistenza di un pregiudizio per l'efficacia delle indagini, significherebbe costruire una norma incriminatrice non solo eccessivamente indeterminata sotto il profilo dell'offensività, ma forse anche tecnicamente ardua.

4.4. *Atti non più segreti.*

Quanto agli *atti non* (più) *segreti* e dunque pubblicabili, non si vede per la verità la ragione per eliminare i limiti di diritto e di fatto ad un più completo ed agevole esercizio della libertà d'informazione. E, in effetti, da un lato si registra ormai una sostanziale unanimità nella proposta di eliminare l'*irragionevole distinzione* tra "atto" (non pubblicabile) e "contenuto" (pubblicabile) dello stesso, di cui all'art. 114 disp. att. c.p.p. Dall'altro, su un piano più operativo, non c'è ragione per non rendere effettiva la *facoltà prevista dall'art. 116 disp. att. c.p.p.*, per cui gli atti non più coperti da segreto sono in teoria accessibili da "chiunque vi abbia interesse": un sistema che rendesse istituzionalmente "ostensibili" questi atti nei confronti del giornalista eviterebbe di perpetuare situazioni di sostanziale sudditanza in cui egli può venire a trovarsi e soprattutto consentirebbe un esercizio realmente più responsabile dell'informazione.

5. *Intercettazioni.*

Vi è un campo in cui il segreto investigativo è stato recentemente utilizzato dal legislatore per la tutela non già dell'efficacia delle indagini quanto piuttosto per la tutela della *riservatezza* delle persone. Si tratta della disciplina delle **intercettazioni** come delineata nella delega contenuta nella legge 23 giugno 2017, n. 103. Con una scelta in sé ragionevole si è ritenuto di abbattere alla radice il pericolo della provalazione di notizie *non pertinenti* alla vicenda processuale e potenzialmente lesive della riservatezza delle persone coinvolte, impedendone l'acquisizione agli atti mediante un triplice filtro fondato sul giudizio appunto di pertinenza: quello che effettua già la P.G. sotto il controllo del P.M. in sede di verbalizzazione delle intercettazioni; quello che è chiamato ad effettuare il P.M. in sede di motivazione delle richieste di provvedimento cautelare; quello che si effettua in contraddittorio nella procedura di stralcio prima della conclusione delle indagini. Sembra chiaro che, sebbene non sia espressamente

previsto dalla legge delega, per le intercettazioni che non entrano nel processo in quanto non pertinenti dovrà valere il divieto sia di rivelazione che di pubblicazione in quanto si tratta pur sempre di (contenuti di) atti segreti.

Al di là di quanto potrà prevedere il legislatore delegato in punto di rivelazione/pubblicazione di intercettazioni non acquisite, rimane il fatto che l'utilizzazione di questa speciale forma di segreto "interno" a tutela della riservatezza potrà produrre delle difficoltà per la difesa, proprio in ragione del fatto che elementi potenzialmente dotati di utilizzazione difensiva possono rimanere coperti da un segreto rispondente ad esigenze non di efficacia investigativa ma di riservatezza. Si tratterà di verificare in che misura la procedura di stralcio potrà essere in grado di arginare questo pericolo.

Considerato che il criterio della pertinenza è l'unico funzionale alla tutela della riservatezza, ne viene che le intercettazioni 'pertinenti' non saranno pubblicabili finché segrete, mentre potrebbero esserlo senza limiti quando non più tali. Si rivelerebbe, invece, inconferente il discrimine fondato sulla pubblicazione *integrata* (vietata) o del solo *contenuto* (permessa).

6. Interesse alla "verginità" cognitiva/serenità di giudizio del giudice.

L'interesse alla c.d. **verginità e serenità del giudice** pone dei veri e propri dilemmi. Intanto, occorre tenere tendenzialmente distinti i due profili, seppure fortemente embricati tra loro. La "verginità" cognitiva infatti postula già la semplice sconoscenza degli atti processuali da parte del giudice per evitare qualunque condizionamento conoscitivo che egli abbia potuto formarsi al di fuori del contraddittorio. La "serenità", invece, può essere messa in pericolo solo da comportamenti che, senza limitarsi alla mera asettica informazione, siano in grado di esercitare una qualche pressione psicoemotiva (più che cognitiva) sul giudice. E se così, allora la "serenità" finisce per essere una condizione indispensabile *anche in altri soggetti* dotati di un *munus* pubblico nel processo: il P.M. prima di tutti, ma anche il testimone.

6.1. Verginità cognitiva.

Ciò posto, l'interesse alla *verginità cognitiva del giudice* viene a trovarsi al centro di una duplice contraddizione non facilmente risolvibile con una disciplina positiva. In primo luogo, la contraddizione tra la professionalità del giudice e il modello accusatorio. Per un verso, la *professionalità* dovrebbe garantire la assoluta impermeabilità del giudice, come dice spesso la Corte di cassazione, e dunque consentire un'indiscriminata pubblicabilità degli atti processuali; per contro, una rigorosa fedeltà ai *principi del modello accusatorio* dovrebbe comportare il divieto assoluto della loro pubblicazione sia nella forma testuale che nel loro contenuto. In secondo luogo, si dà una contraddizione nascente dalla stessa attuale nostra disciplina ispirata al modello accusatorio. Se, infatti, da un lato l'abbandono della logica inquisitoria ha rotto la compattezza della segretezza "interna", dall'altro i principi accusatori imporrebbero l'astinenza completa del giudice dalla conoscenza degli atti processuali.

Le contraddizioni segnalate, insieme ad una certa vaghezza dell'interesse alla verginità del giudice, probabilmente dovrebbero far propendere per l'impossibilità di sacrificare la libertà di informazione giudiziaria sull'altare di questo interesse.

6.2. Serenità di giudizio.

Parzialmente diverso è il discorso sulla *serenità del giudice* (e poi anche degli altri soggetti processuali), non foss'altro perché si tratta di interesse che ha un riconoscimento giuridico nel nostro sistema almeno mediante l'istituto della remissione del processo per legittima suspicione. Ma, dato atto di ciò e precisato altresì che oggi la legittima suspicione ha un'applicazione e un'efficacia molto circoscritta a ragione del carattere ampiamente diffusivo dei moderni mass-media, non è facile immaginare soluzioni normative del problema.

La serenità del giudice è messa in pericolo non già dalla semplice pubblicazione delle noti-

zie e degli atti che debbono essere a lui processualmente ignoti, bensì dalle *campagne di stampa* che – anche *senza violare alcuna segretezza processuale* – sono in grado di esercitare una pressione ancorché subliminale sul processo decisionale. Non è tanto il contenuto dell'informazione quanto il *tono* dei servizi e reportage giornalistici a venire in gioco. Ma allora è evidente la difficoltà di costruire norme, che non siano mere enunciazioni di principio, capaci di alludere a comportamenti pregiudizievoli per la serenità del giudice e degli altri soggetti pubblici. Non rimarrebbe che l'improponibile soluzione di un divieto assoluto di informazione.

Nonostante tutto ciò, è però doveroso considerare la *Raccomandazione del Consiglio d'Europa (2003) 13* che ha affrontato il problema con fermezza e decisione. Sulla base dei moniti ivi contenuti, occorre infatti interrogarsi sulla praticabilità di soluzioni che, senza attingere al livello di divieti penali, siano però in grado di costituire un qualche rimedio al fenomeno.

7. Interessi al prestigio e alla fiducia nella giurisdizione.

L'interesse al **prestigio** e alla **fiducia** nell'istituzione giudiziaria implica un discorso assai più articolato. Premesso, prima di tutto, che la tutela di un siffatto interesse non può ovviamente comportare nessuna limitazione al diritto di *critica* nei confronti dell'operato dell'istituzione giudiziaria né al diritto di esercitare un *giornalismo d'inchiesta*, il tema s'intreccia anche con quello del c.d. "processo mediatico". Allorché l'informazione giudiziaria e soprattutto il processo mediatico giungano a veicolare nella collettività una "rappresentazione" della giustizia *difforme dalla realtà*, può sorgere il pericolo di caduta del prestigio e della fiducia nell'istituzione giudiziaria. Le attese del pubblico risultano deluse e tradite quando i media presentano la vicenda giudiziaria in termini altamente semplificati, facendo apparire quasi scontata l'individuazione dei colpevoli, l'affermazione della responsabilità e la conseguente esecuzione della pena. Nel caso in cui la vicenda processuale reale non corrisponda alla rappresentazione mediatica è probabile che l'opinione pubblica sia implicitamente indotta ad attribuire all'istituzione giudiziaria e al suo cattivo funzionamento la causa di una giustizia inefficace, lenta ed essenzialmente burocratica, insomma inadeguata alle esigenze di tutela della società. Inclinazioni populistiche del legislatore sensibile alla mediaticamente indotta insoddisfazione verso la giustizia penale possono poi riversarsi sulla legislazione compromettendone la qualità e la razionalità rispetto agli scopi.

Tanto sono reali consimili rischi quanto appare difficile allestire rimedi giuridici che vadano oltre la formulazione di precetti deontologici che possono al più dar luogo ad eventuale responsabilità disciplinare. Altamente incerto è infatti il confine tra diritto di critica e scorrettezza della rappresentazione mediatica. Così come molto distante è il collegamento tra comportamenti professionalmente scorretti e l'interesse finale da tutelare, costituito fra l'altro da un "sentimento" collettivo.

8. Presunzione d'innocenza.

La **presunzione d'innocenza** è un interesse che si pone a cavallo tra quelli schiettamente pubblici e quelli decisamente privati, anche se inclina molto verso questi ultimi. In effetti, non deve fuorviare la formula utilizzata – "presunzione d'innocenza" – per designare tale interesse. A stretto rigore il contenuto concettuale di questa espressione rimanda a un principio concernente le regole processuali di valutazione probatoria ai fini dell'adozione dei vari provvedimenti, interinali o definitivi. Nel nostro contesto di discorso, invece, la presunzione d'innocenza evoca un requisito dell'informazione giudiziaria, che non deve essere fornita in modo tale da suggerire nell'opinione pubblica convinzioni "colpevoliste" non fondate sull'obiettivo materiale probatorio disponibile.

Da sottolineare che l'attenzione verso questo interesse appare oggi molto sviluppata anche in sede europea, al qual proposito merita una segnalazione particolare la *direttiva del Parlamento e del Consiglio europei del 9 marzo 2016*.

Dovrebbe essere scontato che quando si parla di comportamenti massmediatici lesivi della presunzione d'innocenza non si allude tanto alla grossolana e poco realistica ipotesi della falsa attribuzione di fatti criminosi, reali o supposti, a taluno: è chiaro, infatti, che simili ipotesi

ricadono senza meno nel campo applicativo della diffamazione. Piuttosto, il problema sorge quando l'informazione giudiziaria, pur "salvando le apparenze", nella sostanza suggerisce o predilige *soluzioni colpevoliste*, spesso mediante studiate omissioni nella cronaca della vicenda processuale o mediante informazione di notizie estranee ai fatti processuali. Non è dubbio, peraltro, che sotto il riferimento alla presunzione d'innocenza, viene in gioco un interesse individuale molto prossimo a quello della reputazione personale.

Soprattutto, ma forse non solo, nei casi in cui la prospettiva colpevolista è veicolata non solo attraverso l'informazione giudiziaria ma anche mediante la messa in scena spettacolare di processi mediatici, sembra corretto ritenere che venga in gioco non tanto la libertà di cronaca giudiziaria ma una generica libertà di manifestazione del pensiero.

Non si può peraltro trascurare che l'informazione giudiziaria per così dire "orientata" e lo stesso processo mediatico possono in concreto essere rivolti a mettere in luce elementi a favore dell'indagato/imputato sfuggiti o non sufficientemente valorizzati dalla magistratura. In tali casi non viene ovviamente in considerazione la presunzione d'innocenza, dalla quale non è invero desumibile un generalizzato sfavore (o divieto) per l'informazione giudiziaria e il processo mediatico *comunque* "orientati".

Tutto ciò precisato, è facile comprendere che, qualora si ritenesse di riportare la tutela della presunzione d'innocenza a norme penali, il terreno su cui operare sarebbe quello della *diffamazione*. Con la necessaria avvertenza che un allargamento in questo senso della fattispecie incriminatrice non potrebbe che passare per una componente di forte discrezionalità giudiziale nell'accertamento del contenuto offensivo del fatto.

9. Reputazione.

Tra gli altri interessi individuali (alla reputazione, alla riservatezza, all'immagine e all'identità), quello alla **reputazione** sembra essere adeguatamente presidiato dal reato di *diffamazione*. Il reato si configura ovviamente quando non possa trovare applicazione la scriminante dell'esercizio del diritto di cronaca giudiziaria: il che avverrà o perché il fatto criminoso attribuito al soggetto non sia vero (e su questo crinale potrà trovare tutela anche la presunzione d'innocenza, solo però nei casi più macroscopici e rarissimi di falsa incolpazione), oppure perché il linguaggio sia incontinente. Nel caso, infine, di attribuzione di una qualità o di un fatto *non pertinente* alla vicenda processuale ma che abbia comunque carattere *in sé diffamatorio*, la scriminante non sarà configurabile e la fattispecie di cui all'art. 595 c.p. finirà per assorbire anche la tutela della riservatezza.

10. Riservatezza, interessi all'immagine e all'identità.

Molto diversa è la "consistenza" sostanziale degli interessi alla riservatezza ovvero all'immagine e identità.

10.1. Riservatezza.

Una *lacuna di tutela* può ravvisarsi a proposito della **riservatezza**, specie nella misura in cui non trovino applicazione le norme sul *trattamento illecito di dati personali*. L'esigenza di tutela della riservatezza si pone lungo il discrimine della "pertinenza" del fatto privato propalato rispetto all'accertamento processuale, dovendosi in effetti ritenere che qualunque fatto privato ma "pertinente" all'accertamento processuale assuma per ciò solo un interesse pubblico fuoriuscendo così dal perimetro di tutela della riservatezza.

Si può precisare al riguardo che l'esigenza di tutela della riservatezza si accresca progressivamente quando concerna soggetti via via *meno protagonisti* della vicenda processuale (es. i testimoni) fino addirittura agli estranei (es. parenti dell'indagato o della vittima). E ciò per l'ovvio motivo che si può presumere una proporzionale attenuazione del rapporto di pertinenza della notizia col processo.

Riguardo ai *soggetti pubblici*, si può osservare che per loro, mentre è particolarmente forte

l'esigenza di tutela della presunzione d'innocenza in ragione delle pesanti possibili conseguenze derivanti da pubblicazioni d'intonazione colpevolista, l'esigenza di tutela della riservatezza retrocede in ragione della generale loro esposizione pubblica. Fino al punto che, per i soggetti pubblici, si può porre il problema se condividere l'assunto secondo il quale, allorché si tratti di personaggi pubblici, la propalazione di fatti privati *non* pertinenti al processo, ma comunque rilevanti per la più completa conoscenza e valutazione dell'attività svolta del soggetto pubblico, sia per ciò solo lecita. Insomma, si tratta di valutare se il criterio della *rilevanza pubblica* (più o meno diretta) della notizia di vita privata possa prendere il posto del criterio della pertinenza processuale, nonostante che la notizia sia stata acquisita in contesto processuale.

Vero tutto ciò, un'eventuale fattispecie specifica a tutela della riservatezza in contesto processuale scontrerebbe ancora una volta un consistente spazio di discrezionalità giudiziale derivante dalla necessità di far ruotare la struttura della fattispecie sull'elemento della pertinenza processuale.

10.2. *Identità ed immagine.*

Per quanto riguarda gli interessi privati all'**identità** e all'**immagine**, essi sembrerebbero troppo *scarsamente afferrabili* in sé e nei loro rapporti con quelli alla reputazione e alla riservatezza per poter assicurare a fondamento di un'autonoma e specifica tutela di tipo penale contro gli eccessi dell'informazione giudiziaria. E ciò nonostante che nella recente legge 103/2017 sia contenuta una delega a prevedere un nuovo reato consistente nella «diffusione, al solo fine di recare danno alla reputazione o all'*immagine* altrui, di riprese audiovisive o registrazione di conversazioni, anche telefoniche, svolte in sua presenza ed effettuate fraudolentemente. La punibilità è esclusa quando le registrazioni o le riprese sono utilizzate nell'ambito di un procedimento amministrativo o giudiziario o per l'esercizio del diritto di difesa o del diritto di cronaca».

11. **Bilanciamenti.**

La valorizzazione degli interessi, specialmente privati, configgenti con la libertà d'informazione giudiziaria, e il conseguente potenziamento della loro tutela anche penale, non potrebbe avvenire che a seguito di complesse operazioni di **bilanciamento**. Si ritiene generalmente che l'apposizione di limiti all'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero sia coperta dalla *riserva di legge*. Con la conseguenza che quei bilanciamenti dovrebbero trovare espressione in formule legislative sufficientemente determinate. Operazione questa decisamente non facile a causa della stessa natura degli interessi in gioco e delle infinite sfumature in cui si può modulare il loro reciproco equilibrio in dipendenza delle situazioni concrete.

A fronte di questa esigenza costituzionale di legalità opera da sempre nel nostro sistema la clausola generale della *scriminante dell'esercizio del diritto* (art. 51 c.p.), il cui contenuto è desumibile anche da fonti diverse dalla legge. Non è un caso, infatti, che i requisiti e i limiti del diritto di libera manifestazione del pensiero in funzione scriminante dei reati di espressione siano stati costruiti dalla giurisprudenza. Non sembra dunque da escludere a priori che, in presenza di nuove fattispecie incriminatrici che segnalino la volontà legislativa di rafforzare la tutela di taluni interessi configgenti con la libertà di cronaca giudiziaria, il loro bilanciamento definitivo nel caso concreto sia rimesso all'operatività della clausola dell'esercizio del diritto scriminante con tutto lo spazio che esso conferisce al giudice. E, a ben vedere, è esattamente questa la tecnica di tutela che attualmente si realizza dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo, pur con la posizione di preminenza riconosciuta al diritto d'informazione giudiziaria.

12. **Rimedi.**

Nella premessa, peraltro non scontata, che l'attuale assetto normativo a tutela dei vari interessi in gioco sia *carente*, si tratta ora di ipotizzare quali **rimedi** potrebbero essere escogitati

a cominciare dal *rafforzamento delle varie forme di responsabilità* cui potrebbero soggiacere i soggetti dell'informazione giudiziaria. Peraltro, ponendosi in tale prospettiva *de lege ferenda*, sarebbe irrealistico non tener conto del rapporto esistente tra, da un lato, le cause sostanziali, sociali e di costume, che agevolano la pratica di un'informazione giudiziaria scorretta e, dall'altro, le controindicazioni di sistema e costituzionali, che si oppongono al rafforzamento della responsabilità dei soggetti coinvolti. Così che, nonostante la accresciuta consapevolezza della situazione sostanzialmente anomica in cui ci troviamo e nonostante i richiami anche internazionali a porvi rimedio, non è facile ipotizzare interventi di riforma in tal senso.

Comunque sia, sembra opportuno tenere distinte le due grandi aree delle violazioni del *segreto investigativo* (o segretezza interna) e delle violazioni degli *altri interessi pubblici e privati* che si consumano con la pubblicazione anche di notizie non più segrete (perché non pertinenti al processo, o presentate in forma volutamente colpevolista ovvero nel contesto spettacolare del "processo mediatico").

Gli eventuali strumenti di rafforzamento della tutela degli interessi in gioco, poi, possono avere diversa natura: si può andare dal rafforzamento della *responsabilità penale* ovvero *disciplinare*, all'estensione della *responsabilità* ("amministrativa") degli enti ex d.lgs. 231/2001, all'introduzione di *strumenti di carattere "compensativo"*, diversi naturalmente dal risarcimento del danno.

13. Rafforzamento del segreto investigativo.

Per quanto riguarda l'area delle **violazioni del segreto investigativo**, non c'è dubbio che il presidio della *responsabilità penale* è del tutto plausibile, come del resto è testimoniato dall'esistenza degli artt. 326 e 379 *bis* c.p., da nessuno messi in discussione. Semmai, si potrebbe, da un lato, prospettare l'idea di un rafforzamento sanzionatorio magari attraverso la previsione di una *più grave fattispecie speciale* rispetto a quella di cui all'art. 326 c.p. E, dall'altro, si potrebbe attirare nell'orbita di questa più grave responsabilità anche il giornalista (non concorrente nel reato di rivelazione) che pubblichi atti ancora segreti, mediante uno *smembramento dell'attuale art. 684 c.p.* così da sanzionare in modo meno risibile dell'attuale la *pubblicazione degli atti segreti* e lasciare invece incondizionatamente lecita la *pubblicazione degli atti non più segreti*.

Tuttavia, occorre tener presente che una simile soluzione, certamente non implausibile, dovrebbe fare i conti, per un verso, con la consapevolezza che la rivelazione degli atti segreti origina solitamente dagli stessi soggetti che di quel segreto dovrebbero essere i custodi e che ne dovrebbero perseguire le violazioni, così che il rafforzamento della repressione penale sarebbe comunque irrealistico. Per un altro lato, non appare del tutto congruo e forse neppure coerente coi principi costituzionali attrarre la responsabilità del giornalista (non concorrente) nell'orbita della grave (e sostanzialmente diversa) responsabilità degli "intranee". Una soluzione non irragionevole potrebbe essere quella di subordinare la punibilità del giornalista per la pubblicazione di atti segreti al *concreto e reale verificarsi* di un (pericolo di) *pregiudizio per le indagini*.

14. Rafforzamento della responsabilità disciplinare.

Per quanto riguarda l'area delle pubblicazioni potenzialmente **offensive degli altri interessi pubblici e privati** (dalla verginità/serenità del giudice, alla presunzione d'innocenza, alla reputazione e riservatezza), già s'è detto della problematicità di allestire adeguata tutela all'interesse alla verginità cognitiva e serenità di giudizio del giudice. Per altro verso, rimanendo ovviamente fermo il fronte di tutela estremo costituito dalla diffamazione, si può porre il problema di creare una barriera nei confronti dell'informazione giudiziaria irrispettosa del canone dell'"essenzialità", perché in particolare relativa a fatti privati *non pertinenti*, nonché nei confronti degli *eccessi del processo mediatico* con particolare riferimento alle rappresentazioni mediatiche in chiave smaccatamente colpevolista. A fronte delle insistenti denunce del malcostume giornalistico e della rilevanza degli interessi privati pregiudicati, non è facile però immaginare l'allestimento di una tutela penale, in ragione soprattutto delle difficoltà sia di strutturare risposte sanzionatorie non pregiudizievoli per l'esercizio della libertà di stampa, sia

di formulare precetti sufficientemente determinati. Così che appare probabilmente più plausibile la strada di un *rafforzamento della pur esistente responsabilità disciplinare*.

Nel quadro della responsabilità disciplinare vengono in considerazione, peraltro, non solo comportamenti dei giornalisti ma anche dei soggetti processuali. Così, ad esempio, si potrebbe al limite profilare un precetto disciplinare nei confronti dei *magistrati* al fine di contenere la cattiva abitudine di trasfondere nelle richieste e nei provvedimenti cautelari il contenuto di atti, specie le intercettazioni, non necessari o addirittura estranei alla motivazione dei provvedimenti. Più discutibile, invece, l'idea di formulare una generale distinzione tra "atto" e "contenuto" (riassuntivo), escludendo sempre e comunque il riversamento del primo. Così, ancora, si potrebbe vietare disciplinarmente la partecipazione al processo mediatico di magistrati e avvocati impegnati nella celebrazione di quello reale. Anche se bisogna pur riconoscere che talvolta la partecipazione dell'avvocato è resa necessaria al fine di poter in qualche modo contrastare le torsioni colpevoliste di certi dibattiti, "approfondimenti" e spettacoli televisivi.

Sul fronte della responsabilità disciplinare del *giornalista*, il primo interrogativo da porsi in prospettiva di riforma è perché l'attuale sistema non funziona. Per la verità i precetti non mancano. In linea molto generale si può ipotizzare che il sistema debba essere strutturalmente modificato, avvicinandone la fisionomia a quella delle autorità indipendenti, sotto il duplice profilo dell'*organo competente* e delle *sanzioni irrogabili*. Quanto all'organo competente, occorrerebbe forse garantirne una composizione meno "domestica" prevedendo una larga componente espressiva non già della categoria bensì della collettività e delle professioni giudiziaria e forense. Quanto alle sanzioni, si potrebbe pensare a sanzioni di contenuto più marcatamente "reputazionale", implicanti la pubblicazione evidenziata in sedi e modalità analoghe a quelle di diffusione dell'informazione illecita.

15. Responsabilità degli enti.

I reati esistenti, e quelli eventualmente futuri, in materia di informazione giudiziaria illecita vengono solitamente realizzati nel più ampio quadro dell'attività svolta da *imprese editoriali o radiotelesive*. Si può dunque porre del tutto legittimamente il problema dell'eventuale estensione ad esse della **responsabilità degli enti** di cui al d.lgs. 231/2001. E il discorso deve essere al riguardo articolato su due profili distinti.

Da un punto di vista tecnico-sistematico, *non sono ravvisabili ostacoli* insormontabili all'ipotesi di prevedere la responsabilità degli enti anche da reati realizzati nell'esercizio della informazione giudiziaria. È infatti possibile sia configurare il necessario nesso del reato con l'ente nei termini del "vantaggio" e "interesse" di cui all'art. 5 d.lgs. 231/2001, sia individuare nella persona fisica del giornalista la qualità soggettiva di soggetto apicale o dipendente in relazione alle diverse qualifiche che egli può in concreto assumere, di direttore, vice direttore, redattore, ecc. Anche per quanto riguarda il delicato *profilo sanzionatorio*, sarebbe senz'altro possibile effettuare gli adattamenti necessari per adeguare la risposta sanzionatoria alle peculiarità anche costituzionali dell'attività svolta dagli enti in questione: eliminare la possibilità di irrogare sanzioni a carattere interdittivo e modulare la pena pecuniaria combinandola con una nuova sanzione "reputazionale" della pubblicazione della sentenza, al fine di evitare che possano aversi ricadute negative sulla libertà di stampa.

Da un punto di vista politico e di opportunità generale, vengono in considerazione i *modelli organizzativi* di cui dovrebbe munirsi l'impresa editoriale o radiotelesiva per prevenire la commissione dei reati legati all'informazione giudiziaria. Ora, non c'è dubbio che tali imprese sono già dotate di modelli organizzativi per la prevenzione delle varie tipologie di reati il cui rischio di realizzazione insiste anche sull'attività d'impresa editoriale. Ma le regole mirate specificamente alla prevenzione dei reati d'informazione giudiziaria non potrebbero che essere concepite in relazione ai contenuti dell'informazione illecita e con funzione ovviamente prevenzionistica e cautelare. Si realizzerebbe fatalmente una rete entro la quale il giornalista si dovrebbe muovere col rischio di incappare in *responsabilità disciplinare* per la violazione, non già delle fattispecie di illecita pubblicazione, bensì *già delle regole cautelari interne* all'organizzazione aziendale. Nei fatti si realizzerebbe una sorta di anticipazione della tutela così penetrante da porre *seri dubbi di compatibilità* con l'esercizio individuale della libertà d'informazione.

16. Rimedi compensativi.

Con specifico riferimento, infine, al *processo mediatico* e ai pregiudizi subiti dall'imputato, che si vede costretto a patire il danno dell'esposizione mediatica in aggiunta a quello del processo reale, si potrebbe ipotizzare l'allestimento di **rimedi di natura riparatoria-compensativa**. Si tratterebbe di percorrere una strada già nota al nostro ordinamento e inquadrabile altresì negli obblighi di tutela dei diritti individuali derivanti dalla Cedu: così come esistono forme compensative per l'ingiusta detenzione o per l'irragionevole durata del processo, anche l'esposizione al processo mediatico potrebbe inserirsi nel capitolo dei rimedi giuridici per i *danni recati da attività lecite*, trovando un solido fondamento costituzionale nell'esigenza di salvaguardare diritti fondamentali, il cui sacrificio potrebbe costituire, *nei fatti*, il prezzo per assicurare il bene sociale e istituzionale realizzato dall'informazione giudiziaria. Il che potrebbe giustificare altresì l'assunzione da parte dello Stato dei relativi oneri.

Fondamentale al riguardo risulta la distinzione tra rimedi a favore dell'imputato *condannato* ovvero a favore dell'imputato *prosciolto*. Rispetto al primo, il rimedio potrebbe operare già sul piano della *commisurazione della pena* in concreto, in nome di un sostanziale principio di *ne bis in idem* che vorrebbe escluso il cumulo della pena giuridica con una sorta di pena "mediatica": su questa linea già la disposizione sulle attenuanti generiche potrebbe costituire uno strumento relativamente adeguato alla luce di un'interpretazione evolutiva costituzionalmente orientata. Rispetto all'imputato prosciolto, invece, i rimedi non potrebbero che consistere o in *obblighi di integrazione/rettifica informativa*, che il giudice imporrebbe ai media, a cominciare da quello di pubblicazione della sentenza, oppure in strumenti di tipo *risarcitorio o indennitario* a carico dello Stato. Considerata la difficoltà dell'accertamento di responsabilità in capo agli organi giudiziari, la soluzione più efficace sarebbe quella di optare per una speciale previsione di ristoro indennitario attraverso fondi dello Stato, magari alimentati da qualche forma di assicurazione obbligatoria.

L'opzione a favore dei rimedi compensativi realizza un punto di equilibrio tra il diritto d'informazione giudiziaria, che non viene compresso mediante limitazioni preventive di carattere punitivo, e la costellazione dei diritti individuali, le cui offese recate dal processo mediatico sono tanto refrattarie alla tipizzazione quanto difficili da negare.

17. Conclusione.

Conclusivamente sembra di poter affermare che una revisione dell'attuale assetto di disciplina dell'informazione giudiziaria, laddove fosse ritenuta necessaria, andrebbe comunque incontro ad una sorta di *antinomia*. In effetti, nell'area in cui essa appare tecnicamente più praticabile, e cioè sul versante del segreto investigativo e delle esigenze di tutela ad esso sottese, la vigente disciplina normativa appare nel complesso abbastanza soddisfacente, soprattutto nelle sue scelte di fondo. Invece, nell'area in cui si lamentano oggi le più gravi tensioni dell'informazione giudiziaria con interessi privati che vanno dalla c.d. presunzione di innocenza alla riservatezza, sarebbero davvero grandi le difficoltà innanzitutto tecniche di allestimento di una disciplina più incisiva, specie punitiva, che non mettesse però a repentaglio la libertà d'informazione giudiziaria.

-
- 151** **La parabola ascendente dell'istruttoria in appello nell'esegesi "formante" delle Sezioni Unite**
Hervé Belluta e Luca Lupária
-
- 163** **La riforma dell'appello, tra malinteso garantismo e spinte deflative**
Massimo Ceresa-Gastaldo
-
- 173** **Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni**
Mitja Gialuz, Andrea Cabiale, Jacopo Della Torre
-
- 198** **Probabilité et procès pénal à l'époque de la preuve ADN**
Luca Lupária

La parabola ascendente dell'istruttoria in appello nell'esegesi "formante" delle Sezioni Unite*

The Ascending Parabola of the Renewal of the Trial Evidentiary Hearing and the Jurisprudence of the Joint Chambers of the Court of Cassation

HERVÉ BELLUTA* e LUCA LUPÁRIA**

* *Professore associato di Diritto processuale penale presso l'Università di Brescia*

** *Professore ordinario di Diritto processuale penale presso l'Università Roma Tre*

APPELLO, RINNOVAZIONE, CONDANNA,
RAGIONEVOLE DUBBIO, IMMEDIATEZZA

APPEAL, RENEWAL OF THE TRIAL EVIDENTIARY HEARING,
CONVICTION, REASONABLE DOUBT, IMMEDIACY

ABSTRACT

Le Sezioni Unite, con le famose sentenze Dasgupta e Patalano, disegnano le condizioni dell'*overturning* della condanna in proscioglimento, imponendo la rinnovazione istruttoria in appello. Sullo sfondo, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, peraltro meno esigente della nostra Corte di legittimità. All'orizzonte, la c.d. "Riforma Orlando", che di questa giurisprudenza si fa sostanziale veicolo legislativo.

The Joint Chambers, with the famous judgements Dasgupta and Patalano, require the renewal of the trial evidentiary hearing in appeal to overturn the acquittal in conviction. The case law of the European Court of Human Rights in on the background. The "Orlando Reform" of criminal justice is on the horizon, becoming the legislative translation of this innovative jurisprudence.

* Sebbene il contributo sia frutto della riflessione comune degli Autori, Hervé Belluta ha scritto i § 4-5-7-7.1-7.2; Luca Lupária ha scritto i § 1-2-3-6-8.

** Il lavoro è stato ultimato e pubblicato in anteprima sulla versione quotidiana di *Diritto penale contemporaneo* quando ancora il d.d.l. relativo alla c.d. riforma Orlando ancora non era stato approvato. Le disposizioni qui citate e discusse sono rimaste, tuttavia, inalterate nella legge 23 giugno 2017, n. 103, così come successivamente pubblicata in G.U.

SOMMARIO

Parte I: 1. Il caso. – 2. I dubbi della seconda Sezione. – 3. Le ragioni dei “resistenti” alla sentenza Dasgupta delle Sezioni unite. – 4. I valori in gioco: oralità/immediatezza o canone del ragionevole dubbio? – 5. La chiusura del cerchio: oltre Dasgupta, solo l'intervento legislativo? – Parte II: 6. La risposta delle Sezioni unite Patalano. – 7. Tutto risolto? – 7.1. Qualche riserva sull'appello come nuovo giudizio permanente... – 7.2. ...soprattutto quando occorra bilanciare oralità e protezione delle fonti vulnerabili. – 8. Prospettive?

PARTE I

1.

Il caso.

Dopo appena sei mesi dalla decisione con la quale le Sezioni unite – con la sentenza Dasgupta¹ – hanno stilato la *summa* dei principi e delle regole da onorare per la **formazione della prova in appello**, quando la sentenza impugnata sia di proscioglimento e il giudice intraveda la possibilità di condannare l'imputato, un nuovo – e correlato – dubbio agita la Corte.

Con l'ordinanza in esame, la seconda Sezione, abbracciando un **indirizzo minoritario** quanto radicato nella giurisprudenza di legittimità, rinvia al Supremo consesso una questione connessa al *decisum* Dasgupta, di tenore analogo ad uno dei tre principi di diritto colà formulati², ma di matrice differente, poiché derivante dalle incertezze che ancora aleggiano sul regime della rinnovazione istruttoria in appello a seguito di **giudizio abbreviato di prime cure**³.

Il caso, che bene si iscrive nel filone della consolidata giurisprudenza in materia della **Corte europea dei diritti umani**⁴, si segnala perché a fronte di una valutazione di inattendibilità delle dichiarazioni (*in actis*) della persona offesa da parte del giudice dell'udienza preliminare in funzione di giudice dell'abbreviato (non condizionato), con conseguente assoluzione, la Corte d'appello territoriale, senza procedere a rinnovazione istruttoria per ascoltare la fonte di prova, giunge ad una diagnosi opposta e, considerando attendibile quanto affermato dalla vittima davanti alla polizia giudiziaria (e congruenti i contenuti di due denunce dal medesimo depositate), condanna l'imputato.

¹ Si tratta, come noto, di Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, Dasgupta, in *Dir. pen. cont.*, 5 ottobre 2016, con commento di E. LORENZETTO, *Reformatio in peius in appello e processo equo (art. 6 CEDU): fisiologia e patologia secondo le Sezioni Unite*. Cfr. anche R. APRATI, *L'effettività della tutela dei diritti dell'uomo: Le Sezioni unite aggiungono un tassello*, in www.archiviopenale.it (n. 2/2016, Rivista Web); S. TESORIERO, *Luci ed ombre della rinnovazione dell'istruttoria in appello per il presunto innocente*, in *Giust. pen.*, 2017 (2), III, p. 79 s.

² In realtà l'ordinanza di rimessione (Cass., Sez. II, 26 ottobre 2015, n. 2451, in *Dir. pen. cont.*, 15 febbraio 2016, con nota di E. LORENZETTO, *Reformatio in peius in appello in violazione del diritto all'equo processo (art. 6 CEDU): alle Sezioni unite stabilire se la questione sia rilevabile d'ufficio*) chiedeva alle Sezioni unite soltanto «se sia rilevabile d'ufficio la questione relativa alla violazione dell'art. 6 C.e.d.u. per avere il giudice d'appello riformato la sentenza di primo grado sulla base di una diversa valutazione di attendibilità di testimoni di cui non si procede a nuova escussione». In risposta, le Sezioni unite hanno stilato, come noto, ben tre principi di diritto, sinteticamente riguardanti: a) il valore di parametri esegutici da riconoscere ai precetti della Convenzione europea dei diritti umani, come interpretati dalla Corte di Strasburgo; b) l'obbligo del giudice d'appello, per ribaltare il proscioglimento in condanna, di rinnovare, anche d'ufficio, l'esame delle fonti di prova dichiarative ritenute decisive in primo grado; c) la configurazione della prima condanna in appello, in assenza di rinnovazione istruttoria, quale vizio di motivazione censurabile di fronte alla Corte di legittimità, in ragione del mancato rispetto del canone decisorio del superamento di ogni dubbio ragionevole, indipendentemente dal richiamo alla violazione della Convenzione europea.

³ Ordinanza 28.10.2016, n. 2874. In argomento, da ultimo, L. PACIFICI, *L'integrazione dell'istruttoria dibattimentale nel giudizio abbreviato d'appello*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 4274 s.

⁴ La quale, come noto, è ormai da tempo giunta ad affermare che «qualora un giudice d'appello sia chiamato ad esaminare un caso in relazione ai fatti di causa e alla legge, e a fare una valutazione completa della questione relativa alla colpevolezza o all'innocenza del ricorrente, non può, per una questione di giusto processo, adeguatamente stabilire questi problemi senza una valutazione diretta delle prove» (così già Corte e.d.u., 24 novembre 1986, Unterpertinger c. Austria; 7 luglio 1989, Bricmont c. Belgio. Più di recente, cfr. tra altre Corte e.d.u., 18 maggio 2004, Destrehem c. Francia; 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia; 5 marzo 2013, Manolachi c. Romania; 4 giugno 2013, Hanu c. Romania; 4 giugno 2013, Kostecki c. Polonia; 15 settembre 2015, Moinescu c. Romania). Riassuntivamente, in argomento, H. BELLUTA, *Sub art. 603*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Conso-G. Illuminati, Cedam, 2015, p. 2669 s. Tra i commenti alla sentenza Dan c. Moldavia, v. A. CAPONE, *Dopo Dan c. Moldavia. Per un processo di parti nell'appello penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1007 s.

2.

I dubbi della seconda Sezione.

Attraverso un percorso espositivo che ripercorre in larga parte – ora facendole proprie, ora no – le argomentazioni della sentenza Dasgupta, la seconda Sezione non dubita del fatto che la rinnovazione istruttoria in secondo grado – stante un proscioglimento in prime cure – debba configurarsi come **regola** a fronte di una possibile diversa valutazione delle fonti orali ritenute decisive e di un differente epilogo decisionale, *in peius*; non ne discute nemmeno l'origine esegetica, ancorata alla più recente e consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁵. Né revoca in dubbio che la mancata rinnovazione istruttoria configuri, una volta che l'imputato sia stato condannato *ex actis*, dopo essere stato prosciolto in primo grado, un **vizio di motivazione** della sentenza d'appello, censurabile in cassazione ai sensi dell'art. 606 lett. e) c.p.p.⁶.

Qualche riserva esprime, invece, in ordine all'evoluzione motivazionale seguita dalle Sezioni unite per avallare il proprio orientamento: la critica si concentra in particolare sulla "genericità" del richiamo allo **statuto cognitivo del nostro modello processuale**, che gravita intorno «ai principi fondamentali della oralità della prova» e della «immediatezza nella sua formazione».

Se così fosse, allora anche in appello si dovrebbero rispettare «le scadenze di acquisizione in forma orale delle prove elaborate in primo grado». L'**immediatezza**, che lega indissolubilmente il giudice alla prova, diverrebbe dunque «il presupposto tendenzialmente indefettibile di una valutazione logica, razionale e completa»; l'unica, in effetti, in grado di soddisfare appieno l'alto *standard* valutativo imposto dalla derivazione codicistica della **presunzione di innocenza**, cioè il superamento di **ogni ragionevole dubbio**⁷. A maggior ragione se la devoluzione cognitiva e decisoria al secondo giudice è tale – in forza di un appello del pubblico ministero avverso il proscioglimento di primo grado – da poter condurre ad una **riforma in peius della decisione**: in tale ipotesi, non potrebbe darsi reale **motivazione** in assenza di immediatezza nella percezione dei contributi probatori forniti dalle fonti orali.

Approdi, quelli appena visti, inattaccabili in sé, ma discutibili quando se ne voglia estendere l'operatività anche a moduli procedurali che istituzionalmente rinunciano all'immediatezza: nella fattispecie, il **giudizio abbreviato**.

Secondo il giudice rimettente, non è così pacifico che il generale obbligo di rinnovazione istruttoria, delineato dalle Sezioni unite con principale riguardo all'appello seguente a giudizio dibattimentale, debba trovare spazio anche a fronte dell'impugnazione dell'accusa avverso una sentenza assolutoria d'abbreviato, «ove questa sia basata sulla valutazione di prove dichiarative ritenute decisive dal primo giudice e il cui valore sia stato posto in discussione» dal pubblico ministero appellante. Soprattutto, si dubita che sul secondo giudice gravi l'**obbligo di rinnovare** la prova indipendentemente dal fatto che gli apporti cognitivi in primo grado fossero derivati solo da atti d'indagine o da integrazioni probatorie a norma degli artt. 438 comma 5 o 441 comma 5 c.p.p.

Non convince la seconda Sezione, poi, il ragionamento che fa perno sul **criterio del dubbio ragionevole**: se davvero si trattasse di un «**principio generalissimo**», al cui centro campeggia il canone imprescindibile dell'immediatezza, non solo non potrebbe darsi condanna in

⁵ Sulla quale la dottrina si è molto concentrata negli ultimi anni. Tra molti, cfr. E. RUBIOLA, *Rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in grado di appello: prove assunte su richiesta di parte o d'ufficio dal giudice*, in *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, a cura di M. Bargis, Giuffrè, 2013, p. 223 s.; S. TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della Cedu*, in *Questa Rivista – Riv. trim.*, n. 3-4/2014, p. 239 s. V. anche V. PICCONE, *Riforma della sentenza assolutoria di primo grado e violazione dell'art. 6 CEDU nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, relazione n. 29 del 2013 a cura dell'Ufficio del massimario della Corte di cassazione.

⁶ In ordine a questo principio di diritto, formulato dalle Sezioni unite Dasgupta v., criticamente, V. AIUTI, *Poteri d'ufficio della Cassazione e diritto all'equo processo*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3214 s.

⁷ Sulla cui elaborazione pretoria si sofferma, di recente, J. DELLA TORRE, *Il lungo cammino della giurisprudenza italiana sull'"oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Dir. pen. cont.*, 20 giugno 2014.

riforma che non affondi le radici nell'assunzione diretta delle fonti decisive di prova⁸, ma si delegittimerebbe ogni condanna non fondata sull'immediatezza.

Al contrario, ricalcando un **precedente** recentissimo della terza Sezione⁹, che già si pone **in linea di discontinuità** rispetto alla **sentenza Dasgupta**, il giudice rimettente ne ribadisce le preoccupazioni, derivanti dall'impiego del canone del ragionevole dubbio (impregnato di immediatezza) come grimaldello capace di scardinare la stessa legittimità costituzionale dei riti alternativi a prova contratta, nei quali – abbreviato *in primis* – il dubbio ragionevole viene superato (in caso di condanna) grazie ad un accertamento che può essere anche del tutto cartolare.

La riconosciuta compatibilità costituzionale del giudizio abbreviato, invece, ne fa un modulo rituale perfettamente consono ai canoni del giusto processo: non certo rispetto alla regola del contraddittorio nella formazione della prova, bensì all'eccezione del **consenso dell'imputato**¹⁰. Ne deriva, a giudizio della Sezione rimettente, che la rinuncia – compensata da indubbi effetti premiali¹¹ – a talune garanzie, da un lato, non compromette l'esigenza che il processo subito dall'imputato sia comunque giusto e, dall'altro, non impone al giudice dell'appello di adottare modalità acquisitive della prova dichiarativa «che la scelta abdicativa dell'interessato ha espunto dal processo».

In breve, la tesi della seconda Sezione si riassume nell'affermazione secondo cui «l'irrevocabile natura cartolare del rito abbreviato non impone», anche se certamente la rende possibile, «l'acquisizione in appello della prova dichiarativa, decisiva per la condanna, con le modalità previste per il rito ordinario»¹². In senso parzialmente non coincidente, invece, le Sezioni unite Dasgupta – sebbene in un passaggio satellitare rispetto al *core* del proprio ragionamento – hanno assunto che **l'obbligo di rinnovazione grava comunque sul giudice di secondo grado** che, a fronte di un proscioglimento, si orienti diversamente.

La rimessione alle Sezioni unite rileva ai fini della risposta che la seconda Sezione deve fornire al quesito rivoltole (al vizio denunciato) con il ricorso: la difesa dell'imputato, infatti, rileva un **difetto di motivazione** nella sentenza di condanna di secondo grado, con la quale la Corte di appello di Roma ha ribaltato, senza istruzione probatoria alcuna, il proscioglimento emesso, in prime cure, dal giudice dell'udienza preliminare in funzione di organo del giudizio abbreviato, che pure aveva deciso in assenza di contributi cognitivi orali, sulla semplice base delle indagini in atti.

Ecco dunque il **quesito**: se «nel caso d'impugnazione del pubblico ministero contro una pronuncia di assoluzione emessa nell'ambito di un giudizio abbreviato non condizionato, ove questa sia basata sulla valutazione di prove dichiarative ritenute decisive dal primo giudice e il cui valore sia posto in discussione dall'organo dell'accusa impugnante, il giudice di appello debba porre in essere i poteri d'integrazione probatoria e procedere all'assunzione diretta dei dichiaranti per ritenere raggiunta la prova della colpevolezza dell'imputato, in riforma della sentenza appellata».

⁸ Approdo interpretativo con il quale le Sezioni unite Dasgupta assorbono, superandola, la diatriba che ha diviso due posizioni antagoniste della giurisprudenza di legittimità: l'una favorevole alla rinnovazione solo in caso di necessità della verifica sull'attendibilità intrinseca della fonte testimoniale di prova (Cass., 6 ottobre 2015, n. 47722, Arcone, in *C.e.d.* n. 265879; Cass., 26 febbraio 2013, C.M. e M.G., in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 191, con nota di V. COMI; Cass., 10 ottobre 2012, Andrini, in *C.e.d.* n. 254024). In argomento, in chiave critica, v. S. TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello*, cit., p. 249 s.; l'altra, invece, propensa a ritenere non necessaria la rinnovazione – al cospetto dei dettami della giurisprudenza europea – in caso di rivalutazione di una testimonianza alla luce degli altri elementi di prova assunti in primo grado (Cass., 16 ottobre 2013, Caracciolo e altro, in *C.e.d.* n. 258945; Cass., 11 gennaio 2013, Cava e altro, in *C.e.d.* n. 255223; Cass., 6 dicembre 2012, Bifulco, in *C.e.d.* n. 254950). Su questa seconda scia si colloca anche quella giurisprudenza che ritiene rispettato il principio del dubbio ragionevole qualora il secondo giudice, senza riassumere le fonti orali, condanni attraverso una diversa valutazione di merito sul medesimo compendio probatorio, sottolineando travisamenti in cui sarebbe incorso il primo giudice nel prosciogliere, o dando peso ad elementi in quella sede trascurati (Cass., 9 aprile 2015, Maricosu, in *C.e.d.* n. 263763).

⁹ Così Cass., 12 luglio 2016, n. 43242, inedita, il cui principale approdo esegetico consiste nel concludere che «nel rito abbreviato non condizionato la condanna di secondo grado che riforma l'assoluzione pronunciata nel primo non ha come presupposto l'obbligo di rinnovazione istruttoria».

¹⁰ Sul punto v., in particolare, V. PATANÈ, *Giudizio abbreviato e consenso: una problematica compatibilità costituzionale?*, in *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza*, a cura di G. Di Chiara, Giappichelli, 2009, p. 81 s.

¹¹ Per un esame dei quali si rinvia a F. ZACCHÈ, *Il giudizio abbreviato*, Giuffrè, 2004, p. 167 s. Anche la Corte europea dei diritti umani si è soffermata sul tema, rimarcandone la vocazione di favore per l'imputato che rinuncia a talune garanzie processuali (tra altre, Corte e.d.u., 8 dicembre 2015, Podoleanu c. Italia).

¹² Non è peraltro revocabile in dubbio la possibilità di rinnovare la prova in appello, anche a seguito di giudizio abbreviato non condizionato, purché su iniziativa d'ufficio del giudice (cfr. R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso-V. Grevi-M. Bargis, VIII ed., Cedam, 2016, p. 642, secondo il quale se l'imputato ha «rinunciato integralmente al diritto alla prova, non può pretendere che tale diritto risorga nel giudizio di appello. Reciprocamente, nemmeno il pubblico ministero appellante sarebbe qui titolare di un diritto alla prova contraria»).

3.

Le ragioni dei “resistenti” alla sentenza Dasgupta delle Sezioni unite.

Sebbene le Sezioni unite Dasgupta indichino un solo precedente difforme dalla soluzione abbracciata, nel quale la rinnovazione istruttoria in caso di ribaltamento *post*-abbreviato è stata interpretata come potere, ma non come dovere, del giudice dell'appello¹³, la **frangia dei “resistenti”** appare ben più nutrita e trasversale.

In effetti, sono molte le pronunce, elencate dalla seconda Sezione, che concludono in tal senso; precedenti e successive alle Sezioni unite Dasgupta. Secondo questo orientamento, posto che nulla impedisce al giudice d'abbreviato di secondo grado (anche indipendentemente dalle richieste delle parti) di far uso dei propri **poteri istruttori d'ufficio** per rinnovare la prova, è altresì pacifico che il ricorso alla rinnovazione, al fine di ascoltare i testimoni che in prime cure sono risultati non attendibili, rappresenti **un potere e non un dovere**¹⁴.

Rectius: l'unico caso in cui il giudice d'appello sarebbe tenuto a rinnovare la prova, nel rispetto delle cadenze tipiche della formazione orale ed immediata, sarebbe quello in cui anche **il giudice di primo grado abbia assistito alla formazione orale dei contributi probatori**. Al contrario, allorché l'imputato abbia deciso di accedere al rito **abbreviato non condizionato**, rinunciando alle garanzie dell'oralità e del contraddittorio, l'abdicazione sarebbe totale e definitiva, operando anche in seconde cure. Insomma, una nuova assunzione probatoria funzionale a saggiare l'attendibilità di una fonte personale di prova si imporrebbe, anche secondo la logica delle pronunce della Corte di Strasburgo, solo allorché, stante il proscioglimento in primo grado, emesso per ritenuta inattendibilità delle dichiarazioni accusatorie assunte oralmente, ci si orienti altrimenti in appello proprio in virtù di quelle medesime fonti di prova, le quali non possono che essere riassunte oralmente.

Il rapporto tra **oralità** e **cartolarità** potrebbe rivelarsi patologico, a valle dei traguardi esegetici raggiunti dalla Corte dei diritti umani, secondo l'uso che ne fa questo indirizzo di legittimità, in duplice direzione: sia che la cartolarità (in appello) segua all'oralità (in primo grado), sia che l'oralità (in appello) segua alla cartolarità (in primo grado).

Nella prima eventualità, per un palese difetto di corrispondenza (questo sì, rilevato dalla Corte europea) che condurrebbe ad un ribaltamento decisionale *in peius* senza riedizione delle garanzie cognitive, legate al metodo probatorio orale, che sole possono sciogliere il dubbio sull'attendibilità dell'accusatore. Nella seconda, perché “salterebbe” il parallelismo tra **statuti epistemologici di prime e di seconde cure**: l'oralità, già oggetto di rinuncia da parte dell'imputato che abbia chiesto di essere giudicato allo stato degli atti (art. 438 comma 1 c.p.p.), sarebbe allora un valore aggiunto che non si può imporre verticalmente, al secondo giudice (il quale, al massimo, *potrà* farvi ricorso, rinnovando la prova). Del resto, conclude la seconda Sezione, «l'accertamento cartolare non è incompatibile con il superamento del ragionevole dubbio», così come la **condanna senza oralità** fa parte delle variabili del nostro processo penale, imponendosi come risultato decisivo comunque idoneo a superare la presunzione di innocenza.

4.

I valori in gioco: oralità/immediatezza o canone del ragionevole dubbio?

Giacché pare proprio che la seconda Sezione si rivolga alle Sezioni unite per ottenere un chiarimento in ordine al diametro operativo delle conclusioni raggiunte nella sentenza Dasgupta, e alla generale applicabilità dei suoi approdi, sembra utile raffrontarne i rispettivi “argomenti forti”.

L'ordinanza di rimessione, che ci occupa, fa perno sul **parallelismo tra primo e secondo grado di giudizio**, in chiave di presenza/assenza dell'oralità/immediatezza nella formazione della prova. Per rispettare tale equazione, non si dà prova orale in seconde cure che non si sia già data in prime cure: sarebbe di troppo, in sostanza, esigere un episodio istruttoria orale in

¹³ In tal senso, Cass., 23 maggio 2014, De Silva, in *C.e.d.* n. 260147.

¹⁴ Su questa linea interpretativa, tra altre, Cass., 12 giugno 2014, in *C.e.d.* n. 260442; Cass., 15 luglio 2014, in *C.e.d.* n. 261851; Cass., 23 giugno 2015, in *C.e.d.* n. 264793; Cass., 6 ottobre 2015, in *C.e.d.* n. 265589 (tutte richiamate dall'ordinanza di rimessione in commento).

appello quando il giudizio abbreviato abbia prosciolto l'imputato *ex actis*. Come tale, non lo si può imporre al secondo giudice che intenda rivalutare la credibilità di un apporto testimoniale, sebbene decisivo: basta una valutazione anch'essa *ex actis*, a meno che il giudice, usando il proprio potere istruttorio, decida di procedere a rinnovare oralmente. **Non un dovere**, allora, ma **un valore aggiunto**, peraltro non indispensabile: d'altra parte, perché imporre uno *standard* probatorio più elevato in appello che in primo grado?

Dal canto suo, la sentenza Dasgupta sembra ragionare diversamente: lungi dal riavvolgere il filo metodologico che lega primo e secondo grado, fa perno sul **concetto di dubbio ragionevole**, come soglia sopra la quale il giudice può condannare, e sotto la quale deve prosciogliere. Il dubbio, non superato (evidentemente) nel giudizio che si è chiuso con una pronuncia liberatoria, si para davanti al giudice dell'appello con una consistenza decisamente rafforzata: **la pronuncia di proscioglimento rappresenta un precedente fondamentale** che incide sulla reale portata della regola di giudizio che presidia la condanna, innalzando ulteriormente lo *standard* qualitativo della decisione. Del resto, pare sin troppo facile preconizzare che, nei casi in esame, il dubbio attiene proprio alla coerenza del proscioglimento; per ribaltare tale esito, allora, superamento del dubbio significa **certezza della condanna** (non diversamente, peraltro, da quanto deve avvenire in primo grado). In più, però, la certezza della condanna, per la prima volta in appello, presuppone la **rinnovazione istruttoria**, anche d'ufficio, almeno quando proprio intorno alla prova testimoniale, ritenuta in prime cure decisiva, e alla sua attendibilità si consuma l'alternativa insita nell'attività di giudizio¹⁵.

Solo a questo punto, le Sezioni unite Dasgupta inseriscono l'argomento del **metodo probatorio**: per cambiare l'epilogo decisivo *in peius* si impone l'assunzione orale della prova, pena un **vizio di motivazione censurabile tramite ricorso di legittimità**. E tanto vale anche nel caso in cui il primo grado di giudizio abbia seguito le cadenze del **rito abbreviato, con o senza integrazione probatoria**.

Sembra chiaro, a questo punto, che le ragioni che sostengono – rispettivamente nell'ottica delle Sezioni unite e della seconda Sezione rimettente – l'opzione a favore del **metodo orale in appello**, con il suo fondamentale portato di **immediatezza**, sono differenti.

La seconda Sezione, nell'ordinanza di rimessione, si concentra su una rigida **dosimetria di metodi probatori**: stante l'oralità in primo grado, un eventuale ribaltamento decisivo in secondo grado si legittima solo in base ad un nuovo episodio istruttorio orale (traguardo indicato anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani), e viceversa (traguardo proprio dell'indirizzo accolto dalla seconda Sezione).

Le Sezioni unite Dasgupta, invece, attribuiscono all'appello una **caratteristica strutturale-funzionale**: quando si profili la possibilità di rivalutare *in peius* il proscioglimento, **non si può fare a meno dell'oralità** nella riassunzione delle prove rivelatesi decisive per prosciogliere. L'architrave di tale edificio, tuttavia, non è rappresentato – come nella logica dei “resistenti” – dall'oralità stessa, bensì dal ragionevole dubbio, rispetto al quale l'oralità assume funzione servente.

Il **ragionevole dubbio** assume, allora, veste di «**criterio generalissimo**», cruna attraverso la quale passare ogni qual volta si debba decidere. Altrettanto non vale per l'oralità/immediatezza, della quale il sistema può variamente fare a meno.

Pertanto, puntare sull'oralità significa essere disposti a rinunciarvi quando essa manchi in prime cure: è il caso del rito abbreviato, ma anche del dibattimento “a prova concordata”¹⁶. Al contrario, puntare sul ragionevole dubbio, come asse portante del convincimento, significa assegnare *sempre* alla giurisdizione una caratura alta quanto il bisogno di certezza: linea sotto la quale occorre comunque prosciogliere. Al di là del *casus belli*, non v'è chi non veda come l'oralità/immediatezza sia un metodo; il convincimento oltre ogni ragionevole dubbio, uno scopo.

Perché non funziona il ragionamento che gravita intorno al parallelismo tra metodi istruttori adottabili in prime e in seconde cure?

¹⁵ Un approdo interpretativo già sostenuto, per esempio, da G. LOZZI, *Reformatio in peius del giudice di appello e cognitio facti ex actis della Corte di cassazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, p. 620 s. (a monte del dibattito che avrebbe portato alla riforma delle impugnazioni eseguita attraverso la legge 20 febbraio 2006, n. 46), secondo il quale a fronte di una possibile «diversa valutazione del contraddittorio nel momento di formazione della prova» si imporrebbe «una rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale avanti al giudice dell'appello», al precipuo fine di un compiuto rispetto dei canoni del giusto processo costituzionale (e convenzionale).

¹⁶ Prospettiva ampiamente – quanto criticamente – arata dalla dottrina, ma pacificamente percorsa dalla giurisprudenza. In tema, volendo, H. BELLUTA, *Contraddittorio e consenso: metodi alternativi per la formazione della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 126 s. A livello monografico cfr. R. DEL COCO, *Disponibilità della prova penale e accordi tra le parti*, Giuffrè, 2004, *passim*; M.L. DI BITONTO, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Giappichelli, 2004, p. 151 s.

Non tanto perché in primo grado l'imputato possa rinunciare al contraddittorio e all'oralità, legittimando l'impiego probatorio delle indagini preliminari; tale circostanza non ha necessariamente riflessi in seconde cure, dove, anzi, secondo la vecchia logica delle **garanzie verticali**, sarebbe quanto mai opportuno un recupero di oralità a fronte di una prima decisione radicata su un compendio probatorio cartolare¹⁷.

Non funziona – pare persino superfluo rimarcarlo – perché tra primo e secondo grado si posiziona una **sentenza di proscioglimento**. Pertanto, qualora nel giudice dell'appello sorgano dubbi sul fatto che il proscioglimento sia la **giusta decisione**, egli si trova in una condizione differente rispetto al primo giudice che dubiti della fondatezza dell'accusa. È il rispetto per la decisione liberatoria che impone di riassumere le prove decisive, le quali meritano il metodo orale e immediato perché di esso si nutre il convincimento di quell'organo giudicante che debba persuadersi di qualcosa di cui non si è convinto il giudice che lo ha preceduto nell'attività di giudizio. In diversi termini, il ribaltamento della pronuncia assolutoria operata sulla scorta di una identica valutazione cartolare del costrutto probatorio già a disposizione del giudice di prime cure rischia di contenere in sé un implicito dubbio ragionevole: quello determinato dalla avvenuta adozione di decisioni contrastanti a geometria probatoria invariata.

L'appello connotato da rinnovazione istruttoria va allora inteso come un **nuovo giudizio**: quando abbia ad oggetto una sentenza di proscioglimento, il dubbio sull'innocenza dell'imputato può essere superato solo impiegando il metodo migliore per la formazione della prova. Ma qui l'oralità non è un diritto soggettivo dell'imputato (come nel caso del *right to confrontation*), il quale verosimilmente non avrà nemmeno potuto (o voluto) proporre appello avverso una decisione liberatoria¹⁸. L'oralità diviene invece il tratto qualificante della giurisdizione intesa come sistema strumentale alla decisione, la quale si basa oggi sul superamento di ogni dubbio ragionevole.

5. La chiusura del cerchio: oltre Dasgupta, solo l'intervento legislativo?

Aver ripercorso, pur scomponendole, le tappe logiche che le Sezioni unite hanno seguito nella sentenza Dasgupta può ora rivelarsi doppiamente utile.

In un primo senso, la compattezza del ragionamento del Supremo Collegio non sembra lasciare molti spazi, proprio per i valori sui quali si è fatto leva, a qualche *revirement* in tema di rinnovazione in appello a seguito di giudizio abbreviato non condizionato.

In secondo luogo, la costante opera esegetica della Corte di cassazione in ordine alla configurazione del rapporto tra proscioglimento e rinnovazione è uno dei molti indici che segnalano la crescente urgenza di un ripensamento più ampio e meditato sul giudizio d'appello, che soprattutto ne coinvolga la vocazione funzionale.

L'ospite indesiderato la cui presenza si percepisce dietro le quinte di tanti arresti giurisprudenziali è il rischio della prima condanna in appello: eventualità di fronte alla quale l'imputato, già prosciolto, si trova sguarnito della possibilità di sottoporre a nuovo scrutinio di merito la prima condanna¹⁹.

A sistema processuale invariato, diventa un problema di etica della giurisdizione.

In questa luce, la prima condanna in appello non può che essere il frutto di un nuovo giudizio pieno, fondato sull'oralità/immediatezza, addirittura oltre il tracciato della sentenza Dasgupta, ad abbracciare ogni prova utile per decidere, non solo quella decisiva²⁰: la prova

¹⁷ Non è mai troppo tardi per ripercorrere le pagine di P. FERRUA, *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, Giuffrè, 1981, *passim*.

¹⁸ Paradigmatico proprio il caso di appello avverso sentenza liberatoria emessa al termine di giudizio abbreviato. Dopo la modifica dell'art. 443 c.p.p. ad opera dell'art. 2 della legge n. 46 del 2006, come interpretato dapprima da Corte cost., 20 luglio 2007, n. 320, mentre il pubblico ministero ha riacquisito la potestà di appellare avverso il proscioglimento, l'imputato detiene medesimo potere solo nel caso di sentenze di assoluzione per difetto di imputabilità, derivante da vizio totale di mente (Corte cost., 29 ottobre 2009, n. 274).

¹⁹ La dottrina riflette da tempo sulle soluzioni prospettabili al fine di ridurre tale eventualità. In particolare, cfr. P. FERRUA, *Garanzie del giusto processo e riforma costituzionale*, in *Critica dir.*, 1998, p. 164 s.; ID., *La sentenza costituzionale sull'inappellabilità del proscioglimento e il diritto al "riesame" dell'imputato*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 611 s.; R. ORLANDI, *Sono davvero troppi tre gradi di giurisdizione?*, in *principio accusatorio, impugnazioni, ragionevole durata del processo*, a cura di C. Nunziata, 2004 (suppl. al n. 29 di *Dir. e Giust.*), p. 141; G. SPANGHER, *Riformare il sistema delle impugnazioni?*, in *La ragionevole durata del processo. Garanzie ed efficienza della giustizia penale*, a cura di R.E. Kistoris, Giappichelli, 2005, p. 110. Più di recente v. ancora P. FERRUA, *Carenze ed eccessi di garanzia nel diritto di difesa dell'imputato*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 540.

²⁰ Una soluzione prospettata anche da M. DANIELE, *Norme procedurali convenzionali e margine di apprezzamento nazionale*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1702.

decisiva fonda il convincimento, ma le altre prove sorreggono la convinzione di aver vinto ogni dubbio ragionevole. Solo in questo modo si riduce la possibilità dell'errore – per molti versi fatale – sulla prima condanna in seconde cure.

In prospettiva, da ultimo, non resta che l'intervento legislativo²¹.

Attualmente è all'esame del Senato della Repubblica, come noto, un disegno di legge di origine governativa che intende, tra l'altro, inserire un comma 4-*bis* nell'art. 603 c.p.p. Ai sensi dell'art. 22 d.d.l. S.N. 2607, come modificato dalla Commissione giustizia della Camera²², il nuovo comma dovrebbe prevedere che in caso di «appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale». In sostanza, si ricalca analoga proposta già avanzata dalla Commissione ministeriale presieduta dall'attuale Primo Presidente della Corte di cassazione²³.

Al di là del merito del possibile innesto, in questa sede non può che derivarne un argomento che conferma la prognosi sull'esito del prossimo vaglio di legittimità a Sezioni unite: il ribaltamento decisivo – da proscioglimento a condanna – necessita della rinnovazione delle prove dichiarative, (in prospettiva siano esse) decisive o no, indipendentemente dal metodo istruttorio adottato in primo grado.

Infine, una proposta futuribile sul sistema: se davvero il rischio da contenere ha le sembianze della prima condanna in appello, occorre porre mano alla configurazione funzionale del secondo grado di giudizio. Tra le molteplici configurazioni possibili, l'unica in grado di evitare il rischio paventato è quella che assegna all'appello una funzione solo rescindente, di controllo sulla prima decisione²⁴.

A fronte del proscioglimento, allorché il secondo giudice riscontri l'opportunità di riassumere talune prove, dovrà rinviare al primo giudice per l'attività probatoria e il giudizio rescissorio. Qualora il nuovo “primo giudizio” si chiuda nuovamente con un proscioglimento, non dovrebbe restare altro che il ricorso per cassazione. Nell'ipotesi contraria, invece, potrebbero aprirsi le porte di un giudizio d'appello rescindente e rescissorio, cui farà seguito una eventuale fase di legittimità²⁵.

PARTE II

6.

La risposta delle Sezioni unite Patalano.

La risposta al quesito se, «nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento emessa all'esito del giudizio abbreviato per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa ritenuta decisiva, il giudice di appello che riforma la sentenza impugnata debba avere precedentemente assunto l'esame delle persone che hanno reso tali dichiarazioni», era intuitivamente positiva.

Alle odierne Sezioni unite è bastato riprendere il filo logico e i traguardi raggiunti nella precedente sentenza Dasgupta, per ribadire come sia la portata del «criterio “generalissimo” ispiratore della decisione del giudice penale»²⁶ ad imporre di rinnovare in appello la prova dichiarativa ritenuta in prime cure decisiva, «in vista di un ribaltamento del proscioglimento in condanna»²⁷. Anche nel caso di abbreviato di prime cure²⁸.

Del resto, deriva sempre dal canone decisivo della condanna che, «in mancanza di elementi sopravvenuti, l'eventuale rivisitazione in senso peggiorativo compiuta in appello sia sorretta

²¹ Per un'articolata proposta di “rilettura” dell'attuale disciplina del giudizio d'appello v. comunque A. CAPONE, *Dopo Dan c. Moldavia*, cit., p. 1015.

²² Lo commenta M. BARGIS, *I ritocchi alle modifiche in tema di impugnazioni nel testo del d.d.l. n. 2798 approvato dalla Camera dei Deputati*, in *Dir. pen. cont.*, 19 ottobre 2015, p. 6.

²³ La proposta, intitolata *Modifiche in tema di “Impugnazioni”*, può essere letta in *Dir. pen. cont.*

²⁴ Riassuntivamente, in argomento, H. BELLUTA, *Prospettive di riforma dell'appello penale: tra modifiche strutturali e microchirurgia normativa*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1059 s.; nonché in M. BARGIS-H. BELLUTA, *Impugnazioni penali. Assestamenti del sistema e prospettive di riforma*, Giappichelli, 2013, p. 250 s.

²⁵ Per un'organica proposta di riforma del giudizio d'appello v. M. BARGIS-H. BELLUTA, *Linee guida per una riforma dell'appello*, in M. BARGIS-H. BELLUTA, *Impugnazioni penali*, cit., p. 283 s.

²⁶ V. il § 3 del Considerato in diritto.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Così, difatti, Cass., Sez. Un., 28.4.2016, Dasgupta, § 8.4 del Considerato in diritto.

da argomenti dirimenti e tali da evidenziare oggettive carenze od insufficienze della decisione assolutoria²⁹. Al punto che, per riformare l'assoluzione, «non basta una diversa valutazione di pari plausibilità rispetto alla lettura del primo giudice», ma occorre una «forza persuasiva superiore»³⁰, tale da frantumare ogni dubbio ragionevole. E tale forza persuasiva non deriva, *ex se*, dalla pronuncia del giudice d'appello il quale, come hanno ben ricordato le Sezioni unite Dasgupta, non «ha di per sé (...) una "autorevolezza maggiore" di quello» di primo grado³¹. Al contrario, deriva dal metodo orale dell'accertamento, unica via in grado di qualificare la decisione in termini di «certezza della colpevolezza»³².

Contro qualsivoglia parallelismo di metodo (orale o no) tra primo e secondo grado, le Sezioni unite in esame ribadiscono che si deve identificare nella pronuncia di una **sentenza di proscioglimento** l'elemento che sospinge a «travalica(re) ogni pretesa di simmetria». Il ribaltamento puramente cartolare della pronuncia assolutoria, invece, porta con sé un **implicito dubbio ragionevole**, «determinato dall'avvenuta adozione di decisioni contrastanti»³³. Appare chiaro che un simile dubbio non possa essere sciolto semplicemente adottando una motivazione rafforzata: sarebbe un errore, difatti, confondere il piano della giustificazione razionale del convincimento con quello, ben diverso e logicamente precedente, della qualità metodologica degli elementi probatori, poi impiegati nel motivare.

Quanto alla sua configurazione funzionale, il Supremo Collegio individua **nell'appello avverso il proscioglimento un "nuovo" giudizio**³⁴, nel quale il dubbio sull'innocenza dell'imputato può essere superato solo esigendo massima qualità nel metodo istruttorio: un risultato, questo, che deriverebbe direttamente dalla «costituzionalizzazione del giusto processo»³⁵.

In rapporto ad un simile assetto, appare allora «recessiva (...) la circostanza che sia stata l'opzione dell'imputato verso il giudizio abbreviato a consentire il giudizio a suo carico allo stato degli atti»; in appello, deve comunque «prevalere l'esigenza di riassumere le prove decisive attraverso il metodo epistemologicamente più appagante, quello orale ed immediato»³⁶.

7.

Tutto risolto?

La soluzione oggi ribadita dalle Sezioni unite in ordine alla configurazione del rapporto tra proscioglimento e rinnovazione conferma la compattezza dell'opera esegetica intrapresa nell'ultimo anno dalla Corte di cassazione. Tuttavia, trattandosi di un tema di ampio respiro sistematico, rimane lo spazio per qualche riflessione sulla sostenibilità dell'assetto del secondo grado di giudizio che ne deriva.

7.1.

Qualche riserva sull'appello come nuovo giudizio permance...

In senso molto generale, riaffiora la sensazione che le Sezioni unite stiano tentando di contenere i casi di **prima condanna in appello**³⁷. Se così fosse, si dovrebbe accedere ad una

²⁹ Così il § 5 del Considerato in diritto.

³⁰ Ibidem.

³¹ Testualmente, Cass., Sez. Un., 28.4.16, Dasgupta, cit., § 8.1 del Considerato in diritto. L'argomento è anche ripreso dalla sentenza in commento, al § 7 del Considerato in diritto. Storicamente, tuttavia, taluno ha sostenuto questa tesi. Così, ad esempio, C.U. DEL POZZO, *L'appello nel processo penale*, Utet, 1957, p. 62, che paragonava il rapporto esistente tra giudice d'appello e giudice di primo grado al rapporto che intercorre tra esaminatore ed esaminando: l'ovvio prevalere del giudizio dell'esaminatore equivale alla maggiore forza che possiede il controllo critico del giudice superiore rispetto al giudice inferiore, dal momento che il giudizio sulle impugnazioni è un vero e proprio «giudizio su di un giudizio». Evidentemente, la maggiore autorità del secondo giudizio derivava dalla configurazione funzionale dell'appello, piuttosto che dall'autorevolezza dei giudici di seconde cure. Al contrario, se davvero i giudici d'appello avessero maggiore autorevolezza, basterebbe, «per risolvere ogni problema, affidare a questi giudici il compito di decidere le cause fin dal primo grado» (così, non senza una certa ironia, A. PIZZORUSSO, *Doppio grado di giurisdizione e principi costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 44).

³² Così il § 5 del Considerato in diritto.

³³ Cfr. il § 7 del Considerato in diritto.

³⁴ Cfr. il § 8 del Considerato in diritto.

³⁵ Ibidem.

³⁶ Così il § 7 del Considerato in diritto.

³⁷ Sull'argomento, cfr. P. FERRUA, *Garanzie del giusto processo e riforma costituzionale*, in *Critica dir.*, 1998, p. 164 s.; ID., *La sentenza costituzionale sull'inappellabilità del proscioglimento e il diritto al "riesame" dell'imputato*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 611 s.; ID., *Carenze ed eccessi di garanzia nel diritto di difesa dell'imputato*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 540; R. ORLANDI, *Sono davvero troppi tre gradi di giurisdizione?*, in *Principio accusatorio, impugnazioni, ragionevole durata del processo*, a cura di C. Nunziata, 2004 (suppl. al n. 29 di *Dir. e Giust.*), p. 141.

lettura estensiva dei risultati sinora raggiunti in via pretoria sulla scorta della consolidata giurisprudenza di Strasburgo. Nel momento in cui si convenga che la prima condanna in appello esige un nuovo giudizio, dotato di oralità e immediatezza, occorre riflettere sui possibili limiti che può incontrare tale forma di giudizio.

Anzitutto, la **decisività della prova** da riassumere. Il concetto, assai elastico, si presta fatalmente a più letture. Lo hanno ricordato anche le Sezioni unite Dasgupta, distinguendo la decisività rilevante ai sensi dell'art. 606 lett. d c.p.p. (prove negate) dalla decisività delle prove da riassumere in appello: quest'ultima, ancorata a prove assunte e valutate in prime cure, riguarderebbe le prove che «hanno determinato o anche solo contribuito a determinare un esito liberatorio» e che, «se espunte dal complesso del materiale» a disposizione del secondo giudice, «si rivelano potenzialmente idonee a incidere sull'esito del giudizio di appello»³⁸.

Sembra chiaro che questo genere di decisività si spinga ben oltre il perimetro tracciato dal *test* della *condicio sine qua non*: al di là della decisività, le prove al più sono utili. Tali si rivelano tutte le prove impiegate dal primo giudice per prosciogliere. Difatti, proseguono le Sezioni unite Dasgupta, vanno considerate «parimenti “decisive” quelle prove dichiarative che, ritenute di scarso o nullo valore probatorio dal primo giudice, siano, nella prospettiva dell'appellante, rilevanti, da sole o insieme ad altri elementi di prova, ai fini dell'esito di condanna».

Dalla **decisività alla rilevanza**, dunque: però, forse è meglio così, se è vero che la prova decisiva fonda il convincimento, ma le altre prove sorreggono la certezza di aver vinto ogni dubbio ragionevole. Certo, a fronte del proscioglimento, la gerarchia delle regole di ammissione della prova in appello, scandita dai commi 1 (non decidibilità allo stato degli atti) e 3 (assoluta necessità) dell'art. 603 c.p.p., è destinata a saltare, a favore di un'operatività generalizzata del criterio scritto al comma 2, che appunto riprende i filtri stabiliti per il primo grado. Il rischio di incorrere in un vizio di motivazione sospingerà il giudice d'appello a disporre la rinnovazione sempre e comunque, solo che l'appellante lo chieda o si profili un epilogo decisorio difforme, *in pejus*, rispetto al primo grado.

Dal canto suo, anche la costruzione del **vizio di motivazione** della sentenza di condanna in riforma (che non abbia beneficiato della rinnovazione istruttoria), pur presentandosi quale unico accorgimento capace di vincolare il giudice d'appello all'obbligo della rinnovazione istruttoria, rivela qualche piccola forzatura. Infatti, non è sempre detto che l'*overturning* in appello si presti alla critica in punto motivazione: il costruito logico-motivazionale della condanna potrebbe non rivelare mancanze, contraddittorietà o illogicità. Semmai, la mancanza riguarda il momento di riassunzione delle prove: sarebbe più una **carenza di contraddittorio** che un difetto di motivazione³⁹.

Resta poi nell'ombra il caso di rinnovazione avente ad oggetto **prove diverse da quelle dichiarative**. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, da cui è filtrata l'attuale posizione delle Sezioni unite della Corte di cassazione, afferma costantemente che quando «*an appellate court is called upon to examine a case as to the facts and the law and to make a full assessment of the question of the applicant's guilt or innocence, it cannot, as a matter of fair trial, properly determine those issues without a direct assessment of the evidence*»⁴⁰. Il principio generale viene per lo più declinato nel senso della necessità di riassumere le fonti di prova dichiarative, al fine di permettere ai giudici d'appello di saggiarne direttamente la *trustworthiness*, ma nulla esclude che la rinnovazione – strumentale al *fair trial* – possa investire anche prove non dichiarative, come una perizia, un esperimento giudiziale o una ricognizione. In effetti, ben potrebbe darsi che il giudice d'appello non ritenga affidabili le conclusioni raggiunte dal perito; in tal caso, l'ascolto diretto della fonte potrebbe non bastare (non trattandosi – di regola – di un problema di attendibilità intrinseca), divenendo necessario riaffidare ad altri l'incarico peritale.

D'altra parte, v'è da chiedersi se, a fronte dell'odierna posizione assunta dalla Corte di cassazione, sarebbe legittimo l'*overturning* in condanna fondato sulla diversa valutazione, *in pejus*, della relazione peritale. Verosimilmente no, se solo tale prova sia confluita nella valutazione del giudice di prime cure e poi sia stata rivalutata in appello.

³⁸ Così il § 10 del Considerato in diritto.

³⁹ In ogni caso, Cass., Sez. Un., 28.4.2016, Dasgupta, cit., § 11.1 del Considerato in diritto, scarta la possibilità di dolersi, di fronte al giudice di legittimità, della sentenza di condanna in riforma ai sensi dell'art. 606 lett. c c.p.p.

⁴⁰ Così, di recente, C. eur., 28 febbraio 2017, Manoli c. Moldavia, p. 5. Per un commento, v. H. BELLUTA, *Overturning the acquittal in appello e giusto processo: la Corte europea esige la rinnovazione della prova*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, p. 886 s.

7.2.

...soprattutto quando occorra bilanciare oralità e protezione delle fonti vulnerabili.

Irrisolta resta, infine, l'ipotesi in cui le fonti di prova non possano essere riascoltate, o sia preferibile non riascoltarle.

Quid allorché le **fonti dichiarative non siano più assumibili**, per morte, infermità o altra causa?

Sono ancora le Sezioni unite Dasgupta a far luce sul punto (pur con qualche ambiguità)⁴¹, dapprima affermando che «in tali casi non vi sono ragioni per ritenere consentito un ribaltamento del giudizio assolutorio *ex actis*»; poi affidando al giudice d'appello la verifica circa l'effettiva consistenza di tali presupposti. Se le cause impeditive sono reali ed effettive, «il giudice (è) legittimato a fondare il proprio convincimento sulle precedenti dichiarazioni»⁴². Insomma, se in appello vale il principio del contraddittorio nella formazione della prova (soprattutto quando il proscioglimento rischia di trasformarsi in condanna), trovano applicazione anche le relative eccezioni, elencate all'art. 111 comma 5 Cost.⁴³.

Appare più complesso, invece, il caso di **testimone "vulnerabile"**, soprattutto se vittima del reato⁴⁴. Anche qui le Sezioni unite Dasgupta ribadiscono «la preclusione di un ribaltamento *ex actis* del giudizio assolutorio», rimettendo però al giudice «la valutazione circa l'indefettibile necessità di sottoporre il soggetto debole, sia pure con le opportune cautele, a un ulteriore *stress* al fine di saggiare la fondatezza dell'impugnazione proposta avverso la sentenza assolutoria»⁴⁵.

In tal caso, il giudice è chiamato ad una *mise en balance* di interessi contrapposti, ma non ha strumenti precisi con cui operare, se non – da un lato – il criterio della non decidibilità allo stato degli atti per ammettere la riassunzione di fonti di prova già sentite in prime cure, e – dall'altro – il rischio di vedere censurata la propria decisione qualora non riassuma o non motivi adeguatamente il rifiuto di riassumere.

La via più corretta da seguire, allora, potrebbe essere quella di ripetere in appello le regole stabilite per il primo grado: a partire, naturalmente (ai sensi dell'art. 587 c.p.p.), dall'impiego delle varie modalità protette di audizione disponibili, per arrivare (quando il testimone sia vittima del reato) all'art. 190-*bis* comma 1-*bis* c.p.p., che ha esteso le limitazioni all'ammissione della prova, di cui al comma 1, a tutte le ipotesi nelle quali «l'esame testimoniale richiesto riguarda una persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità»⁴⁶.

Tra decidibilità allo stato degli atti, limiti alla riedizione di contributi già assunti da fonti deboli e obblighi di rinnovazione in caso di *overturning*, il giudice d'appello dovrà trovare la strada giusta; favorito, almeno in tali ultimi casi, dallo strumento dell'interpretazione conforme alla direttiva 2012/29/UE, che indica chiaramente come priorità la **protezione delle vittime dal processo**, inteso sia come apparato giudiziario, sia come sede del confronto con la persona accusata.

8.

Prospettive?

Qualche risposta, pur parziale, potrebbe giungere dall'approvazione del p.d.l. C 4368, passato in un testo unificato dal Senato della Repubblica all'esame della Commissione giustizia

⁴¹ Come afferma Cass., Sez. II, 7 aprile 2017, n. 2129, inedita, interpretando la posizione assunta dalle Sez. Un. Dasgupta nel senso di una possibile "regola" consistente nella riassunzione della fonte dichiarativa in caso di possibile *overturning*, e di una "eccezione", allorché si tratti di teste vulnerabile a rischio di vittimizzazione secondaria.

⁴² Così Cass., Sez. Un., 28.4.2016, Dasgupta, cit., § 8.6 del Considerato in diritto.

⁴³ Peraltro, la rinuncia al contraddittorio e al diritto alla prova, implicita nella richiesta dell'imputato di essere giudicato allo stato degli atti con le forme del rito abbreviato di prime cure, non si ripercuote – stando alle Sezioni unite in commento e alla precedente sentenza Dasgupta – sul corrispondente giudizio d'appello avverso il proscioglimento. È ragionevole pensare che nel bilanciamento di valori costituzionali – presunzione d'innocenza, da un lato, ed eccezioni al contraddittorio, dall'altro – prevalga la portata estensiva dell'art. 27 comma 2 Cost.; anche perché le previsioni che stabiliscono eccezioni alla regola (come, nel caso, l'art. 111 comma 5 Cost.) devono sempre essere interpretate in senso restrittivo.

⁴⁴ Sul punto, v. le riflessioni di G. ILLUMINATI, *La vittima come testimone*, in L. LUPÁRIA (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Cedam, 2015, p. 63 s.

⁴⁵ Cfr. ancora Cass., Sez. Un., 28.4.2016, Dasgupta, § 8.6 del Considerato in diritto.

⁴⁶ Tale estensione si deve al d.lgs. 15.12.2015, n. 212. In argomento, volendo, H. BELLUTA, *Il processo penale di fronte alla vittima particolarmente vulnerabile: aspirazioni (comunitarie) e aporie nazionali*, in www.laegislazionepenale.eu, 4.7.2016, p. 20 s. Sul tema v. A. PRESUTTI, *Le audizioni protette*, in M. BARGIS-H. BELLUTA (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Giappichelli, 2017, p. 375 s.

della Camera dei Deputati. Il nuovo comma 4-*bis* dell'art. 603 c.p.p. dovrebbe prevedere che in caso di «appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale». Per un verso, non compare il richiamo alla decisività della prova da riassumere, ampliando il novero dei casi di riedizione istruttoria; per l'altro, si circoscrive la rinnovazione alle sole prove dichiarative.

Ad ogni modo, la strada segnata dai recenti arresti delle Sezioni unite sottintende che il rischio da contenere continua ad avere le sembianze della **prima condanna in appello**: un esito la cui problematicità obbligherà, prima o poi, a porre mano alla fisionomia funzionale del secondo grado di giudizio.

A sistema invariato, comunque, la posizione assunta dalla recente giurisprudenza delle Sezioni unite conferma il costante bisogno di qualità metodologica nel momento di formazione della prova, avvalorando l'opzione di fondo del processo accusatorio, orale e immediato. Semmai, il vero limite di questo indirizzo così garantista è rappresentato dal **numero relativamente contenuto dei casi di *overturning* da assoluzione a condanna**: se in tali ipotesi – proprio perché assai rare – è anche possibile immaginare un appello strutturato come vero nuovo giudizio, altrettanto non è dato pensare per il secondo grado nel suo complesso, funzionalmente votato più al controllo sulla prima decisione che alla rinnovazione del giudizio.

La riforma dell'appello, tra malinteso garantismo e spinte deflative*

A proposito dell'imminente varo del d.d.l. C 4368 (e dei recenti interventi delle Sezioni Unite)

The Reform of Criminal Appeal, between Misunderstandings on Guarantees and Tendencies to Deflation

The Imminent Approval of Draft Law nr. C 4368 (and the Recent Judgments of the United Sections of the Court of Cassation)

MASSIMO CERESA-GASTALDO

Ordinario di Procedura penale presso l'Università L. Bocconi di Milano

PROCEDURA PENALE, APPELLO

CRIMINAL PROCEDURE LAW, CRIMINAL APPEAL

ABSTRACT

Pare proprio che, questa volta, dovremo dire addio all'appello così come configurato nel codice Vassalli. La riforma Orlando marcia ormai a tappe forzate verso l'approvazione e tra le (molte, eterogenee) novità che porta con sé ci sono anche disposizioni che muteranno in profondità i connotati del secondo grado di giudizio. Il disegno strategico è ambizioso: assicurare la piena "conformità convenzionale" del mezzo e, allo stesso tempo, decongestionare le Corti. Il risultato – che evidenzia un (non sorprendente, per la verità) continuum tra legislatore e cassazione – è però nel complesso assai deludente. Premesse errate, quanto a portata dei dicta di Strasburgo e a natura e funzione del mezzo, fondano soluzioni che ingigantiscono il giudizio senza migliorarne la qualità, e al contempo ne rendono più difficile l'accesso, irrigidendo le condizioni di ammissibilità.

Apparently, this time, we will have to say goodbye to the criminal appeal as configured in the Vassalli Code. The "Orlando Reform" is now moving rapidly to its approval, and among the (several, heterogeneous) innovations, there are also provisions that may seriously alter the features of the second-degree judgment. The strategic design pursues an ambitious aim: to obtain the full compliance with the ECHR and to decongest the Courts at the same time. The result – which highlights a (not surprising, actually) continuum between legislator and cassation – is, however, quite disappointing overall. The erroneous premises, regarding Strasbourg rulings and the nature and function of the appeal, lead to contestable solutions: on the one hand, the judgment is burdened without any improvement of its quality; on the other, the appeal accessibility becomes more difficult due to the stricter eligibility conditions.

* Il lavoro è stato ultimato e pubblicato in anteprima sulla versione quotidiana di *Diritto penale contemporaneo* quando ancora il d.d.l. relativo alla c.d. riforma Orlando ancora non era stato approvato. Le disposizioni qui citate e discusse sono rimaste, tuttavia, inalterate nella legge 23 giugno 2017, n. 103, così come successivamente pubblicata in G.U.

SOMMARIO

1. Luoghi comuni. – 2. Il disegno strategico, dalla Commissione Canzio al “maxi emendamento”. – 3. La “prova viva”, anche in secondo grado. – 3.1. Troppo ... – 3.2. ... e troppo poco. – 4. La selezione in entrata degli appelli: il filtro sui motivi. – 4.1. Bersaglio mancato (ma il filtro ormai resterà ...). – 5. Gli altri congegni deflativi. – 6. Elogio dell'appello, *sicut erat*.

1. Luoghi comuni.

Di metter mano alla disciplina dell'appello, così come scritta nel 1988, si discute da tempo. Già all'indomani del varo del codice Vassalli si erano avanzati dubbi sulla opportunità della scelta operata dal legislatore di mantenere l'assetto del mezzo sostanzialmente invariato rispetto al precedente, sottolineandosi come, con il passaggio ad un sistema accusatorio che finalmente assicurava, nel giudizio di primo grado, le garanzie dell'oralità, dell'immediatezza e del contraddittorio nella formazione della prova, non solo avrebbe perso valore la logica del doppio grado di merito (tipica della “cattiva coscienza” del codificatore inquisitorio), ma avrebbe finito per risultare incoerente con il nuovo impianto la stessa strutturazione di un secondo grado come giudizio critico, fondato (tendenzialmente in via esclusiva) sulla verifica degli atti del primo.

Due censure, queste, che hanno oggi sempre più folte schiere di sostenitori, i quali, da un estremo all'altro (ma gli estremi talvolta si incontrano), o propugnano la devitalizzazione dell'istituto, reputato ormai anacronistico, o ne ipotizzano l'irrobustimento, per consentire la piena espansione in appello di principi e regole del giusto processo.

Né l'una né l'altra posizione, in realtà, convince.

Da un lato, è difficile negare che – al di là della disputa sul significato da attribuire al silenzio mantenuto dal nostro costituente sull'appello – la previsione di un riesame di merito della sentenza, potenzialmente errata per ragioni che sfuggono ad un controllo (per quanto esteso) di sola legittimità, resti la scelta più efficace, oltre che coerente con le previsioni pattizie internazionali, per garantire il raggiungimento di un obiettivo irrinunciabile della giurisdizione, vale a dire la *giustizia sostanziale del provvedimento*, ossia la riduzione al minimo livello possibile del tasso di errore giudiziario. La disponibilità, in primo grado, di affidabili strumenti gnoseologici non garantisce affatto, di per sé, la bontà del risultato, non foss'altro perché nessuno assicura che quei protocolli siano stato effettivamente seguiti nel caso concreto: occorre comunque una *verifica sulla corretta ricostruzione del fatto*.

Per contro, non è affatto scontato che un “giusto processo d'appello” debba essere necessariamente configurato quale ripetizione del primo grado, o comunque quale giudizio nel cui ambito debba trovare la massima possibile espansione il principio di immediatezza.

È un luogo comune, un'ipotesi retorica mai dimostrata, il preteso conflitto con i canoni del processo accusatorio della strutturazione dell'appello come giudizio critico, ossia come mezzo di *controllo ex actis della prima decisione*, nel quale la rinnovazione istruttoria viene ammessa solo in deroga alla generale regola della completezza dell'indagine istruttoria compiuta in primo grado.

Al contrario: è proprio per assicurare coerenza con i canoni accusatori del contraddittorio, dell'oralità e dell'immediatezza realizzati in primo grado, che il giudizio di appello non va dedicato alla replica delle attività di formazione della prova, ma alla critica della decisione impugnata, anche sotto il profilo del rigoroso rispetto delle regole dell'accertamento.

Guidato dai rilievi mossi dalla parte interessata, l'appello realizza una *funzione complementare e non concorrente* con la fase che lo precede.

In questo modo riesce, meglio di quanto potrebbe avvenire con la riedizione *ex novo* dell'esperimento probatorio, ad assicurare un'adeguata rivalutazione della *quaestio facti*, attraverso nuovi parametri di persuasione e confutazione, che consentono di verificare la correttezza dei giudizi di valore espressi dal primo giudice, eliminando o comunque riducendo la componente di soggettività, irrazionalità o incoerenza della decisione controllata.

Non va del resto dimenticato che ben difficilmente il secondo contatto con il testimone è degno di maggior fede del primo, non foss'altro che per il pesante condizionamento che la precedente operazione euristica inevitabilmente ed irrimediabilmente esercita sulla fonte, ol-

tre che per il tempo, spesso non breve, nel frattempo trascorso. Laddove, al contrario, il giudice del controllo – lo osservava già negli anni cinquanta del secolo scorso Enrico Tullio Liebman – si trova avvantaggiato «dal fatto stesso di dover pronunciare non più su un caso vergine, come esso si presentò al primo giudice, bensì su una controversia già precedentemente decisa ed ha perciò sotto gli occhi qualche cosa che non aveva il primo giudice, cioè proprio l'esperienza del primo giudizio, sulla quale egli è chiamato ad esercitare il suo spirito critico, stimolato anche dalle contraddittorie osservazioni delle parti».

2. Il disegno strategico, dalla Commissione Canzio al “maximendamento”.

Ad ogni modo, soprattutto negli ultimi anni, e specialmente con riguardo all'appello del pubblico ministero contro la sentenza di proscioglimento, si sono moltiplicate le proposte di intervento normativo, quasi sempre motivate dalla ritenuta ineludibile necessità di adeguare il nostro ordinamento all'incalzante giurisprudenza di Strasburgo.

Fallito (miseramente, bisogna dire) il tentativo di risolvere il problema della condanna in appello del prosciolto legando le mani al pubblico ministero – non c'è bisogno di ricordare quanto poco accorta fu la manovra novellatrice del 2006 – si è così giunti alla elaborazione di una più sofisticata strategia di intervento, che mira a realizzare *due obiettivi* all'apparenza inconciliabili: assicurare la piena “conformità convenzionale” del mezzo e, allo stesso tempo, decongestionare le Corti.

Il primo risultato si raggiungerebbe con la previsione della rinnovazione “automatica” dell'istruzione probatoria in caso di critica del pubblico ministero alla sentenza assolutoria.

Il secondo, attraverso una serie di operazioni mirate: l'innalzamento della soglia di ammissibilità dell'impugnazione; la riesumazione del “vecchio” congegno del concordato sui motivi; il contenimento dell'ambito oggettivo e soggettivo del mezzo.

Si tratta, insieme al ripristino dell'appello della sentenza di non luogo a procedere, delle proposte elaborate dall'apposita sottocommissione istituita in seno alla commissione ministeriale nominata con D.M. 10 giugno 2013 dall'allora Guardasigilli Annamaria Cancellieri e quindi confluite nel disegno di legge governativo presentato alla Camera nell'autunno del 2014 ed approvato dall'Assemblea l'anno seguente; proposte mantenute nel testo unificato proposto dalla Commissione Giustizia del Senato il 3 agosto 2016 ed infine trasposte nel “maximendamento” approvato con il voto di fiducia dal Senato il 15 marzo scorso e attualmente in corso di esame in Commissione Giustizia alla Camera, in attesa (l'*iter* sembrerebbe ormai deciso) del voto di fiducia anche dei deputati (d.d.l. C 4368).

Spiega al riguardo, nella sua relazione conclusiva, la Commissione Canzio: «le proposte di modifica, nell'ottica di razionalizzazione, deflazione ed efficacia delle procedure impugnatorie, investono», da un lato, «la costruzione di un modello legale della motivazione in fatto della decisione di merito, che si accorda con l'onere di specificità dei motivi dell'impugnazione», «la disciplina semplificata della dichiarazione di inammissibilità dell'impugnazione in casi determinati» e «il ripristino del concordato sulla pena in appello»; dall'altro, «la rinnovazione dell'istruzione probatoria in appello, in caso di gravame del pubblico ministero contro la sentenza assolutoria di primo grado, in adesione alle indicazioni della Corte edu».

3. La “prova viva”, anche in secondo grado.

Partiamo da quest'ultimo aspetto.

La modifica (art. 1, comma 58 d.d.l. C 4368) consiste nell'introduzione, all'art. 603 c.p.p., di un nuovo comma 3-*bis*: «Nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice dispone la *rinnovazione dell'istruzione dibattimentale*».

La richiesta di riforma della sentenza di proscioglimento avanzata dalla parte pubblica per ottenere la condanna fa così scattare la piena espansione in appello del principio di immediatezza: le prove dichiarative dovranno formarsi davanti alla Corte chiamata a valutarle. È, questa, una condizione irrinunciabile per legittimare il potere di riforma: solo la “prova viva”

giustifica nell'ottica legislativa l'eventuale *revirement*.

È quanto, del resto, le Sezioni unite della cassazione hanno affermato con le ben note sentenze Dasgupta (n. 27620 del 2016) e Patalano (n. 18620 del 2017), che da questo punto di vista rappresentano un (non sorprendente) *continuum* con l'azione riformatrice.

Peraltro, sembra evidente che la nuova ipotesi di rinnovazione dovrà riguardare *l'intera istruzione dibattimentale del primo grado, e non solo la singola prova "decisiva"* la cui valutazione non sia condivisa dall'appellante.

Il testo della norma non pare consentire alternative.

Del resto, l'impugnazione in punto di responsabilità apre alla possibile rivalutazione *in peius* da parte del giudice di qualsiasi prova assunta, non solo di quella che sorregge la decisione assolutoria (ossia, quella ritenuta "decisiva" dal giudice del provvedimento impugnato). Anzi, all'operazione demolitoria dell'elemento a discarico, si accompagna pressoché inevitabilmente la riconsiderazione dell'attendibilità, prima negata, della prova a carico.

Dunque, una volta assunto come *postulato* che un giudizio "sulle carte" non è idoneo a giustificare la riforma della sentenza, la superiore qualità del metodo di riconsiderazione *live* della prova dichiarativa dovrà essere assicurata ad ogni elemento su cui la nuova decisione poggerà le sue basi.

E non essendo evidentemente ipotizzabile una selezione nella fase prodromica del giudizio, la Corte non potrà che disporre l'integrale riedizione dell'istruttoria.

L'immediatezza, intesa quale contatto diretto tra il giudice della condanna e la fonte dichiarativa, è qui un principio inderogabile, cui va data piena applicazione ogni qualvolta l'appellante pubblico, dubitando della giustizia dell'esito proscioglitivo, in ragione della non corretta valutazione della prova, chieda la condanna.

3.1.

Troppo ...

Non adeguatamente meditata, la soluzione rischia di risultare approssimata, allo stesso tempo, sia in eccesso che in difetto.

Nella sua assolutezza e meccanicità, la regola forgiata dal legislatore sembra innanzitutto andare ben oltre le ritenute premesse "convenzionali", la cui osservanza ha rappresentato la principale preoccupazione dei proponenti la riforma.

Forse condizionata da un certo disorientamento, percepibile anche nella nostra giurisprudenza, sulla portata e sulla forza vincolante delle sentenze della Corte europea (qui, la generalizzazione del principio di "anti-convenzionalità" del controllo cartolare del proscioglimento deriverebbe soprattutto dal ben noto caso Dan c. Moldavia, 5 luglio 2011, ric. 8999/07), la soluzione non tiene comunque conto del fatto che lo stesso Giudice di Strasburgo ammette deroghe al principio di immediatezza, non solo, come è ben noto, con riguardo al giudizio di prime cure, ma anche nel giudizio di appello.

Lo "statuto convenzionale" della rinnovazione istruttoria, infatti, non è rigido: la violazione dell'art. 6 C.e.d.u. non si consuma – come ha riconosciuto la Corte nel recente caso Kashlev v. Estonia (26 aprile 2016, ric. n. 22574/08) – quando la rinnovazione non si è tenuta ma l'ordinamento comunque assicura adeguate garanzie contro arbitrarie o irragionevoli valutazioni della prova o ricostruzioni dei fatti («the existence of... safeguards against arbitrary or unreasonable assessment of evidence or establishment of the facts»: § 50), come l'obbligo per il giudice di appello, in caso di riforma del proscioglimento, di esporre una motivazione particolarmente approfondita sulle ragioni del mutato apprezzamento delle risultanze processuali, con l'evidenza degli errori compiuti dal giudice di primo grado, e la previsione di un controllo sul rispetto di quell'obbligo («the fair trial guarantees enshrined in Article 6 §§ 1 and 3 (d) has not been put into question, that the applicant, who was assisted by a lawyer, did not request the examination of witnesses at the appellate court's hearing, that the Court of Appeal followed the requirement of domestic law to provide particularly thorough reasoning for departing from the assessment given to the evidence by the first-instance court, including the indication of mistakes made by it, and that an appeal against the Court of Appeal judgment to the country's highest court allowed the latter to verify whether the requirements of domestic law, including those of a fair trial, had been met»: § 51).

Che è, né più né meno, quanto nel nostro sistema vale, nell'ormai consolidata lettura giurisprudenziale (a partire dalle Sezioni Unite Andreotti, n. 45276 del 2003), per l'obbligo di "motivazione rafforzata" della condanna in appello: «in tema di motivazione della sentenza, il

giudice di appello che riformi totalmente la decisione di primo grado ha l'obbligo di delineare le linee portanti del proprio, alternativo, ragionamento probatorio e di confutare specificamente i più rilevanti argomenti della motivazione della prima sentenza, dando conto delle ragioni della relativa incompletezza o incoerenza, tali da giustificare la riforma del provvedimento impugnato» (così la nota massima delle Sezioni Unite Mannino, n. 33748 del 2005).

Ma anche a voler giudicare questa tutela inadeguata a soddisfare lo *standard* garantistico convenzionale, sembra lecito domandarsi se davvero occorra un congegno di rinnovazione generale ed automatica, o non sia invece sufficiente lo strumento offerto dall'attuale istituto normato dall'art. 603 c.p.p., casomai adattato alla specifica esigenza.

La disposizione, interpretata alla luce dei (supposti più severi) principi convenzionali, consente già oggi di ritenere che – in presenza delle condizioni date: sentenza di proscioglimento appellata dal pubblico ministero; elemento di accusa che può essere provato da un testimone sentito in primo grado; necessità di capovolgere il giudizio di attendibilità del testimone – ricorra una situazione di “non decidibilità allo stato degli atti” o di “assoluta necessità” di rinnovazione, che impone il contatto diretto del giudice con la prova, anche in assenza di una espressa richiesta dell'appellante. Ed è esattamente ciò che, appunto, hanno statuito le Sezioni Unite Dasgupta con il primo ed il secondo principio di diritto.

Il problema, piuttosto, è quello della *sanzione per la violazione della norma*: qui non pare convincente la tesi della Cassazione sul vizio di motivazione «per mancato rispetto del canone di giudizio “al di là di ogni ragionevole dubbio” di cui all'art. 533, comma 1» c.p.p.: proprio perché esprime una regola di giudizio (o di decisione), e non una norma di carattere epistemico, il canone del “ragionevole dubbio” non sembra in questo caso venire in gioco.

La mancata riassunzione della prova decisiva, del resto, non comporta necessariamente il vizio di illogicità della motivazione: può accadere, quando il ribaltamento della decisione appellata si fondi su una irragionevole svalutazione del primo contributo conoscitivo, ma non è detto: di per sé, la sentenza d'appello può ben essere perfettamente logica senza che alcun supplemento istruttorio sia stato svolto, così come, peraltro, può essere illogica pur essendosi provveduto alla riassunzione delle prove decisive. Né pare più sicura l'ipotesi di un vizio *ex art.* 606 comma 1 lett. e) riferito al rapporto tra motivazione che nega la rinnovazione (in punto decisività della prova) e motivazione sulla responsabilità dell'imputato. E altrettanto dicasi per l'*error in iudicando*, pur sostenuto in dottrina, come per quello *in procedendo*: nessuna norma sostanziale, o processuale dettata a pena di nullità, inutilizzabilità, inammissibilità o decadenza, viene violata dal giudice che fonda la propria decisione sugli atti, che sono e restano validi, del primo grado.

L'ipotesi che forse, per assimilazione, più si avvicina è quella che la lett. d) dell'art. 606 c.p.p. dedica alla mancata assunzione di una prova decisiva: ma si tratta, all'evidenza, di una fattispecie inestensibile al caso in questione, visto il chiaro perimetro applicativo della disposizione, circoscritto alle sole ipotesi di controprova richiesta dalla parte, nei casi previsti dall'art. 495, comma 2 c.p.p. Probabilmente, è proprio qui che potrebbe utilmente intervenire il legislatore (che invece mantiene sul tema il più assoluto silenzio), interpolando la disposizione per renderla applicabile al caso della violazione dell'obbligo di rinnovazione istruttorio di matrice “convenzionale”.

3.2.

... e troppo poco.

Come si accennava, lo strumento forgiato dal legislatore con il nuovo comma 3-*bis* dell'art. 603 c.p.p. se per un verso appare sovradimensionato, per altro rischia di risultare inadeguato.

Il postulato dell'inaffidabilità del giudizio cartolare produce infatti conseguenze che vanno ben al di là dell'ipotesi considerata.

Solo la decisione di condanna che riforma quella assolutoria merita il più affidabile *standard* probatorio, o anche quella che, a valle della condanna in primo grado, ne conferma la statuizione di responsabilità?

Concettualmente, l'operazione è la stessa. Si può, allora, sensatamente sostenere che la *conferma della condanna*, a differenza della riforma del proscioglimento, possa rimanere un'*incombenza meramente cartolare*? Che, cioè, l'errore del proscioglimento esiga cautele maggiori dell'errore della condanna?

Detto altrimenti: l'imputato assolto in primo grado ha diritto ad un equo processo di

appello, mentre l'imputato condannato, che pure critichi la sentenza per motivi attinenti alla valutazione della prova, può accontentarsi di un secondo grado inquisitorio?

Il punto è rilevante. Per affermare che i due casi di condanna in appello (quella inedita e quella ribadita) possano fondarsi su livelli differenti di affidabilità del secondo giudizio, occorrerebbe dimostrare che il proscioglimento in primo grado rappresenti, di per sé, un precedente più solido rispetto all'esito opposto. Ma è un abbaglio: né l'una, né l'altra decisione sottoposta al controllo (il proscioglimento come la condanna) può presumersi immune da errori.

Allo stesso modo, è frutto di un'illusione ottica anche la lettura in chiave puramente difensiva del divieto di *reformatio in peius* cartolare.

Se il rispetto del principio di immediatezza vale a ridurre il tasso di errore della decisione controllata, del "vantaggio competitivo" offerto dalla nuova norma beneficia, non meno dell'imputato, il pubblico ministero, che riuscirà più agevolmente a far emergere l'errore del proscioglimento.

Fallito il primo tentativo, *l'accusa avrà a disposizione uno strumento efficace per ribaltare il risultato*; strumento che invece *l'imputato non potrà invocare* per rimuovere l'errore della condanna.

Difficile negare che, così, si trattino irragionevolmente in modo (assai) diverso ipotesi nella sostanza identiche.

4.

La selezione "in entrata" degli appelli: il filtro sui motivi.

Se questa è la linea di riforma mirata a recuperare "dignità accusatoria" all'appello, gli altri interventi, come si diceva, si muovono invece lungo la direttrice del recupero di efficienza del mezzo.

Il più rilevante – caduta, nell'*iter* parlamentare, la più radicale e impegnativa scelta a favore della trasformazione dell'appello da mezzo a critica libera, a mezzo critica vincolata, e abbandonata l'idea di assegnare al giudice *a quo*, anche d'ufficio e senza formalità, il vaglio di ammissibilità del mezzo di impugnazione – è quello volto ad innalzare la soglia di ammissibilità dell'impugnazione attraverso la modifica degli artt. 546 e 581 c.p.p.

Con il comma 52 del "maximendamento" si prevede di sostituire la lett. e) dell'art. 546, comma 1, c.p.p., prescrivendosi il *nuovo modello legale della motivazione della sentenza*; per contro, l'art. 581 c.p.p. viene sostituito (comma 55), per ridisegnare il *nuovo profilo formale della dichiarazione di impugnazione*.

Rispetto all'attuale formulazione delle due norme oggetto di modifica, le differenze sono significative.

Quanto alla motivazione della sentenza, si assiste ad un sostanziale "trapianto" nel testo dell'art. 546 c.p.p. di due disposizioni generali in tema di prova.

Per un verso, scompare il riferimento alla «indicazione delle prove poste a carico della decisione stessa», sostituito dalla trasposizione della prescrizione sulla valutazione della prova contenuta nell'art. 192, comma 1 c.p.p. («Il giudice valuta la prova dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati»), che si affianca all'originaria regola, mantenuta, che impone la «enunciazione delle ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie».

Per altro verso, si specifica (con un lessico in verità alquanto impreciso, sotto più d'un profilo) che i motivi della decisione dovranno riguardare, oltre alla qualificazione giuridica (punto 1, seconda parte), i diversi fatti oggetto di prova *ex art.* 187 c.p.p., riferiti a imputazione, punibilità, pena, misura di sicurezza, responsabilità civile, vicende processuali.

La seconda modifica, idealmente raccordata con la prima, incide sulla forma della dichiarazione di impugnazione, prescrivendo espressamente che la stessa «si propone con atto scritto nel quale sono indicati il provvedimento impugnato, la data del medesimo e il giudice che lo ha emesso, con *l'enunciazione specifica, a pena di inammissibilità*: a) dei capi o dei punti della decisione ai quali si riferisce l'impugnazione; b) delle prove delle quali si deduce l'inesistenza, l'omessa assunzione o l'omessa o erronea valutazione; c) delle richieste, anche istruttorie; d) dei motivi, con l'indicazione delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta».

La novità, qui, consiste sia nell'ampliamento del catalogo che descrive gli elementi oggetto di enunciazione (oggi limitato a capi, punti, richieste e motivi), con l'inclusione delle pro-

ve e delle richieste istruttorie, sia, soprattutto, nella previsione dell'obbligo di «enunciazione specifica, a pena di inammissibilità» del mezzo di tutti gli elementi indicati (laddove, nella versione attuale, non si ritrova l'espressa indicazione della sanzione, e l'obbligo di «specificità» è limitato alla indicazione delle «ragioni di diritto e degli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta»).

L'effetto del combinato disposto delle due interpolazioni è, nell'intenzione del legislatore, quello di «consolidare» nel dato normativo il fronte interpretativo più avanzato in tema di inammissibilità dell'impugnazione «generica», che con riguardo all'appello è oggi presidiato dalla recentissima decisione delle Sezioni Unite Galtelli (n. 8825 del 2017), che parrebbe aver chiuso la vertenza tra le diverse posizioni che si contrappongono da anni in materia.

Abbandonata la linea «antiformalistica», si è preferito l'orientamento più rigoroso, secondo cui l'atto di appello, per soddisfare i requisiti formali di ammissibilità, deve far emergere una diretta *relatio* tra le critiche che sorreggono le richieste e l'apparato giustificativo del provvedimento impugnato; deve cioè «esplicitamente enuncia[re] e argomenta[re] i rilievi critici rispetto alle ragioni di fatto o di diritto poste a fondamento della sentenza impugnata» (così il principio di diritto formulato nella sentenza Galtelli).

Per superare lo scoglio, l'appellante non può cioè limitarsi ad illustrare le ragioni per le quali ritiene errato *l'esito del giudizio* (responsabilità, circostanze, pena, benefici, ecc.), ma deve anche mettere in evidenza l'errore del ragionamento che quell'esito giustifica.

Non basta, dunque, la prospettazione argomentata della soluzione alternativa: occorre l'espressa, «puntuale confutazione» in fatto e in diritto (§ 8.3) delle ragioni espresse nella sentenza appellata, alle quali gli argomenti spesi in un appello ammissibile devono essere «strettamente collegati» (§ 8.2).

4.1. Bersaglio mancato (ma il filtro ormai resterà ...).

Condivisibile o meno che si ritenga l'obiettivo, l'operazione chirurgica sul corpo normativo non sembra riuscita.

L'innesto nel corpo dell'art. 581 c.p.p. della comminatoria della sanzione, già prevista dall'art. 591 c.p.p., serve (o dovrebbe servire) a trasformare *l'inammissibilità per mancanza di motivi in inammissibilità per carenza di specificità dei motivi*.

Il problema di fondo, però, resta.

Cosa si deve intendere per «specificità» dei motivi di appello?

È più che evidente che il contrasto interpretativo cui si faceva riferimento poc'anzi non è nato dal dubbio sull'esistenza nell'ordinamento della previsione di inammissibilità della dichiarazione per ragioni formali, quanto dalla difficoltà di cogliere l'effettiva portata semantica della locuzione «indicazione specifica», riferita alle ragioni di diritto e agli elementi di fatto a fondamento delle richieste rivolte al giudice del rimedio.

Si tratta infatti – lo segnalava già Carnelutti, nelle sue Lezioni sul processo penale – di un *concetto relativo*. Posto che le richieste variano tipologicamente (un conto è la richiesta di riforma, altro è quella di annullamento), così come variano i poteri cognitivi e decisorii del giudice adito, i motivi che le sorreggono hanno necessariamente caratteristiche differenti, così come la loro «specificità indicazione» ha obiettivi e funzionalità differenti.

Con riguardo, in particolare, alla richiesta di riforma del provvedimento (assolutorio o di condanna) di primo grado, il termine «specifico» non assume altro significato che quello di *pertinenza della causa petendi al petitum*: l'indicazione delle ragioni *in iure* e degli elementi fattuali dovrà avere un legame, un nesso, una connessione diretta con l'epilogo processuale invocato; e questo, a sua volta, dovrà consentire l'individuazione del punto o dei punti della decisione criticati.

Nulla di più è richiesto all'appellante, si tratti dell'imputato che si duole della condanna o, a maggior ragione, del pubblico ministero che appelli l'assoluzione, il cui atto impugnatorio vale a rimettere in discussione davanti al nuovo giudice l'intera questione.

Ha diritto al riesame della decisione l'appellante che ne denuncia l'ingiustizia, anche senza specificamente argomentare sui difetti del ragionamento che la sorregge.

Altra cosa, beninteso, è la forza persuasiva della critica: più le ragioni di doglianza sono accurate, articolate, logiche, documentate, più elevata sarà la probabilità del loro accoglimento.

Ma un conto è il filtro all'appello inconsistente, azzardato, sostanzialmente immotivato

o giustificato dal solo intento dilatorio, e ben altro, evidentemente, è spacciare per requisiti formali minimi la qualità contenutistica dell'atto.

Nel caso della richiesta di annullamento, l'accesso al giudizio di controllo necessariamente si restringe: la "specifica indicazione" del motivo di critica assolve alla funzione di evidenziare la singola patologia denunciata; il vaglio di ammissibilità serve a sanzionare non solo la denuncia vuota di contenuti, ma anche quella che lamenta patologie non denunciabili (art. 606, comma 1 c.p.p.) o denunciabili ma palesemente inconsistenti (art. 606, comma 3 cp.p.), cosicché il requisito formale dell'atto inevitabilmente ne risente (ancorché neppure qui possa, a ben vedere, predicarsi in assoluto sempre necessario l'argomentare dell'impugnante sulle «ragioni di fatto o di diritto poste a fondamento della sentenza impugnata», come vorrebbero le Sezioni Unite Galtelli).

La nuova norma, come si è visto, lascia *immutata la sostanza del problema*: pur "inquinando" la disposizione generale con richiami palesemente riferibili soprattutto all'impugnazione di merito (come quello, nella lett. *b*, alle prove o l'altro, nella lett. *c*, alle richieste istruttorie), continua ad esigere che la "specifica enunciazione" dei motivi consista nella «indicazione delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta», senza dunque fare quel passo in avanti verso la critica specifica delle ragioni della decisione, indicato dall'ultimo, autorevole arresto della Suprema Corte.

Un passo in avanti mancato, che tuttavia è ragionevole prevedere non basterà a fermare il processo ormai avviato per via pretoria di (indebita) selezione degli appelli, trasformati, ai fini del vaglio di ammissibilità, in (atipici) ricorsi per vizio di motivazione.

L'idea che sembra dominare la logica dell'irrigidimento dei requisiti formali dell'atto è che valga in materia una *presunzione di strumentalità dell'iniziativa impugnatoria* della parte, rispetto alla quale il *favor impugnationis* non è altro che un segno della decadenza dei "costumi" processuali, un sintomo dell'atteggiamento colpevolmente lassista del giudice che ammette controlli non dovuti, ritardando l'esecuzione della sentenza.

Un'idea tanto discutibile sul versante esecutivo, quanto pericolosa nella prospettiva *de iure condendo*.

Il *favor impugnationis*, infatti, è innanzitutto, un ineludibile canone interpretativo delle norme che sacrificano l'interesse (non solo del singolo, ma prima di tutto) pubblico alla giustizia sostanziale della decisione penale a favore dell'esigenza di certezza del diritto, ossia di relativa economicità e tempestività dell'intervento giurisdizionale.

La necessità di trovare tra le due istanze un ragionevole punto di equilibrio, se per un verso giustifica le regole restrittive (dal numero limitato dei controlli al contingentamento dei tempi per attivarli, dalla disponibilità dei mezzi per i soli interessati, alla devoluzione oggettiva con le sue eccezioni, dalla imposizione di requisiti oggettivi, soggettivi, modali alla previsione, appunto, di caratteristiche formali), allo stesso tempo esige che quel bilanciamento sia da un lato, riservato alla sola previsione di legge, in nessun caso espansibile in via interpretativa e, dall'altro, appunto, ragionevole.

5. Gli altri congegni deflativi.

Sull'obiettivo di ridurre il peso gravante sulle Corti distrettuali convergono anche altre disposizioni della riforma.

Innanzitutto quelle (commi 56 e 57) che reintroducono il *concordato sui motivi di appello*, congegno concepito dal legislatore del 1988 in funzione autenticamente deflattiva, che aveva dato buona prova di sé nei vent'anni della sua applicazione, salvo poi cadere ingloriosamente sotto i colpi di un legislatore non proprio illuminato, attento più ai risvolti demagogici delle istanze securitarie che alle effettive esigenze di efficacia ed efficienza della giurisdizione (ed essere così costretto a sopravvivere, dopo l'ufficiale estinzione, nelle prassi sotterranee, attraverso il ricorso alle intese informali tra le parti).

Piuttosto, pare doveroso segnalare che quelle istanze continuano in qualche modo anche oggi a dominare la scena politica, visto che grazie al comma 2 del nuovo art. 599-*bis* c.p.p. – previsto nel d.d.l. originario, poi espunto dal testo approvato dalla Camera nel 2015, e quindi reintrodotta in quello proposto dalla Commissione Giustizia del Senato e mantenuto identico sino ad oggi – *si escludono dall'applicazione del concordato in camera di consiglio i procedimenti per taluni gravi delitti*, espressamente elencati, nonché quelli contro coloro che siano stati di-

chiarati *delinquenti abituali, professionali o per tendenza*.

Per il resto, l'istituto è quello di un tempo, salvo l'introduzione – proposta già dalla Commissione Canzio – di una prescrizione volta a determinare, da parte del procuratore generale presso la Corte di appello, le linee-guida per orientare i magistrati del pubblico ministero nella scelta: ferma l'autonomia dell'esercizio delle funzioni, dovranno seguire «*criteri idonei*», che terranno «conto della tipologia dei reati e della complessità dei procedimenti». Difficile cogliere, ad essere sinceri, la ragione e l'utilità di regole differenziate a livello distrettuale.

Decisamente problematico appare poi il previsto limite all'appello del pubblico ministero contro la sentenza di condanna, che dovrà essere oggetto di normazione delegata (comma 84, lett. h).

L'ipotesi è quella di *estendere al giudizio ordinario la previsione oggi dettata per il giudizio abbreviato*, peraltro parzialmente dilatandola, per rendere possibile l'appello non solo in caso di modifica del titolo del reato, ma anche quando la sentenza «abbia escluso la sussistenza di una circostanza aggravante ad effetto speciale o abbia stabilito una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato».

Al riguardo, come è noto, era intervenuta la Corte costituzionale (n. 363 del 1991), sollecitata a valutare la tenuta costituzionale dello *ius appellandi* del pubblico ministero, che aveva «salvato» la disciplina dell'art. 443, comma 3 c.p.p. ammettendo la legittimità di una regolamentazione asimmetrica dei poteri delle parti antagoniste, giustificata in questo caso non solo dalla circostanza che, con la sentenza di condanna, è comunque realizzata la pretesa punitiva fatta valere nel processo, ma dal fatto che il rito il cui epilogo si contesta perché non pienamente soddisfacente ha comunque visto «privilegiato» sul piano probatorio il pubblico ministero.

Un limite, insomma, compensato dal «vantaggio» di posizione di cui la parte gode nel giudizio speciale, che evidentemente non può trovare la stessa giustificazione nel rito ordinario, dove la regola oggi viene esportata.

Non è questa, peraltro, l'unica direttiva al Governo per la riforma dell'istituto a sollevare perplessità.

Di assai dubbia utilità pare, ad esempio, quella che prescrive al delegato di prevedere «*la legittimazione dell'imputato ad appellare avverso la sentenza di condanna, nonché avverso la sentenza di proscioglimento emessa al termine del dibattimento salvo che sia pronunciata con le formule "il fatto non sussiste" o "l'imputato non ha commesso il fatto"*» (comma 84, lett. i).

Neppure la previsione della *legittimazione ad appellare del procuratore generale* presso la Corte di appello nei soli casi di avocazione e di acquiescenza del pubblico ministero (comma 84 lett. g), sembra felice. A parte l'inapplicabilità pratica della seconda ipotesi della norma nella maggior parte dei casi (a meno di normare uno sfasamento del termine per i due uffici, o di ipotizzare un appello del P.G. destinato a divenire inammissibile se appella il p.m.), l'indebolimento del sistema di controllo sulla prosecuzione dell'azione non è immune da critiche. Si può essere convinti (come chi scrive), o meno (come la stessa Corte costituzionale ha più volte affermato, già dalla pronuncia n. 280 del 1995), della proiezione in fase di impugnazione dell'obbligo di agire *ex art. 112 Cost.*; in ogni caso, non si può negare che sia comunque opportuno mantenere un presidio (qual è, appunto, quello rappresentato dalla legittimazione concorrente dei due uffici) sull'attivazione del pubblico ministero in presenza dei presupposti legali per coltivare l'azione, posto che quell'attività è senz'altro riconducibile (se non al precetto costituzionale, quantomeno) alla sfera dei doveri funzionali dell'organo.

Ma anche la direttiva dedicata all'*appello incidentale*, che si vorrebbe consentire *al solo imputato* (comma 84, lett. m), suona piuttosto bizzarra. Dell'appello incidentale del p.m., con il connesso effetto di paralisi del divieto di *reformatio in peius* e la correlativa portata «ritorsiva» dell'espedito (censurata esemplarmente da Corte cost. n. 177 del 1971, poi superata, con argomenti tutt'altro che incontrovertibili, dalla ricordata decisione n. 280 del 1995), non si sentirà certo la mancanza. Ma cosa significa (ciò che si legge nella Relazione al d.d.l. 2798, p. 9) prescrivere «che l'appello incidentale sia rimesso soltanto all'imputato e quindi acquisti una spiccata funzione difensiva e sia *limitato* nella sua estensione, in particolare *ai casi in cui non abbia legittimazione all'appello principale*»? L'istituto, come è ben noto, non ha la funzione di espandere l'area della legittimazione, ma solo quella di consentire (al soggetto legittimato in via principale) una «reazione» all'azione dell'avversario, nei casi in cui avrebbe altrimenti dato acquiescenza al provvedimento. E comunque: quale effettiva espansione produrrebbe una norma del genere? Un caso significativo è senz'altro quello dell'appello contro il proscioglimento non pienamente liberatorio pronunciato in esito al giudizio abbreviato, che solo nell'ipotesi

del riconosciuto difetto di imputabilità per vizio totale di mente è oggi appellabile dall'imputato (a seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 443 comma 1 c.p.p. riformato nel 2006: C. cost. n. 274 del 2009), e che, domani, l'interessato potrebbe invece impugnare nel merito anche nelle altre ipotesi, a valle dell'appello del pubblico ministero. Ma è ragionevole affidare il raggiungimento di questo risultato al congegno dell'appello incidentale (s subordinando così la *chance* dell'imputato all'iniziativa dell'avversario), anziché intervenire direttamente sull'art. 443 c.p.p., per sanare finalmente il guasto della norma?

6.

Elogio dell'appello penale, *sicut erat*.

Insomma, è difficile non ammettere che l'ormai imminente riforma – tanto urgente da giustificare addirittura il voto di fiducia al Governo – avrebbe tratto sicuro giovamento da una più approfondita riflessione.

Non manca, certo, qualche aspetto positivo, come il previsto ripristino dell'*appello contro la sentenza di non luogo a procedere* (commi 38, 39 e 40), inopportuno abolito nel 2006 (e, come spesso accade, "recuperato" nella prassi dalla deformazione del ricorso per cassazione *ex art.* 428 c.p.p., spesso piegato all'improprio compito di colmare quella lacuna). È ben vero che la Corte costituzionale (n. 242 del 2009) era intervenuta sulla previsione soppressiva, escludendo ogni profilo di contrasto con i precetti costituzionali della menomazione del potere di appello del pubblico ministero; non pare però che tutti i dubbi sollevati dalla norma siano stati definitivamente fugati dagli argomenti spesi in quell'occasione dal Giudice delle leggi. Specie quello secondo cui la sentenza *ex art.* 425 c.p.p. non rappresenterebbe una preclusione definitiva all'esercizio dell'azione, grazie alla possibilità offerta al pubblico ministero in ogni tempo di chiedere ed ottenere la revoca della sentenza, visto che in caso di errore di fatto del g.u.p. nella valutazione degli elementi raccolti non è affatto ammessa la revoca della decisione (possibile, a norma dell'art. 434 c.p.p., solo se sopravvivono o si scoprono nuove prove).

Anche qui, peraltro, come per il concordato sui motivi, si tratta di un intervento di "restauro" del *corpus* normativo, che riporta alla luce l'affresco originale. Per il resto, invece, il *quadro* offerto dalla manovra riformatrice, incalzata da una giurisprudenza non meno impaziente di abbandonare la strada vecchia per la nuova, appare davvero *deludente*.

Premesse discutibili sulla portata dei *dicta* di Strasburgo, così come sulla natura e sulla funzione del mezzo, finiscono per fondare una soluzione che produce un effetto anomalo: snatura e ingigantisce il giudizio, senza peraltro apportarne apprezzabili miglioramenti e, anzi, paradossalmente accentuando il *deficit* di tutela dell'imputato nel mutato contesto. Per contro, l'altrettanto malintesa (e malriposta) aspirazione verso l'innalzamento del livello tecnico qualitativo di sentenze e impugnazioni – che fa chiaramente trasparire la frustrazione per il mancato raggiungimento del più ambizioso obiettivo di omologare l'appello al ricorso per cassazione – avalla una lettura strabica delle condizioni di ammissibilità del mezzo, che punta incongruamente alla censura della motivazione della sentenza appellata, per troncare processi in ipotesi comunque meritevoli di riesame.

Si potrebbe obiettare che, anche senza la mano del legislatore, l'appello penale non è già più quello che era in principio, avendo subito l'opera rimodellatrice della Suprema Corte, che ne ha anticipato la metamorfosi.

L'obiezione è indubbiamente fondata, ma l'argomento prova troppo: proprio perché alterata dall'azione erosiva e inventiva di una giurisprudenza opinabile, la disciplina del mezzo avrebbe meritato una riscrittura diversa, che interrompesse quel disegno, anziché limitarsi ad assecondarlo.

Ma questa, probabilmente, è un'osservazione ingenua, frutto di una visione superata dei rapporti tra legislatore e giudice, tra creazione e applicazione del diritto. Oggi, la linea di confine tra le due funzioni (anche nel settore penale, dove è sempre stata più netta) è spesso difficile da scorgere, e non deve dunque stupire che il giudice crei la norma con la sentenza, nell'attesa che il legislatore la "applichi" scrivendola nel codice.

Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*

The 'Orlando Reform'. Changes in the Italian Criminal Process: Codification of Case Law, Long-Awaited Reforms and Confused Innovations

MITJA GIALUZ*, ANDREA CABIALE**, JACOPO DELLA TORRE***

**Professore associato di Procedura penale presso l'Università di Trieste*

***Assegnista di ricerca presso l'Università di Trieste*

****Dottorando di ricerca presso l'Università di Udine*

PROCESSO PENALE, RIFORMA ORLANDO

CRIMINAL PROCESS, ORLANDO REFORM

ABSTRACT

Il contributo fornisce una prima illustrazione delle novità in materia processuale penale contenute nella l. 23 giugno 2017, n. 103, ponendo in rilievo meriti e difetti di una 'riforma' che – oltre a contenere innovazioni di fattura non sempre pregevole e alcune lacune – si è spesso limitata a rielaborare orientamenti giurisprudenziali consolidati.

The paper provides a first illustration of the novelties introduced by Law No. 103 of 2017, and highlights merits and flaws of a reform that often contains a mere legislative trasposition of recent case law.

* Pur essendo il lavoro frutto di una riflessione congiunta, Mitja Gialuz ha redatto i § 1, 3-4, 9, 13-14; Andrea Cabiale i § 5-6, 8, 10 e Jacopo Della Torre i § 2, 7, 11-12.

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Gli eterni giudicabili. – 3. I rapporti tra indagato e difensore. – 4. La persona offesa. – 5. Le indagini preliminari. – 6. L'udienza preliminare. – 7. I procedimenti speciali. – 8. La motivazione della sentenza. – 9. Le impugnazioni. – 10. Le disposizioni di attuazione. – 11. Normativa intertemporale. – 12. La delega in materia di intercettazioni tradizionali e tramite captatori. – 13. La delega in materia di impugnazioni. – 14. Riflessioni di sintesi.

1.

Premessa.

Dopo due anni e mezzo di complessi lavori parlamentari è arrivata in porto la cd. riforma Orlando, ossia il ddl. 4368¹. Il disegno di legge nasce dall'accorpamento in un unico testo di tre progetti di legge già approvati dalla Camera (Atti Camera nn. 2798, 2150 e 1129) e di una pluralità di proposte di legge di iniziativa parlamentare. Esso consta di un **unico articolo** con ben **novantacinque commi**, che intervengono sull'intero sistema penale, con norme immediatamente efficaci e diverse deleghe². Quanto alla materia penale sostanziale, vi sono disposizioni che introducono modifiche dirette al codice penale (commi 1-15), nonché una delega per l'adozione di decreti legislativi per la modifica della disciplina del regime di procedibilità per taluni reati e delle misure di sicurezza personali e per il riordino di alcuni settori del codice penale (commi 17-18) e una delega per l'adozione di un decreto legislativo in materia di casellario giudiziale (commi 18-19). Con riguardo alla materia penitenziaria, vi è un'articolata delega che recepisce in larga parte il lavoro fatto dagli Stati generali dell'esecuzione penale (commi 82, 85 e 86). La parte centrale e più cospicua della manovra (commi 21-84) è dedicata al processo penale. In queste pagine, ci si soffermerà unicamente sulle modifiche apportate al codice di rito e a norme di rilievo processuale.

2.

Gli eterni giudicabili.

Una delle questioni più spinose che il legislatore ha voluto risolvere in via definitiva con la riforma in commento è senza dubbio rappresentata dalla problematica degli "**eterni giudicabili**". Si tratta di un tema, che, come noto, è stato oggetto di molteplici e alterne pronunce della Corte costituzionale, tra cui spicca la sentenza **45/2015**³, con cui il giudice delle leggi, stanco di porre moniti alle forze politiche⁴, aveva finalmente dichiarato l'illegittimità dell'art. 159 comma 1 c.p. nella parte in cui non esclude la sospensione della prescrizione qualora si accerti che l'incapacità dell'imputato di partecipare coscientemente al processo sia irreversibile. È peraltro noto come la soluzione fatta propria dalla Consulta, pur comportando un netto miglioramento rispetto alla situazione precedente, posto che permetteva che la maggior parte degli eternamente incapaci potessero veder concluso il loro procedimento una volta maturata la prescrizione, lasciava però adito ad alcuni **nodi problematici**⁵, tra cui spiccava la situazione degli imputati per un **delitto imprescrittibile**, i quali, non potendo giovare del *dictum* della

¹ Sui lavori preparatori e sulle diverse versioni che si sono succedute, cfr. M. BARGIS, *I ritocchi alle modifiche in tema di impugnazioni nel testo del D.D.L. N. 2798 approvato dalla Camera dei Deputati*, in *Dir. pen. cont.*, 19 ottobre 2015; EAD., *Primi rilievi sulle proposte in materia di impugnazioni del recente D.D.L. governativo*, in *questa Rivista*, n. 1/2015, p. 4; S. BELTRANI, *E venne il giorno!*, in *Il Penalista*, 15 giugno 2017; S. LORUSSO, *La giustizia penale tra riforme annunciate e riforme sperate*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, n. 1, p. 1; G. SPANGHER, *DDL n. 2067: sulle proposte di modifica al codice di procedura penale*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, n. 3; ID., *La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni*, in *questa Rivista*, n. 1/2016, p. 88; G. SAMBUCCO, *Rafforzamento delle garanzie difensive, durata ragionevole del processo e contrasto alla corruzione*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, n. 2, p. 17; S. ZIRULIA-L. MATARRESE, *Il Governo presenta alla Camera un articolato pacchetto di riforme del codice penale, del codice di procedura penale e dell'ordinamento penitenziario*, in *Dir. pen. cont.*, 15 gennaio 2015.

² In palese violazione della circolare a firma congiunta dei Presidenti della Camera e del Senato del 20 aprile 2001, sulle regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi, la quale prevede che «un articolo non può contenere più di una disposizione di delega» (punto 2, lettera d): v. *Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario - A.C. 4368 - Dossier n° 159 - Elementi di valutazione sulla qualità del testo*, 4 maggio 2017, p. 3.

³ Cfr. Corte cost., 14 gennaio 2015, n. 45, in *Dir. pen. cont.*, 20 aprile 2015, con nota di M. DANIELE, *Il proscioglimento per prescrizione dei non più "eterni giudicabili". La sorte degli imputati affetti da incapacità processuale irreversibile dopo la sentenza 45/2015 della Corte costituzionale*.

⁴ Ci si riferisce a Corte cost., 14 febbraio 2013, n. 23, in *Dir. pen. cont.*, 18 febbraio 2013, con nota di G. LEO, *Il problema dell'incapace "eternamente giudicabile": un severo monito della Corte costituzionale al legislatore*.

⁵ Si veda, a riguardo, diffusamente M. DANIELE, *Il proscioglimento per prescrizione dei non più "eterni giudicabili"*, cit.

Consulta, rimanevano ancora “eterni giudicabili”. Dal canto suo, la novella normativa in esame non si è però limitata a porre rimedio a questa e altre residue criticità, ma ha piuttosto rappresentato il tentativo di superare il problema *de quo* in un modo **del tutto innovativo** rispetto a quanto fatto fino a oggi, segnando così una svolta per certi versi storica e radicale rispetto al passato.

Le novità introdotte sul tema dalla legge in commento, contenute nei commi da 21 a 23 del ddl Orlando, si sostanziano nella parziale modifica di due disposizioni codicistiche (gli artt. 71 e 345 c.p.p.) e nella introduzione di un **nuovo art. 72-bis** c.p.p., il quale oggi rappresenta la previsione principale volta a disciplinare la sorte processuale dei soggetti affetti da incapacità irreversibile.

Più precisamente, l'art. 72-bis c.p.p. dispone: «se, a seguito degli accertamenti previsti dall'articolo 70, risulta che lo stato mentale dell'imputato è tale da impedire la cosciente partecipazione al procedimento e che tale stato è irreversibile, il giudice, revocata l'eventuale ordinanza di sospensione del procedimento, pronuncia sentenza di non luogo a procedere o sentenza di non doversi procedere, salvo che ricorrano i presupposti per l'applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca». In tal modo, il legislatore ha optato per una delle soluzioni alla problematica *de qua* suggerite da parte della dottrina⁶ e fatta propria dalla stessa Corte costituzionale, la quale, nella sua sentenza monitoria n. 23 del 14 febbraio 2013, aveva indicato alle forze politiche come possibile rimedio alla questione degli “eternamente giudicabili” anche la previsione di una sentenza di improponibilità o improcedibilità dell'azione. A seguito della riforma in esame, quindi, nei casi in cui il giudice accerti che l'imputato non potrà mai partecipare coscientemente al proprio procedimento si è abbandonata la logica della sospensione protratta, per abbracciare una nuova impostazione che individua «nell'incapacità irreversibile l'esistenza di un ostacolo di natura procedimentale che influisce sulla instaurazione o la perseguibilità del rito»⁷ e, quindi, in buona sostanza, l'assenza di una **condizione di procedibilità**. Si tratta di una opzione assai diversa da quella che la Consulta aveva infine adottato con la già citata sentenza 45/2015, posto che il giudice non dovrà più attendere il decorso dei termini prescrizionali per far concludere il procedimento degli irreversibilmente incapaci (nei cui confronti non fossero ravvisabili gli estremi per il proscioglimento), dovendo, invece, immediatamente pronunciare sentenza di non luogo o non doversi procedere. È, quindi, chiaro che, optando per questa scelta, il legislatore ha, da un lato, ovviato al segnalato nodo critico dei delitti imprescrittibili o comunque di lunga prescrizione e, da un altro lato, consentito un generalizzato e notevole risparmio economico, non dovendosi eseguire ogni sei mesi perizie dall'esito quasi scontato. Non va d'altra parte dimenticato come, nel contesto della riforma in commento, superare l'impostazione legata al computo della prescrizione pare fosse una scelta obbligata, tenuto conto, per l'appunto, del marcato allungamento dei termini per dichiarare tale causa di estinzione del reato operato dalla novella, che avrebbe quindi determinato in molti casi se non una vera e propria rinascita della figura degli “eternamente giudicabili”, quantomeno un netto peggioramento per la situazione processuale di tali soggetti.

Merita infine segnalare come il legislatore, volendo fugare ogni dubbio circa la possibilità di ri-instaurare un procedimento penale nei casi in cui per un errore diagnostico, oppure per altre cause, dopo la conclusione del procedimento emerga che un soggetto proscioltto *ex art. 72-bis* c.p.p. risulti in realtà capace di partecipare coscientemente al rito, ha provveduto anche a modificare direttamente la disposizione di cui all'art. 345 c.p.p., la quale regola in via generale le fattispecie in cui sopravvenga una condizione del procedere originariamente mancante. Non accontentandosi di quanto già previsto dal secondo comma di tale disposizione, nel corso dei lavori preparatori della novella in esame si è infatti deciso di chiarire espressamente – in modo forse pleonastico – che quanto stabilito dal primo comma dell'art. 345 c.p.p. si applica anche quando, «dopo che è stata pronunciata sentenza di non luogo a procedere o di non doversi procedere a norma dell'articolo 72-bis, lo stato di incapacità dell'imputato viene meno o si accerta che è stato erroneamente dichiarato».

⁶ Questa tesi era stata sostenuta, tra gli altri, da L. SCOMPARIN, *Sospensione del processo per incapacità irreversibile dell'imputato: una normativa suscettibile di perfezionamenti nuovamente "salvata" dalla Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2012, pp. 957 ss. Cfr. anche H. BELLUTA, *Il tema degli "eternamente giudicabili" torna davanti alla Corte Costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 13 maggio 2014.

⁷ Cfr. L. SCOMPARIN, *Prescrizione del reato e capacità di partecipare coscientemente al processo: nuovamente sub iudice la disciplina degli "eterni giudicabili"*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 1832.

3.

I rapporti tra indagato e difensore.

Con riguardo al profilo dei rapporti tra indagato e difensore si registrano due modifiche. La prima riguarda l'**elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio**: al fine di garantire maggiore effettività alla difesa tecnica affidata al difensore d'ufficio, si è inserito nell'art. 162 un comma 4-*bis* in forza del quale l'elezione «non ha effetto se l'autorità che procede non riceve, unitamente alla dichiarazione di elezione, l'assenso del difensore domiciliatario» (art. 162).

Assai rilevante il secondo intervento in materia di difesa tecnica che riguarda la disposizione relativa ai **colloqui del difensore con l'imputato in custodia cautelare** e, in particolare, l'ambito di operatività del differimento del colloquio contemplato nel terzo comma. Come noto, dopo l'adozione della Direttiva 2013/48/UE, che ha sancito il diritto di avvalersi di un difensore senza indebito ritardo dalla privazione della libertà personale (art. 2) e ha subordinato le eccezioni a presupposti molto stringenti (artt. 3 par. 5 e 6, nonché 8, par. 1, lett. c), si è riaperto il dibattito sulla legittimità di una norma come quella del comma 3, che, nell'interpretazione giurisprudenziale, consentirebbe di differire il colloquio per cinque giorni in presenza di un pericolo astratto che lo stesso possa pregiudicare le indagini (così vengono lette le «specifiche ed eccezionali ragioni di cautela»). Il legislatore ha ritenuto di intervenire sulla disposizione limitandone l'ambito di applicabilità «ai delitti di cui all'articolo 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*». Una scelta per certi versi discutibile perché, da un lato, esclude alla radice il potere di differimento per tutti i procedimenti per reati diversi da quelli di criminalità organizzata e terroristica (il che forse è troppo); da un altro lato, li consente per i reati più gravi, ma senza specificare che le esigenze di cautela devono essere non solo eccezionali e specifiche, ma anche concrete (il che potrebbe essere insufficiente a sgombrare il campo da contrasti con la direttiva, a meno che la giurisprudenza non adotti un'interpretazione conforme alla stessa).

4.

La persona offesa.

Nell'ottica di dare piena attuazione alle indicazioni provenienti dalla direttiva 2012/29/UE e di completare l'attuazione realizzata con il d.lgs. 15 dicembre 2012, n. 212, il legislatore è intervenuto su diversi versanti attinenti ai poteri della vittima.

Con riguardo ai **diritti informativi**, si è anzitutto riconosciuto alla persona offesa il **diritto di chiedere all'autorità procedente informazioni relative allo stato del procedimento**, senza pregiudizio del segreto investigativo, una volta che siano decorsi sei mesi dalla presentazione della denuncia o della querela (art. 335 comma 3-*ter* c.p.p.). Coerentemente, si è inserito nella **comunicazione sui diritti** di cui all'art. 90-*bis* c.p.p. l'avviso della «facoltà di ricevere comunicazione del procedimento e delle iscrizioni di cui all'articolo 335, commi 1, 2 e 3-*ter*». Si tratta di una modifica apprezzabile negli intenti ma che lascia più di qualche perplessità a causa della sua formulazione: il richiamo alla necessità di tutelare il segreto investigativo e il riferimento alla mera possibilità di «chiedere di essere informata» sembrano lasciare un'ampia discrezionalità all'autorità procedente.

Ulteriore modifica relativa alle garanzie di conoscenza riguarda l'**avviso della richiesta di archiviazione** contemplato dall'art. 408 comma 3-*bis* c.p.p.: inserito nel 2013 con riguardo ai «delitti commessi con violenza alla persona», viene esteso al «reato di cui all'articolo 624-*bis* del codice penale». L'ennesimo intervento puntuale che estende a un singolo reato – il furto in abitazione e con strappo – un obbligo processuale: al di là della censura della (discutibile anche se ormai diffusa) tecnica normativa casistica, viene da chiedersi perché il legislatore abbia richiamato solo questo reato.

Per quel che concerne i **diritti partecipativi**, il legislatore è intervenuto sui **termini per proporre l'opposizione**: il termine ordinario di dieci giorni è stato portato a venti (art. 408 comma 3 c.p.p.) e quello contemplato dal comma 3-*bis* è stato aumentato a trenta. Questo aumento, finalizzato a garantire un periodo maggiore di studio e valutazione in ordine all'opportunità di opporsi alla richiesta di archiviazione presentata dal pubblico ministero, va ricollegato alla nuova ipotesi di nullità – come si vedrà, disciplinata in maniera alquanto maldestra – prevista dal nuovo art. 410-*bis* c.p.p.

5.

Le indagini preliminari.

Le modifiche alla disciplina della fase preliminare sembrano muoversi in due direzioni: da un lato, si è tentato di **razionalizzare e contingentare i tempi** di durata della fase preliminare; dall'altro, è stata introdotta un'articolata disciplina relativa ai **vizi del provvedimento archiviativo e alla sua impugnabilità**.

a. Termine per promuovere l'incidente probatorio (art. 360, commi 4-*bis* e 5, c.p.p.)

Sul primo versante, si colloca senz'altro l'aggiunta di nuovo comma 4-*bis* all'art. 360 c.p.p., in materia di accertamenti tecnici non ripetibili disposti su iniziativa del pubblico ministero: dopo aver proposto riserva di incidente probatorio, la persona sottoposta alle indagini ha l'**onere di agire concretamente in tempi brevi**, rivolgendosi al g.i.p., per l'instaurazione di tale procedura, entro un termine massimo di dieci giorni. In caso contrario, una volta decorso tale lasso temporale, la riserva perde efficacia e l'autorità inquirente è libera di procedere al proprio accertamento.

Il successivo **comma 5** stabilisce infatti che, all'inutilizzabilità degli atti compiuti dal pubblico ministero nonostante la presentazione della riserva di incidente probatorio, faccia ora eccezione – oltre al caso di urgenza – anche l'inefficacia della stessa.

Viene così impedito che una **patologica inerzia dell'indagato** generi situazioni di stallo, idonee a ostacolare il compimento dell'atto investigativo.

b. Durata della fase investigativa (art. 407, comma 3 *bis*, c.p.p.)

Il nuovo art. 407, comma 3 *bis*, c.p.p. sancisce l'obbligo, per il pubblico ministero, di chiedere l'archiviazione oppure esercitare l'azione penale, in ogni caso, **entro «tre mesi** dalla scadenza del termine massimo di durata delle indagini e comunque dalla scadenza dei termini di cui all'articolo 415-*bis*». In prima battuta, si può quindi affermare che lo spazio decisionale del pubblico ministero è stato formalmente ampliato quantomeno di tre mesi rispetto a ciò che era finora previsto.

Ma non è tutto. Nel caso in cui si presenti la situazione di cui al comma 2, lett. b, ossia debbano essere vagliate «notizie di reato che rendono particolarmente complesse le investigazioni per la molteplicità di fatti tra loro collegati ovvero per l'elevato numero di persone sottoposte alle indagini o di persone offese», il rappresentante dell'accusa può rivolgersi al Procuratore generale presso la Corte di appello per ottenere una **proroga fino a ulteriori tre mesi**. Inoltre, è stato stabilito che, in relazione ai gravi reati di cui al comma 2, lett. a, nn. 1, 2, 3 e 4, sempre dell'art. 407 c.p.p., il tempo lasciato all'autorità inquirente per decidere il da farsi sia addirittura di **quindici mesi** e non di tre, come ordinariamente previsto⁸; dal tenore della disposizione in esame, non si può peraltro escludere che, pure in quest'ultima ipotesi, possa essere concessa una dilazione.

La *ratio* della novità è piuttosto chiara: il legislatore ha cercato di far fronte a quei casi in cui il pubblico ministero, dopo lo scadere dei termini delle indagini, pur non potendo compiere validamente ulteriori atti investigativi (art. 407, comma 3, c.p.p.), resta inerte, senza prendere alcuna decisione⁹. La via tentata è quella del **compromesso**: si è rinunciato a "pretendere" che il pubblico ministero agisca subito in un senso o nell'altro ed è stata formalizzata una "pausa di riflessione", trascorsa la quale si auspica che la decisione venga presa. In breve, la riforma ha legittimato la prassi del ritardo, nella speranza di poterne contenere i tempi, e la fase delle indagini preliminari consta ora di due sottofasi: nella prima, il pubblico ministero compie atti investigativi; nella seconda, non li può più compiere e si limita a valutare quanto raccolto.

Certamente, una scelta di tal tipo può destare alcuni dubbi, non solo a fronte della potenziale ampiezza di questi periodi di stasi procedimentale in cui materialmente nulla accade¹⁰, ma anche delle modalità prescelte per indurre l'autorità inquirente all'osservanza della nuova disciplina: quest'ultimo, infatti, se nemmeno allo scadere dei nuovi termini stabiliti dal legislatore abbia assunto le proprie determinazioni, dovrebbe **darne «immediata comunica-**

⁸ Si veda G. SPANGHER, *DDL n. 2067: sulle proposte di modifica al codice di procedura penale*, cit., p. 2.

⁹ Cfr. G. SPANGHER, *Riforma Orlando: servono soluzioni condivise*, in *Il Penalista*, 4 maggio 2017; S. LORUSSO, *La giustizia penale tra riforme annunciate e riforme sperate*, cit., p. 2.

¹⁰ Si vedano, a tal proposito, le riflessioni critiche di G. SPANGHER, *Riforma Orlando: alta velocità ... per il doppio binario*, in www.quotidiano-giuridico.it, 10 ottobre 2016.

zione al procuratore generale presso la corte di appello», affinché eserciti il proprio potere di avocazione *ex art. 412 c.p.p.* Tale previsione fa indubbiamente il paio con l'art. 127 disp. att. c.p.p., in forza del quale ogni settimana deve essere trasmesso alla Procura generale «un elenco delle notizie di reato contro persone note per le quali non è stata esercitata l'azione penale o richiesta l'archiviazione» in termini; tuttavia, resta opinabile l'effettiva funzionalità di una disposizione che, in maniera così esplicita, obbliga il pubblico ministero ad autodenunciare la propria inefficienza.

c. Avocazione obbligatoria (art. 412 c.p.p.)

L'istituto dell'avocazione obbligatoria è stato semplicemente **aggiornato** alle novità derivanti dall'introduzione dell'art. 407, comma 3 *bis*, c.p.p.: il Procuratore generale presso la Corte di appello, per poter procedere, oltre all'esaurimento del termine di durata delle indagini, dovrà infatti attendere anche il decorso del successivo "periodo di riflessione" ora concesso al pubblico ministero.

Resta invece **intatto il secondo periodo del comma 1**, in cui vengono regolate le tappe successive all'avocazione¹¹; il Procuratore generale, svolte le indagini preliminari «indispensabili», deve formulare «le sue richieste entro trenta giorni».

Desti certamente dubbi la scelta di fare ancora una volta totale affidamento su un istituto che – anche per limiti fisiologici – ha già dato prova di **scarsa effettività**.

d. Procedimento di archiviazione (artt. 408, 409, 410 *bis* c.p.p.)

La persona offesa gode di termini più lunghi per **presentare opposizione** alla richiesta di archiviazione: nell'**art. 408, comma 3, c.p.p.**, il termine attribuitole per «prendere visione degli atti e presentare opposizione con richiesta motivata di prosecuzione delle indagini preliminari» è stato infatti elevato da dieci a **venti giorni**. Analoghe modifiche ha subito la disciplina speciale, di maggior favore, contenuta nel successivo **comma 3 bis**: ai «delitti commessi con violenza alla persona», si aggiunge ora quello di «furto in abitazione e furto con strappo», contemplato dall'art. 624 *bis* c.p., e – simmetricamente a quanto previsto nel comma precedente – il termine per presentare opposizione è passato da venti a **trenta giorni**.

La vera e propria disciplina del procedimento di archiviazione (**art. 409 c.p.p.**) è stata modificata essenzialmente al fine di velocizzare la decisione conclusiva del giudice per le indagini preliminari¹². Quest'ultimo, se non accoglie la richiesta di archiviazione presentata dal pubblico ministero, deve **fissare, entro tre mesi, l'udienza camerale di cui al comma 2**; inoltre, qualora, al termine di tale udienza, non ritenga necessario il compimento di ulteriori indagini, ha di nuovo **tre mesi di tempo per provvedere «sulle richieste»**, ossia, in breve, per decidere se emettere ordinanza di archiviazione, oppure chiedere al pubblico ministero di formulare l'imputazione. Due sono le possibili notazioni: ci si è preoccupati di stabilire precise scansioni temporali per la fissazione dell'udienza e per le decisioni a essa successive, ma nulla viene detto in relazione al periodo precedente, che va dalla formulazione della richiesta di archiviazione da parte dell'accusa alla prima decisione del giudice sull'accoglibilità della medesima. In secondo luogo, si tratta sempre e comunque di **termini ordinatori**, che pertanto non ingenerano alcuna conseguenza sulla validità della procedura¹³.

Scompare il **comma 6 dell'art. 409 c.p.p.**, per far spazio alla neo introdotta disciplina di cui all'**art. 410 bis c.p.p.** La nuova norma contempla anzitutto espresse ipotesi di **nullità del decreto di archiviazione**, che – come afferma la Relazione all'originario d.d.l. di riforma¹⁴ – sono sostanzialmente ricognitive dei casi già elaborati dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità¹⁵.

La prima riguarda il decreto emesso in **mancanza dell'avviso**, alla persona offesa, di presentazione della richiesta di archiviazione (art. 408, commi 2 e 3 *bis*, c.p.p.), oppure dell'omologo avviso, dovuto – in materia di particolare tenuità del fatto (art. 411, c. 1 *bis*, c.p.p.) – sia alla persona sottoposta alle indagini sia alla persona offesa.

¹¹ Cfr. G. SPANGHER, *Riforma Orlando: la tempistica relativa ai termini per l'esercizio dell'azione penale*, in www.quotidianogiuridico.it, 24 marzo 2017.

¹² Cfr., in questo senso, S. LORUSSO, *La giustizia penale tra riforme annunciate e riforme sperate*, cit., p. 2; G. SPANGHER, *Prime considerazioni di sistema sulla riforma Orlando*, in www.quotidianogiuridico.it, 31 marzo 2017.

¹³ Si veda ancora S. LORUSSO, *La giustizia penale tra riforme annunciate e riforme sperate*, cit., p. 2.

¹⁴ Cfr. la *Relazione al d.d.l. n. 2798*, in *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, XVII Legislatura, Disegni di legge e Relazioni, Documenti*, p. 5.

¹⁵ Si veda G. COLAIACOVO, *Riforma Orlando: procedimento di archiviazione*, in www.parolaalladifesa.it, 16 giugno 2017.

Il decreto è poi nullo, se emesso «prima che il termine di cui ai commi 3 e 3-*bis* del medesimo articolo 408 sia scaduto **senza che sia stato presentato l'atto di opposizione**». L'intento è quello di lasciare alla persona offesa la possibilità di sfruttare tutto il tempo concesso dall'art. 408 c.p.p.; per questo motivo, viene stabilita l'invalidità del provvedimento di archiviazione emesso prima dell'esaurimento di tale periodo (venti o trenta giorni dalla ricezione dell'avviso, a seconda del reato perseguito), salvo naturalmente il caso in cui pure la vittima sia stata piuttosto celere e abbia presentato opposizione antecedentemente alla decisione.

Infine, scatta la nullità anche qualora il giudice abbia deciso sulla richiesta di archiviazione, omettendo di **pronunciarsi sull'ammissibilità** dell'opposizione presentata, oppure – si legge nel codice – l'abbia **dichiarata «inammissibile**, salvi i casi di inosservanza dell'articolo 410, comma 1». Viene dunque ribadita, anche a livello positivo, l'obbligatorietà di una pronuncia sull'ammissibilità dell'opposizione, ma il giudice resta pur sempre libero – almeno sotto il profilo delle sanzioni processuali – di ignorarne il merito. La seconda fattispecie – caratterizzata da un testo di difficile lettura – sembra significare che il giudicante può dichiarare l'inammissibilità dell'opposizione solo nelle ipotesi *ex* art. 410, comma 1, c.p.p., vale a dire qualora non siano stati indicati «l'oggetto della investigazione suppletiva e i relativi elementi di prova»; non comporta invece l'automatica irricevibilità dell'opposizione il solo spirare del termine di cui all'art. 408 c.p.p., che conferma una natura squisitamente dilatoria, anziché perentoria.

Per quanto riguarda la **nullità dell'ordinanza di archiviazione**, il legislatore si è limitato a rimodellare l'abrogato art. 409, comma 6, c.p.p., stabilendo, al comma 2 del nuovo art. 410 *bis*, che «l'ordinanza di archiviazione è nulla solo nei casi previsti dall'articolo 127, comma 5»: si tratterà dunque delle ipotesi di «mancato avviso dell'udienza; mancata indicazione dei destinatari dell'avviso se comparsi; mancato rinvio dell'udienza se l'imputato legittimamente impedito ha chiesto di essere sentito personalmente»¹⁶.

Totalmente innovativa è la disciplina da seguire per eccepire le invalidità sopra illustrate (comma 3). Sparisce il ricorso per Cassazione – come emerge dall'abrogazione dell'art. 409, comma 6 – e deve essere presentato, «entro quindici giorni dalla conoscenza del provvedimento», un **«reclamo innanzi al tribunale in composizione monocratica**». La procedura successiva è molto snella: il tribunale decide «con ordinanza non impugnabile, senza intervento delle parti interessate», le quali avranno soltanto la possibilità di «presentare memorie non oltre il quinto giorno precedente l'udienza». Il soggetto legittimato a impugnare è qualificato dal codice semplicemente come **«l'interessato**»: si tratta, in sostanza, della persona offesa e, in caso di richiesta di archiviazione per particolare tenuità del fatto, anche della persona sottoposta alle indagini. Il tribunale ha a disposizione tre diverse decisioni: può anzitutto dichiarare inammissibile il reclamo, ad esempio perché presentato fuori termini; se invece la doglianza è fondata, procede all'annullamento, ordinando poi la restituzione degli atti al giudice, mentre, in caso contrario, si limita a confermare il provvedimento.

I riformatori hanno quindi opportunamente **sgravato la Corte di cassazione** di uno dei suoi precedenti compiti¹⁷, tramite la creazione di un rimedio – a prima vista di natura impugnatoria –, finora inedito per il codice di procedura penale. Resta comunque ancora **preclusa la possibilità di censurare il merito** del provvedimento archiviativo, quale che sia la forma da esso assunta; a ben vedere, tale assetto poteva forse essere almeno parzialmente rimeditato, proprio alla luce del passaggio di consegne fra la Corte di legittimità e il tribunale in composizione monocratica.

Nel **comma 1 dell'art. 411 c.p.p.** è stato semplicemente aggiunto un rinvio alla disciplina del nuovo art. 410 *bis*.

Infine, per effetto del nuovo **comma 2 bis dell'art. 415 c.p.p.** – in materia di archiviazione nei procedimenti contro ignoti – è stato stabilito che, in caso di cosiddetta «iscrizione coatta» del nome dell'indagato nel registro delle notizie il reato, il pubblico ministero goda sempre e comunque del termine ordinario – e prorogabile – di sei mesi per il compimento delle indagini (art. 405, comma 2, c.p.p.), che comincia a decorrere «dal provvedimento del giudice».

¹⁶ Così, testualmente, G. SPANGHER, *La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni*, cit., p. 92.

¹⁷ Cfr. la *Relazione al d.d.l. n. 2798*, cit., p. 5, in cui si afferma che il ricorso per Cassazione rappresentava «un mezzo eccessivo rispetto alla funzione connessa all'esame di vizi che attengono alla mera violazione del contraddittorio camerale in sede di procedimento di archiviazione». Cfr. anche M. BARGIS, *Primi rilievi sulle proposte in materia di impugnazioni nel recente D.D.L. governativo*, cit., p. 6; G. SPANGHER, *DDL n. 2067: sulle proposte di modifica al codice di procedura penale*, cit., p. 5.

e. Disposizioni extracodicistiche

Restano da segnalare due modifiche di disposizioni non contenute nel codice, ma che comunque assumono una certa rilevanza per quanto riguarda la fase investigativa.

La **relazione annuale del Governo alle Camere sull'uso delle misure cautelari personali** (art. 15, comma 1, l. 16 aprile 2015, n. 47) dovrà ora contenere anche i «dati relativi alle sentenze di riconoscimento del diritto alla riparazione per ingiusta detenzione» e quelli dei «procedimenti disciplinari iniziati nei riguardi dei magistrati per le accertate ingiuste detenzioni».

Inoltre, con la modifica degli artt. 1, comma 2, e 6, comma 1, del d.l. 20 febbraio 2006, n. 106, si è voluto assegnare, rispettivamente, al Procuratore della Repubblica e al Procuratore generale presso la Corte d'appello, il compito di verificare, fra l'altro, anche «l'**osservanza delle disposizioni relative all'iscrizione delle notizie di reato**». In pratica, il legislatore della riforma sembra aver preso atto – e sostanzialmente ratificato – l'indirizzo espresso a suo tempo dalle Sezioni Unite della cassazione, secondo cui il giudice per le indagini non ha il potere di sindacare la tempestività dell'iscrizione del nome dell'indagato nel registro delle notizie di reato¹⁸. A tal proposito, non si può non ricordare come la “Commissione Canzio”¹⁹ avesse invece suggerito di introdurre nell'art. 407 c.p.p. un nuovo comma 3, secondo cui «il giudice verifica la tempestività degli adempimenti di cui all'art. 335, eventualmente determinando la data nella quale si sarebbe dovuto provvedere»²⁰.

6.

L'udienza preliminare.

Per quanto riguarda l'udienza preliminare, alla fine, la riforma si è sostanziata nella sola novellazione dell'art. 428 c.p.p.: **ricompare l'appello avverso la sentenza di non luogo a procedere**, già previsto prima della cosiddetta “Legge Pecorella” (l. 20 febbraio 2006, n. 46)²¹. La disposizione in esame torna quindi a essere piuttosto simile alla sua versione originaria.

La decisione deve essere presa in camera di consiglio secondo la procedura *ex art.* 127 c.p.p. Viene poi precisato che, **se l'impugnante è il pubblico ministero** e non viene confermata la decisione del giudice dell'udienza preliminare, la Corte d'appello può alternativamente pronunciare una sentenza di non luogo a procedere con formula meno favorevole all'imputato, oppure emettere il decreto che dispone il giudizio, formando conseguentemente anche il fascicolo per il dibattimento. **In caso di impugnazione del solo imputato**, scatta invece il divieto di *reformatio in peius*: qualora la sentenza di non luogo a procedere non venga confermata, la Corte non potrà fare altro che pronunciarne una maggiormente favorevole.

Nella Relazione all'originario d.d.l. di riforma²², il ritorno al passato viene giustificato con la considerazione che «la verifica della sussistenza delle condizioni per il rinvio a giudizio dell'imputato attiene essenzialmente alla ricostruzione del fatto ed al merito dell'accusa, sicché essa appare estranea all'ambito del sindacato proprio della Corte di cassazione». Quest'ultima, però, non è uscita del tutto di scena: sempre in analogia con quanto previsto prima del 2006, infatti, il nuovo **comma 3 bis** afferma che «contro la sentenza di non luogo a procedere pronunciata in grado di appello possono **ricorrere per cassazione** l'imputato e il procuratore generale»; tuttavia, il ricorso – a differenza che in passato²³ – potrà riguardare «solo i motivi di cui alle lettere a), b) e c) del comma 1 dell'articolo 606».

La **persona offesa** ha ora la possibilità di proporre appello – e non più ricorso per cassazione – in caso di violazione del contraddittorio e viene meno il diritto di impugnare, «ai sensi

¹⁸ Ci si riferisce a Cass., sez. un., 24 settembre 2009, Lattanzi, in *Cass. pen.*, 2010, p. 503. Cfr. G. SPANGHER, *La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni*, cit., p. 92, secondo cui l'inserimento di questa disposizione è dipesa dall'«impossibilità – a più riprese evidenziata, ad esempio, nel corso dei lavori della Commissione Canzio – di affrontare il tema della tempistica dell'iscrizione nel registro delle notizie di reato con adeguato corredo sanzionatorio».

¹⁹ Cfr. *Verso una mini-riforma del processo penale: le proposte della Commissione Canzio*, in *Dir. pen. cont.*, 27 ottobre 2014.

²⁰ Del mancato inserimento di tale disposizione nel d.d.l. di riforma si era già peraltro a suo tempo rammaricata anche l'Unione delle Camere penali: cfr. il *Documento dell'Unione delle Camere penali italiane per la Commissione Giustizia del Senato*, reperibile in www.senato.it, in cui si legge che «la *vexata quaestio* della ritardata iscrizione nel registro *ex art.* 335 c.p.p. non può, infatti, essere regolata solo sul piano disciplinare, senza la previsione di un'effettiva sanzione processuale che decreti l'inutilizzabilità degli atti di indagine compiuti successivamente allo spirare del termine, così come correttamente rideterminato a seguito del controllo del giudice».

²¹ Cfr. M. BARGIS, *Primi rilievi sulle proposte in materia di impugnazioni nel recente D.D.L. governativo*, cit., p. 6; G. SPANGHER, *La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni*, cit., p. 93.

²² Cfr. la *Relazione al d.d.l. n. 2798*, cit., p. 6.

²³ Cfr. ancora M. BARGIS, *Primi rilievi sulle proposte in materia di impugnazioni nel recente D.D.L. governativo*, cit., p. 6, la quale ricorda che, in tal caso, ci si trova infatti davanti a un caso di «doppia conforme di non luogo a procedere».

dell'articolo 606», in capo alla «persona offesa costituita **parte civile**»; dall'emanazione della sentenza di non luogo a procedere – si è infatti ritenuto – il danneggiato dal reato non soffrirebbe «alcun pregiudizio dei propri interessi, come reso evidente dalla previsione dell'articolo 652 del codice di procedura penale»²⁴.

La Corte di legittimità è stata quindi sollevata – almeno in prima battuta – da un altro compito, in linea con l'intento di **decongestionare il carico di lavoro** complessivo²⁵. Maggiormente opinabile appare la scelta di estromettere del tutto la parte civile dal novero degli impugnanti: vero è che la sentenza di non luogo a procedere non fa stato nei giudizi civili o amministrativi di danno; tuttavia, **si priva tale parte dell'opportunità di opporsi** allo sbarramento della via prescelta per coltivare la propria pretesa risarcitoria. Sembra infatti da escludere la possibilità che questa possa appellare: l'art. 576 c.p.p. le consente infatti di proporre impugnazione, «ai soli effetti della responsabilità civile», soltanto «contro la sentenza di proscioglimento pronunciata nel giudizio».

7. I procedimenti speciali.

Le modifiche introdotte dalla riforma Orlando in materia di riti speciali sono **alquanto significative** e rappresentano, in buona parte, l'ennesimo **recepimento da parte del legislatore di orientamenti giurisprudenziali** ormai consolidati. In alcuni casi, però, la novella ha optato per delle scelte innovative, le quali paiono orientate in un'ottica repressiva. Anche in questo caso la tecnica normativa utilizzata dal legislatore non può certamente dirsi piana, posto che, come si vedrà, le nuove disposizioni sollevano problematiche esegetiche piuttosto intricate, che sembrano essere il frutto più di mere dimenticanze che di scelte oculate.

a. Giudizio abbreviato

Il giudizio abbreviato rappresenta, senza dubbio, il procedimento speciale su cui i riformatori hanno riversato maggiori attenzioni²⁶. La disciplina dello stesso è stata, infatti, oggetto di **ben otto interpolazioni** (commi da 41 a 48), con cui si è intervenuti su diverse questioni di primaria importanza.

Una delle modifiche senz'altro più rilevanti, anche da un punto di vista sistematico, è costituita dalla regolazione espressa del rapporto tra indagini difensive “a sorpresa” e giudizio abbreviato. È del resto a tutti noto come la tematica di quali diritti avesse il pubblico ministero nel caso in cui il difensore dell'imputato producesse in udienza preliminare *ex art. 391-octies* c.p.p. il proprio fascicolo delle indagini difensive e, contestualmente, o in stretta successione temporale, formulasse richiesta di giudizio abbreviato secco sia stata, per lunghi anni, una delle più dibattute tra quelle inerenti al rito *de quo*²⁷. A tale riguardo, il ddl 4378 ha dato una risposta netta: intervenendo sul **comma 4 dell'art. 438 c.p.p.**, il legislatore ha statuito infatti che, «quando l'imputato chiede il giudizio abbreviato immediatamente dopo il deposito dei risultati delle indagini difensive, il giudice provvede solo dopo che sia decorso il **termine non superiore a sessanta giorni, eventualmente richiesto dal pubblico ministero, per lo svolgimento di indagini suppletive limitatamente ai temi introdotti della difesa**», e che, «in tal caso, l'imputato ha facoltà di **revocare la richiesta**». Così facendo, quindi, si è voluta rafforzare la posizione della pubblica accusa, attribuendole un ulteriore spazio di indagine nel caso in cui la difesa chieda di adire il rito subito dopo aver depositato i risultati delle proprie indagini. Se è vero che, in tal modo, il legislatore sembra aver recepito e ampliato quanto già affermato in tema di contraddittorio sulle prove addotte a sorpresa dalla Consulta **nell'ordinanza n. 245 del 2005**²⁸, pare possibile rilevare come il termine stabilito dal nuovo art. 438 c.p.p. risulti piuttosto ampio, essendo quindi stata attribuita all'accusa una *chance* investigativa assai impor-

²⁴ Si veda ancora la *Relazione al d.d.l. n. 2798*, cit., p. 6.

²⁵ Cfr. M. CERESA GASTALDO, *La riforma dell'appello, tra malinteso garantismo e spinte deflative. A proposito dell'imminente varo del d.d.l. C 4368 (e dei recenti interventi delle Sezioni Unite)*, in *Dir. pen. cont.*, 18 maggio 2017, p. 13; G. SPANGHER, *DDL n. 2067: sulle proposte di modifica al codice di procedura penale*, cit., p. 5.

²⁶ Per un ampio commento cfr. F. GALLUZZO, *Approvate alla Camera le modifiche al giudizio abbreviato: prime riflessioni*, in www.ilpenalista.it; Id., *Il giudizio abbreviato*, in AA.Vv., *Verso un processo penale accelerato. Riflessioni intorno alla l. 67/2014 al d.lgs. 28/2015 e al d.l. 2798/2014*, a cura di A. Marandola-K. La Regina-R. Aprati, Napoli, 2015, pp. 91 ss.; Id., *Riforma Orlando: giudizio abbreviato*, in www.parolaalladifesa.it.

²⁷ Per una panoramica sul punto, cfr. A. ZIROLDI, *Giudizio abbreviato e indagini difensive: il contraddittorio imperfetto*, in *Proc. pen. giust.*, 2013, n. 1, pp. 78 ss.

²⁸ Ci si riferisce a Corte cost., 20 giugno 2005, n. 245.

tante, a discapito della posizione processuale dell'accusato. Quest'ultimo, infatti, pur avendo la possibilità di revocare la richiesta di giudizio abbreviato "secco", ha visto incrementare di molto le possibilità che, a seguito dello svolgimento delle indagini suppletive da parte del pubblico ministero, la scelta di optare per il rito in questione non risulti più conveniente, almeno da un punto di vista della piattaforma probatoria disponibile. Anche alla luce di ciò, parte della dottrina ha apertamente criticato la soluzione oggi fatta propria dal legislatore, essendo la stessa rappresentata come «un ritorno al passato» e un *revirement* rispetto ai più recenti arresti della Consulta in materia (Corte cost., 22 giugno 2009, n. 184; Corte cost., 4 aprile 2011, n. 117)²⁹. Pare, infine, utile segnalare come il legislatore, avendo utilizzato nel nuovo comma 4 dell'art. 438 c.p.p. l'espressione «immediatamente dopo», sembri aver lasciato ancora priva di regolamentazione, quantomeno da un punto di vista testuale, l'ipotesi in cui la richiesta di giudizio abbreviato sia presentata "contestualmente" al deposito delle indagini difensive.

Una **seconda novità** di rilievo riguarda, invece, la possibilità per l'imputato di presentare richieste di giudizio abbreviato e persino di patteggiamento subordinate, per i casi in cui una domanda (principale) di giudizio abbreviato condizionato non sia accolta. In buona sostanza, seguendo quanto già era stato suggerito dalla Commissione Canzio, il legislatore ha introdotto un nuovo **comma 5-bis all'interno dell'art. 438 c.p.p.**, in cui si è stabilito apertamente che «con la richiesta presentata ai sensi del comma 5 può essere proposta, **subordinatamente al suo rigetto, la richiesta di cui al comma 1, oppure quella di applicazione della pena ai sensi dell'articolo 444**». Come chiarito espressamente dallo stesso modello di riferimento, tale disposizione si è resa necessaria in quanto non risultava «unanime l'avallo giurisprudenziale a tali prassi»³⁰.

All'articolo 438 c.p.p. è stato, infine, aggiunto un nuovo **comma 6-bis**, in cui si è stabilito che «la richiesta di giudizio abbreviato proposta nell'udienza preliminare determina la **sanatoria delle nullità, sempre che non siano assolute, e la non rilevabilità delle inutilizzabilità**, salve quelle derivanti dalla violazione di un divieto probatorio. Essa preclude altresì ogni **questione sulla competenza per territorio del giudice**». Anche in tal caso, il legislatore è stato ispirato da quanto proposto in sede di Commissione Canzio, ove, però, non si era considerato opportuno «estendere la preclusione sulle nullità anche alle inutilizzabilità non patologiche, ritenendo che questa [...], in linea con quanto affermato dalle Sezioni Unite Tammaro, [...] [fosse] già nel sistema» e che fosse rischioso introdurre una «disposizione generale classificatoria delle inutilizzabilità»³¹. Dal canto suo la riforma Orlando ha deciso di seguire una strada diversa, ritenendo necessario codificare la giurisprudenza in tema di limiti della sanatoria derivante dalla richiesta di giudizio abbreviato non solo per quanto concerne le nullità³², ma anche, per l'appunto, con riguardo alla categoria dell'inutilizzabilità³³.

Maggiormente innovativa pare, invece, la modifica in tema di impossibilità di rilevare nel giudizio abbreviato tipico **l'incompetenza territoriale**, a sua volta frutto di alcune suggestioni derivanti dalla Commissione Canzio. Come noto, infatti, le Sezioni Unite, accogliendo un orientamento minoritario, avevano concluso per l'ammissibilità dell'incidente di competenza territoriale nel giudizio abbreviato tipico, nei casi in cui la relativa eccezione fosse stata già proposta e rigettata in udienza preliminare³⁴. Dalla formulazione della nuova norma, ove, per l'appunto, si stabilisce che «la richiesta del rito in esame preclude ogni questione sulla competenza per territorio del giudice» parrebbe, invece, potersi derivare la **volontà di superare il predetto arresto**, facendo quindi rivivere la precedente esegesi più rigorosa³⁵. Se così fosse le facoltà difensive dell'imputato all'interno del giudizio speciale in questione subirebbero, a seguito della novella, un'ulteriore diminuzione, essendo egli obbligato, per ottenere uno sconto di pena, ad accettare anche la rinuncia a sindacare la competenza dell'organo giudicante. Senza che ci si possa in questa sede soffermare sul punto, va però segnalato come in dottrina vi sia chi, dopo aver compiuto un paragone con la ancora più netta norma sul punto proposta dalla Commissione Canzio, ha sostenuto che la riforma Orlando, a ben vedere, non avrebbe segnato un completo superamento di quanto stabilito dalle Sezioni unite Forcelli, lasciando invece

²⁹ Questa è l'opinione di F. GALLUZZO, *Riforma Orlando: giudizio abbreviato*, cit.

³⁰ Cfr., a riguardo, *Verso una mini-riforma del processo penale: le proposte della Commissione Canzio*, cit.

³¹ Cfr., nuovamente, *Verso una mini-riforma del processo penale: le proposte della Commissione Canzio*, cit.

³² Ci si riferisce a Cass., Sez. un., 26 settembre 2006, n. 39298, in *Ced. Cass.*, n. 234835.

³³ Cfr. Cass., Sez. un., 21 giugno 2000, Tammaro, in *Ced. Cass.*, n. 216246.

³⁴ Cfr. Cass., Sez. un., 29 marzo 2012, Forcelli, in *Dir. pen. cont.*, 16 luglio 2012, con nota di G. LEO, *Le Sezioni unite sull'eccezione di incompetenza per territorio nel giudizio abbreviato*.

³⁵ In questo senso cfr. G. SPANGHER, *La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni*, cit., p. 93.

ancora la «possibilità di sollevare la questione di incompetenza territoriale anche dinanzi al giudice dell'abbreviato, fino a quando questi non abbia dichiarato instaurato il rito»³⁶.

Il legislatore ha inoltre parzialmente **modificato il regime di premialità del procedimento in questione**, stabilendo al primo periodo del **comma 2 dell'art. 442 c.p.p.**, che la pena nei casi in cui l'accusato opti per il giudizio abbreviato «è **diminuita della metà se si procede per una contravvenzione e di un terzo se si provvede per un delitto**». Anche su questo punto la Commissione Canzio aveva operato una scelta più netta, prevedendo la maggiore riduzione di pena anche con riguardo ad alcuni delitti ritenuti di minore allarme sociale. È chiaro che l'opzione più cauta fatta propria dalla novella in esame presenti la controindicazione di aver depotenziato la riforma da un punto di vista dell'effettivo smaltimento del carico giudiziario.

Tenuto conto degli importanti cambiamenti introdotti dal ddl. 4378 con riguardo alla fattispecie base di giudizio abbreviato, non stupirà che il legislatore abbia inserito alcune **disposizioni di raccordo** volte ad aggiornare alla nuova disciplina anche le ipotesi in cui il procedimento speciale in questione, al posto di instaurarsi in seno a un'udienza preliminare, trovi sede nel contesto del rito direttissimo, del giudizio immediato o del procedimento per decreto.

Così, ad esempio, nel contesto della novella in esame si è interpolato nell'**art. 452, comma 2, c.p.p.** un riferimento al fatto che, anche nel giudizio abbreviato disposto a seguito della trasformazione di un rito direttissimo, si applicano le disposizioni di cui al nuovo art. 438, comma 6-*bis*, c.p.p., riguardanti, come visto, l'impossibilità di rilevare in tale contesto alcune specie di invalidità e l'incompetenza per territorio. Si tratta di una scelta apprezzabile, che però inespugnabilmente non è stata seguita anche con riguardo al nuovo **comma 4 dell'art. 438 c.p.p.**, in materia di investigazioni difensive a sorpresa, il quale per l'appunto non è stato richiamato in modo espresso nell'art. 452 c.p.p. Di modo che, in sostanza, non è dato comprendere se il legislatore abbia scelto deliberatamente di far operare la nuova disposizione sulle indagini difensive "a sorpresa" solamente nel giudizio abbreviato instaurato all'interno dell'udienza preliminare, oppure se il mancato riferimento, nell'art. 452 c.p.p., al nuovo comma 4 dell'art. 438 c.p.p., rappresenti, invece, una mera dimenticanza. Si tratta di una lacuna, forse spiegabile in ragione del fatto che l'originario comma 4 dell'art. 438 c.p.p. non conteneva una disciplina effettivamente utile anche per il procedimento abbreviato disposto a seguito di trasformazione di un direttissimo, che sembra poter dare luogo in futuro a problematiche interpretative. La mancanza del suddetto rinvio, infatti, si presta a possibili interpretazioni contrastanti, potendo persino paradossalmente ritenersi che nel caso dell'abbreviato di cui all'art. 452 c.p.p. il pubblico ministero non abbia diritto al termine per effettuare le investigazioni suppletive.

Come anticipato, il legislatore ha dettato alcune regole anche con riguardo al **procedimento abbreviato "atipico"**, richiesto nel contesto di un **giudizio immediato**. La prima è stata inserita all'interno dell'**art. 458, comma 1, c.p.p.**, in cui si è stabilito, da un lato, che nel giudizio abbreviato, celebrato dopo l'emissione di un decreto di rito immediato, «si applicano le disposizioni dell'articolo 438, comma 6-*bis*» e, da un altro lato, che «con la richiesta l'imputato può eccepire l'incompetenza per territorio del giudice». Si tratta, quindi, di una significativa differenza rispetto a quanto disposto in merito al giudizio abbreviato domandato in udienza preliminare, che sembra trovare la sua giustificazione nel fatto che, nel contesto del giudizio immediato, l'imputato non ha avuto alcuna previa possibilità, prima dell'instaurazione del rito abbreviato, per contestare "ufficialmente" la competenza del giudice, vista l'assenza proprio dell'udienza preliminare o, comunque, di una qualsivoglia udienza dopo l'esercizio dell'azione penale³⁷. Non sfuggirà, quindi, che così facendo il legislatore ha, in buona sostanza, **confermato sul punto quanto già avevano stabilito le citate Sezioni unite Forcelli**, operando, quindi, una scelta nettamente diversa rispetto a quanto si è visto fare con riguardo al procedimento abbreviato tipico, in merito al quale il citato arresto giurisprudenziale pare essere stato sconfessato.

Il legislatore ha poi **riscritto interamente il secondo comma dell'art. 458 c.p.p.**, il quale ora stabilisce che «il giudice fissa con decreto l'udienza in camera di consiglio dandone avviso almeno cinque giorni prima al pubblico ministero, all'imputato, al difensore o alla persona offesa. Qualora riconosca la propria incompetenza, il giudice la dichiara con sentenza e ordina la trasmissione degli atti al pubblico ministero competente. Nel giudizio si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni degli articoli 438, commi 3 e 5, 441, 441-*bis*, 442 e 443

³⁶ Cfr. F. GALLUZZO, *Riforma Orlando: giudizio abbreviato*, cit.

³⁷ Cfr. Cass., Sez. un., 29 marzo 2012, Forcelli, cit.

[...]». Senza che sia possibile dilungarsi su questa disposizione, pare opportuno rilevare come la stessa, rispetto al previgente comma 2 dell'art. 458 c.p.p., non contenga più l'inciso «se la richiesta è ammissibile» e ciò evidentemente nell'ottica di garantire un contraddittorio anche sull'ammissibilità della richiesta di abbreviato. La citata precisazione riguardante l'incompetenza territoriale pare, invece, essere in realtà superflua, posto che la stessa non fa altro che ribadire quanto è già ricavabile dalla disposizione generale dell'art. 22, comma 3, c.p.p. Non sarà, infine, sfuggito come neppure in questo caso il legislatore abbia richiamato in modo espresso il nuovo comma 4 dell'art. 458 c.p.p., di modo che si ripropongono anche qui i medesimi dubbi sopra segnalati con riferimento all'abbreviato disposto a seguito di trasformazione di un rito direttissimo.

La riforma Orlando si è infine occupata anche dell'ultima ipotesi di giudizio abbreviato atipico, ovvero quella in cui tale procedimento si incardina dopo l'emissione di un decreto penale di condanna. A tale riguardo, il legislatore ha solamente inserito **all'interno dell'art. 464, comma 1, c.p.p.** un richiamo all'intera disciplina del nuovo art. 438, **comma 6-bis**, c.p.p. dal quale sembrerebbe desumersi come all'interno di tale forma di abbreviato atipico l'imputato non avrebbe la possibilità di eccepire l'incompetenza per territorio. Si tratta di una scelta **alquanto discutibile**, specie alla luce di quanto fatto in merito al giudizio immediato, in cui il legislatore ha, invece, ammesso la possibilità per il prevenuto di presentare tale eccezione. Non bisogna, infatti, dimenticare che, esattamente come nell'ipotesi dell'immediato, anche nel procedimento per decreto l'accusato non ha modo di contestare la competenza territoriale del giudice in alcuna udienza tenutasi prima di una sua eventuale richiesta di giudizio abbreviato. Ciò è stato d'altra parte affermato a chiare lettere dalle più volte citate Sezioni unite Forcellì, le quali hanno compiuto a riguardo un preciso parallelo tra abbreviato atipico, disposto nel contesto di un rito immediato, e quello, invece, instaurato dopo un decreto penale di condanna. Gli imputati sottoposti a procedimento per decreto, quindi, sembrano trovarsi a subire una **palese discriminazione** – non giustificata da alcun fondamento solido – rispetto a quelli per cui si è preceduto con giudizio immediato, di modo che pare determinarsi sul punto una frizione della nuova disciplina con il principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. Senza contare che la soluzione adottata dal legislatore sembra porsi in contrasto anche con il principio del giudice naturale, posto che dalla nuova normativa potrebbe ricavarsi che, nel contesto del procedimento per decreto, gli imputati siano messi davanti all'alternativa secca tra optare per il giudizio abbreviato o poter eccepire l'incompetenza per territorio. Alla luce di questi palesi difetti, pare persino passare in secondo piano l'ennesimo mancato richiamo al nuovo comma 4 dell'art. 438 c.p.p., con tutto ciò che ne consegue sul piano dell'effettiva possibilità per l'accusa di poter effettuare in tale contesto le citate investigazioni suppletive.

b. Applicazione della pena su richiesta delle parti

La riforma Orlando ha apportato anche alcune novità in materia di **applicazione della pena su richiesta delle parti**. A tale riguardo, va però, segnalato quanto le modifiche in materia che si è riusciti effettivamente ad approvare siano assolutamente meno significative di quelle che il legislatore si era in prima battuta proposto di portare a compimento. Nell'originario ddl. 2798 si voleva, infatti, tra le altre cose, per un verso, **eliminare il patteggiamento allargato**, diminuendo la soglia massima di accesso al rito *de quo* a tre anni e, per un altro verso, introdurre un nuovo istituto, la cosiddetta **condanna emessa su richiesta dell'imputato**, per il caso di volontaria confessione. Nel corso dei lavori preparatori, però, **non si è riusciti a raggiungere un accordo politico su modifiche tanto ambiziose**, di modo che questi propositi sono stati man mano abbandonati.

Ciò che, invece, si è riusciti a fare è – in un'ottica, anche in questo caso, di generale codificazione della giurisprudenza – prevedere una **«più agile procedura di correzione degli errori materiali per rimediare ad alcuni vizi, non essenziali, della sentenza di patteggiamento»**³⁸ e **limitare «la proponibilità del ricorso per cassazione** (consentendola nei soli casi in cui l'accordo non si sia formato legittimamente o non si sia tradotto fedelmente nella sentenza, ovvero il suo contenuto presenti profili di illegalità per la qualificazione giuridica del fatto, per la pena o per la misura di sicurezza, applicata od omessa), al fine di scoraggiare ricorsi meramente defatigatori»³⁹.

³⁸ Cfr. *Relazione al d.d.l. n. 2798*, cit., p. 27.

³⁹ Cfr. *Relazione al d.d.l. n. 2798*, cit., p. 27.

Più precisamente, quindi, come si è affermato, «ispirandosi alla logica per la quale l'intervenuto accordo tra le parti dovrebbe, se non escludere, certo ridimensionare il contenzioso sulla sentenza patteggiata»⁴⁰, il legislatore ha anzitutto previsto, inserendo un nuovo comma 1-*bis* all'interno dell'art. 130 c.p.p., che «quando nella sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti si devono rettificare solo la specie e la quantità della pena per errore di denominazione o di computo, la correzione è disposta, anche d'ufficio, dal giudice che ha emesso il provvedimento» e che, quando la sentenza sia impugnata, «alla rettificazione provvede la Corte di cassazione a norma dell'articolo 619, comma 2».

Una seconda e più importante modifica è stata, invece, introdotta dal comma 50 del ddl. 4368, il quale ha novellato il comma 2 dell'art. 448 c.p.p., prevedendo che il pubblico ministero e l'imputato possano proporre ricorso per cassazione avverso una sentenza di patteggiamento non più per tutte le ragioni di cui all'art. 606 c.p.p., ma unicamente «per motivi attinenti all'espressione della volontà dell'imputato, al difetto di correlazione tra la richiesta e la sentenza, all'erronea qualificazione giuridica del fatto e all'illegalità della pena o della misura di sicurezza». Nonostante il fatto che ci si trovi di fronte all'ennesimo tentativo del legislatore di **avallare quanto stabilito già in via pretoria dal formante giurisprudenziale**⁴¹, pare utile segnalare come si tratti di una **modifica di particolare importanza sistematica**, posto che, per suo tramite, si rafforza indirettamente il potere e la responsabilizzazione delle parti all'interno di tale istituto di giustizia negoziata. Diminuendosi, infatti, le possibilità di controllo dei giudici superiori sul patto concluso tra le parti, i partecipanti all'accordo sembrano acquisire un ruolo ancora maggiore all'interno dell'istituto in questione, posto che la loro volontà non potrà successivamente essere ribaltata da una decisione di un giudice superiore. Insomma, essendosi limitati i poteri di impugnazione nei confronti delle sentenze di patteggiamento, pare che il sistema italiano si sia distaccato in modo ancora maggiore rispetto ad altri ordinamenti europei, come quello tedesco, in cui posto che il principio di ricerca della verità materiale non cessa di applicarsi neppure negli istituti negoziati, non si sono volute codificare limitazioni normative alla possibilità di impugnare decisioni frutto di trattative e accordi tra le parti. Pare, infine, utile segnalare che se non hanno destato **perplexità** – stante la struttura contratta del patteggiamento italiano – «i limiti alla deducibilità dei vizi di motivazione della decisione [...], nonché quelli relativi a limiti probatori», sono, invece, stati sollevati dei fondati dubbi «riguardo all'indeducibilità delle nullità assolute e delle inutilizzabilità patologiche»⁴², determinata dal mancato riferimento a tali categorie all'interno del nuovo comma 2-*bis* dell'art. 448 c.p.p.

c. Procedimento per decreto

Anche il **procedimento per decreto** ha subito una – pur molto più marginale – modifica a seguito dell'approvazione del ddl. Orlando. Al fine di diminuire il numero delle opposizioni al decreto penale di condanna, « motivate soprattutto dalla gravosità della pena pecuniaria applicata in sostituzione della pena detentiva »⁴³, il legislatore ha inserito un **nuovo comma 1-*bis* nell'art. 459 c.p.p.** Tale nuova disposizione stabilisce, tra l'altro, che il giudice, nel caso di irrogazione di una pena pecuniaria in sostituzione di una detentiva, tenga conto della condizione economica complessiva dell'imputato e del suo nucleo familiare, avendo anche la possibilità di consentire il pagamento rateale *ex art. 133 ter c.p.*

8.

La motivazione della sentenza.

Tramite la **sostituzione dell'intera lett. e) dell'art. 546 c.p.p.**, è stata rimodellata la disciplina relativa alla struttura normativa della motivazione: quest'ultima deve infatti anzitutto essere **suddivisa in quattro parti**, rispettivamente concernenti l'accertamento dei fatti di cui all'imputazione e la loro qualificazione giuridica, la punibilità e le sanzioni applicate (pene e misure di sicurezza), la responsabilità civile derivante dal reato, nonché, da ultimo, l'accertamento di ogni altro fatto da cui dipende l'applicazione di norme processuali⁴⁴.

In relazione a ciascuno di tali temi, il giudice è poi richiesto di **esporre concisamente** «i

⁴⁰ Cfr. G. SPANGHER, *La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni*, cit., p. 93.

⁴¹ G. SPANGHER, *La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni*, cit., p. 93.

⁴² G. SPANGHER, *La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni*, cit., p. 93.

⁴³ G. SPANGHER, *La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni*, cit., pp. 93-94.

⁴⁴ Cfr. M. BARGIS, *Primi rilievi sulle proposte in materia di impugnazioni nel recente D.D.L. governativo*, cit., p. 7.

motivi di fatto e di diritto» posti a base delle determinazioni assunte, con particolare riguardo ai «risultati acquisiti», ai «criteri di valutazione della prova adottati» e alle «ragioni» per cui non sono state ritenute «attendibili le prove contrarie».

Le novità sono quindi sostanzialmente due: è stata predisposta una **precisa scansione degli argomenti** da affrontare nella parte motiva ed è venuto meno il riferimento «all'indicazione delle prove poste a base della decisione», sostituito con **una sorta di trasposizione dell'art. 192 c.p.p.**⁴⁵

Come si evince dalla Relazione all'originario d.d.l. di riforma – che ha fedelmente recepito i lavori della “Commissione Canzio” – l'obiettivo era quello di costruire «un modello legale della motivazione ‘in fatto’ idoneo a **esplicitare il «ragionamento probatorio»** del giudicante e «costituire l'**effettivo paradigma devolutivo** sul quale commisurare la facoltà di impugnazione delle parti e i poteri di cognizione del giudice dell'impugnazione, con specifico riferimento alle parti della decisione alle quali si riferisce l'impugnazione nonché alle prove di cui si deduce l'omessa assunzione ovvero l'omessa o erronea valutazione»⁴⁶. In altre parole, rendendo più chiara e schematica la struttura della motivazione, si auspicava di aumentare l'intelligibilità del suo contenuto e facilitare così, fra l'altro, l'esercizio del diritto di impugnazione e il successivo lavoro del giudice di grado superiore⁴⁷.

L'intento era di sicuro molto ambizioso, ma forse ciò che è stato fatto non è ancora sufficiente per concretizzarlo del tutto: il richiamo all'art. 192 c.p.p. sembra infatti aggiungere ben poco rispetto alla precedente versione del testo; per di più, i quattro macro contenitori in cui dovrebbe essere ripartita la motivazione appaiono ancora **troppo ampi** per fungere da valido spartiacque fra le argomentazioni del giudicante. Si poteva forse pensare a una suddivisione ancor più analitica, che riprendesse uno per uno i singoli “punti” della decisione⁴⁸. C'è poi da dubitare che l'inosservanza di queste nuove regole possa avere reali ricadute sulla validità del provvedimento⁴⁹ e l'impressione è che molto dipenderà dalla buona volontà del singolo giudicante.

9. Le impugnazioni.

Uno dei settori di intervento più ambiziosi e articolati della riforma è rappresentato dal tema delle impugnazioni sul quale il legislatore è intervenuto con finalità semplificatrici e deflative⁵⁰.

a. Disposizioni generali

Le prime due norme (commi 54 e 55) intervengono sul titolo I del libro IX.

Anzitutto, viene modificato l'art. 571 c.p.p. antepoendo alla disposizione previgente una “clausola di salvezza”, che si spiega alla luce della scelta – attesa da tempo e assai apprezzabile – di eliminare la possibilità per l'imputato di presentare ricorso per cassazione personalmente, dovuta alla soppressione dell'inciso iniziale dell'art. 613, comma 1, c.p.p.⁵¹. Tale modifica, segnata da marcate finalità deflative, non nasce dal nulla, ma è stata ripresa, tra l'altro, dall'articolato della Commissione Canzio, nonché, per certi versi, anche dal punto 1.1. della Carta di Napoli, la quale già auspicava l'abolizione del ricorso personale dell'imputato, affermando che «anche nei casi in cui l'impugnazione è proposta dal difensore non iscritto all'Albo dei cassazionisti, la qualità del ricorso firmato dall'imputato trascina la Corte ad un lavoro logorante e privo di concreta efficacia per l'incapacità del ricorrente di individuare con chiarezza i vizi di illegittimità». Insomma, in tal modo, si è voluto ovviare non solo alla prassi dei ricorsi,

⁴⁵ Si veda A. MARANDOLA, *A proposito della specificità dei motivi d'appello*, in *Parola alla difesa*, 2016, n. 1, p. 18.

⁴⁶ Cfr. la *Relazione al d.d.l. n. 2798*, cit., p. 8.

⁴⁷ Cfr. G. SPANGHER, *DDL n. 2067: sulle proposte di modifica al codice di procedura penale*, cit., p. 4.

⁴⁸ A tal fine poteva forse essere utile l'elenco esemplificativo a suo tempo redatto dalle Sezioni unite della Cassazione, il quale ricomprende «l'accertamento del fatto, l'attribuzione di esso all'imputato, la qualificazione giuridica, l'inesistenza di cause di giustificazione, la colpevolezza, e – nel caso di condanna – l'accertamento delle circostanze aggravanti ed attenuanti e la relativa comparazione, la determinazione della pena, la sospensione condizionale di essa, e le altre eventuali questioni dedotte dalle parti o rilevabili di ufficio». Ci si riferisce a Cass., Sez. un., 19 gennaio 2000, n. 1, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2967.

⁴⁹ Pone in rilievo questo aspetto G. SPANGHER, *La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni*, cit., p. 94.

⁵⁰ V.M. BARGIS, *Primi rilievi sulle proposte di modifica in materia di impugnazioni nel recente d.d.l. governativo*, cit., p. 7; G. SPANGHER, *La riforma Orlando della giustizia penale*, cit., p. 94 ss.

⁵¹ Cfr. M. BARGIS, *Primi rilievi sulle proposte di modifica in materia di impugnazioni nel recente d.d.l. governativo*, cit., p. 7.

sottoscritti dall'imputato, ma redatti dal difensore privo dell'abilitazione al patrocinio in Cassazione, ma, oltretutto, a quello spreco di risorse che si veniva a creare in ragione del fatto che la maggior parte dei ricorsi per cassazione presentati personalmente dall'imputato venivano dichiarati inammissibili⁵².

La seconda novella di grande rilievo riguarda l'art. 581 c.p.p., in materia di «**forma dell'impugnazione**». Anch'essa non costituisce il frutto di una riflessione originale, posto che riproduce – quasi testualmente – quanto suggerito dalla **Commissione Canzio**⁵³. Invero, il testo originario del disegno di legge, non conteneva tale novella e la ragione di questa omissione «andava ravvisata nella scelta, più ardua, di trasformare l'**appello in mezzo a critica vincolata**, sulla falsariga del ricorso per cassazione», alla quale – nel corso dei lavori preparatori – si è tuttavia scelto di rinunciare⁵⁴.

Se confrontato con il testo previgente, l'art. 581 c.p.p. contiene anzitutto un'**espressa previsione di inammissibilità**: posto che l'inosservanza della norma in esame era già ugualmente sanzionata dall'art. 591 c.p.p.⁵⁵, si può pensare che la nuova formulazione abbia soprattutto un valore pedagogico volto a imprimere maggiore rigore nel controllo sul rispetto dei requisiti minimi dell'atto di impugnazione⁵⁶. In secondo luogo, devono essere **specificamente enunciate** non più solo le ragioni di diritto e gli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta, ma anche i «capi o i punti della decisione ai quali si riferisce» l'atto (lett. a), «le **prove delle quali si deduce l'inesistenza, l'omessa assunzione o l'omessa o erronea valutazione**» (lett. b) e «le richieste, **anche istruttorie**» (lett. c).

Come si può notare l'attenzione del legislatore si è quindi concentrata soprattutto sui profili attinenti alle **prove**: l'impugnante deve infatti enunciare in modo specifico – a pena di inammissibilità – le proprie doglianze relative ai dati conoscitivi asseritamente travisati, ignorati, o inesistenti, ed esplicitare, con la medesima trasparenza, le proprie richieste in merito all'acquisizione di nuove prove, o alla riacquisizione di quelle già esperite; le lett. a) e d) non hanno invece subito modificazioni rilevanti.

La modifica dell'art. 581 c.p.p. – come detto – va ricollegata all'art. 546 c.p.p. in materia di motivazione⁵⁷: da un lato, sono accresciuti gli oneri giustificativi in capo al giudice che emette la sentenza passibile d'impugnazione; dall'altro lato, si è allora deciso di **esigere di più anche da parte di chi impugna**⁵⁸.

b. Appello

La modifica più rilevante in materia di appello concerne la **reintroduzione del cd. concordato anche con rinuncia ai motivi di appello**⁵⁹. Viene infatti inserito un nuovo art. 599-*bis* c.p.p. così rubricato, che riprende la vecchia disciplina contenuta nell'art. 599 c.p.p. Inoltre, è stato introdotto nell'art. 602 c.p.p. un nuovo comma 1-*bis* – analogo all'originario art. 602 comma 2 c.p.p. – in forza del quale, «se le parti richiedono concordemente l'accoglimento, in tutto o in parte, dei motivi di appello a norma dell'articolo 599-*bis*, il giudice, quando ritiene che la richiesta deve essere accolta, provvede immediatamente; altrimenti dispone la prosecuzione del dibattimento. La richiesta e la rinuncia ai motivi non hanno effetto se il giudice decide in modo difforme dall'accordo».

La manovra ha un evidente intento deflativo e reintroduce un istituto che aveva dato buona prova di sé. Peraltro, si è deciso, per un verso, di **limitare l'ambito di applicazione del nuovo concordato** richiamando sostanzialmente le preclusioni oggettive e soggettive di accesso al patteggiamento allargato (ossia quelle dell'art. 444 comma 1-*bis* c.p.p., con l'esclusione dei recidivi reiterati, in linea con quanto indicato nelle sentenze della Corte costituzionale). Per altro verso, si è inserita una **gerarchia nella fissazione di criteri per l'udienza**: «fermo restando quanto previsto dal comma 1 dell'articolo 53, il procuratore generale presso la corte

⁵² V. M. BARGIS-H. BELLUTA, *Rimedi per i "mali" della Corte di cassazione: ovvero "Carta di Napoli" e dintorni*, in M. BARGIS-H. BELLUTA, *Impugnazioni penali. Assestamenti del sistema e prospettive di riforma*, Torino, 2013, p. 310.

⁵³ M. BARGIS, *I ritocchi alle modifiche in tema di impugnazioni nel testo del d.d.l. n. 2798 approvato dalla Camera dei deputati*, cit., p. 2.

⁵⁴ M. BARGIS, *I ritocchi alle modifiche in tema di impugnazioni nel testo del d.d.l. n. 2798 approvato dalla Camera dei deputati*, cit., p. 2.

⁵⁵ Cfr. G. SPANGHER, *La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni*, cit., p. 94.

⁵⁶ Si veda A. MARANDOLA, *A proposito della specificità dei motivi d'appello*, cit., p. 18.

⁵⁷ Cfr. M. BARGIS, *I ritocchi alle modifiche in tema di impugnazioni nel testo del d.d.l. n. 2798 approvato dalla Camera dei deputati*, cit., p. 2; H. BELLUTA, *Inammissibilità dell'appello per genericità dei motivi: le Sezioni Unite tra l'ovvio e il rivoluzionario*, in questa Rivista, n. 2/2017, pp. 134 ss.; G. SPANGHER, *La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni*, cit., p. 94.

⁵⁸ Cfr. S. BELTRANI, *E venne il giorno!*, cit.

⁵⁹ M. CERESA GASTALDO, *La riforma dell'appello, tra malinteso garantismo e spinte deflative*, cit., p. 11.

di appello, sentiti i magistrati dell'ufficio e i procuratori della Repubblica del distretto, indica i criteri idonei a orientare la valutazione dei magistrati del pubblico ministero nell'udienza, tenuto conto della tipologia dei reati e della complessità dei procedimenti». Si tratta di uno spunto interessante nell'ottica di garantire uniformità di trattamento e che, in prospettiva, potrebbe essere esteso al patteggiamento in prime cure sul modello di altri ordinamenti (vedi, ad esempio, Slovenia e Spagna).

Infine, nell'ottica di un monitoraggio sull'andamento dell'istituto, il legislatore ha previsto che i presidenti delle corti di appello, con la relazione sull'amministrazione della giustizia prevista dall'articolo 86 dell'ordinamento giudiziario, riferiscono dati e valutazioni circa l'andamento dei giudizi di appello definiti ai sensi dell'articolo 599-*bis* c.p.p. (art. 1, comma 72).

Da ultimo, è stato inserito, **nell'art. 603 c.p.p., un comma 3 bis**, secondo cui «nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale». Il legislatore ha in sostanza tentato di positivizzare quanto precedentemente statuito dalle Sezioni unite della Corte di cassazione⁶⁰ al fine di adeguarsi ai dettami di alcune ben note decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo⁶¹.

A dire il vero, però, l'opzione legislativa infine prescelta⁶² – identica a quella proposta dalla “Commissione Canzio”⁶³ – sembra andare oltre ciò che entrambe le Corti sopra richiamate hanno affermato: in *primis*, la cassazione ha stabilito che il giudice d'appello deve procedere all'esame dei soli soggetti, le cui dichiarazioni siano state «ritenute **decisive** ai fini del giudizio assolutorio di primo grado»⁶⁴; il nuovo comma 3 *bis*, al contrario, non pone alcuna distinzione a tal riguardo⁶⁵. In secondo luogo, la Corte di Strasburgo riconosce l'esistenza di **possibili deroghe** al principio di immediatezza, mentre il legislatore ha invece sancito una regola apparentemente lapidaria⁶⁶.

c. Ricorso per cassazione

La manovra ha interessato anche il ricorso per cassazione, sotto diversi profili.

In una logica di “semplificazione” e “sfortimento” dei ricorsi, all'**art. 608 c.p.p.** è stato aggiunto un **nuovo comma 1-bis**, volto a **limitare la possibilità di ricorrere in cassazione nel caso di cosiddetta doppia conforme assolutoria**. Invero, il testo originario del disegno di legge (C N. 2798), prima dell'approvazione alla Camera e della conseguente trasmissione al Senato, non conteneva tale novella; era invece prevista una direttiva di delega, nella quale si chiedeva di «prevedere la ricorribilità per cassazione soltanto per violazione di legge sia della sentenza che conferma la pronuncia di assoluzione di primo grado, individuando i casi in cui possa affermarsi la conformità delle due decisioni di merito, sia delle sentenze emesse in grado di appello nei procedimenti di competenza del giudice di pace». Tale formulazione aveva suscitato fondate critiche soprattutto per la discrezionalità attribuita al legislatore delegato nell'individuare il carattere conforme delle due decisioni di merito e dunque la direttiva è stata infine riscritta, eliminando la parte in questione e si è optato per l'inserimento di una specifica disposizione di immediata operatività riguardante, però, il solo pubblico ministero. Quest'ultima soluzione è peraltro identica a quella proposta, nel 2013, dalla “Commissione Canzio”⁶⁷.

Per quanto riguarda il **vaglio preliminare di inammissibilità**, il legislatore ha inserito un

⁶⁰ Cfr. Cass., sez. un., 28 aprile 2016, Dasgupta, in *Dir. pen. cont.*, 5 ottobre 2016, con nota di E. LORENZETTO, [Reformatio in peius in appello e processo equo \(art. 6 CEDU\): fisiologia e patologia secondo le Sezioni Unite](#). Si veda anche Cass., sez. un., 19 gennaio 2017, Patalano, in *Dir. pen. cont.*, 8 maggio 2017, con nota di H. BELLUTA-L. LUPÁRIA, [Ragionevole dubbio e prima condanna in appello: solo la rinnovazione ci salverà?](#).

⁶¹ Cfr., fra le altre, Corte e.d.u., sez. III, 5 luglio 2011, *Dan c. Moldavia*; Corte e.d.u., sez. III, 4 giugno 2013, *Hanu c. Romania*.

⁶² Per un'analisi della soluzione normativa inizialmente avanzata, cfr. M. BARGIS, *Primi rilievi sulle proposte in materia di impugnazioni nel recente D.D.L. governativo*, cit., pp. 10-11; M. POLLERA, *L'appello*, in A. MARANDOLA-K. LA REGINA-R. APRATI, *Verso un processo penale accelerato. Riflessioni intorno alla l. 67/2014*, cit., p. 192 e ss.

⁶³ Cfr., sul punto, M. BARGIS, *I ritocchi alle modifiche in tema di impugnazioni nel testo del D.D.L. N. 2798 approvato dalla Camera dei Deputati*, cit., p. 6.

⁶⁴ Ci si riferisce ancora a Cass., sez. un., 28 aprile 2016, Dasgupta, cit., secondo cui, «nel caso di appello del pubblico ministero avverso una sentenza assolutoria, fondata sulla valutazione di prove dichiarative ritenute decisive, il giudice di appello non può riformare la sentenza impugnata nel senso dell'affermazione della responsabilità penale dell'imputato, senza avere proceduto, anche d'ufficio, a norma dell'art. 603, comma 3, cod. proc. pen., a rinnovare l'istruzione dibattimentale attraverso l'esame dei soggetti che abbiano reso dichiarazioni sui fatti del processo ritenute decisive ai fini del giudizio assolutorio di primo grado».

⁶⁵ Si vedano, in questo senso, H. BELLUTA-L. LUPÁRIA, *Ragionevole dubbio e prima condanna in appello: solo la rinnovazione ci salverà?*, cit., p. 7. Cfr. anche H. BELLUTA-L. LUPÁRIA, [Alla ricerca del vero volto della sentenza Dasgupta. Alle Sezioni unite il tema della rinnovazione probatoria in appello dopo l'assoluzione in abbreviato non condizionato](#), in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1/2017, p. 5 ss.

⁶⁶ Cfr. M. CERESA-GASTALDO, *La riforma dell'appello, tra malinteso garantismo e spinte deflative*, cit., p. 5.

⁶⁷ V. G. CANZIO, *Il processo penale: le riforme “possibili”*, in *Criminalia*, 2013, p. 521.

nuovo comma 5-bis nell'art. 610 c.p.p.: nell'ottica di snellimento procedurale, si consente alla cassazione di dichiarare l'inammissibilità del ricorso **“senza formalità di procedura”** anzitutto in ipotesi di “vizi formali”, ossia nel caso di difetto di legittimazione a impugnare, di non impugnabilità del provvedimento, di violazione delle disposizioni di cui agli artt. 582, 583, 585, 586 c.p.p. e di rinuncia all'impugnazione. La medesima disciplina opera anche nel caso di inammissibilità del ricorso avverso la sentenza di “patteggiamento”, oppure di quella emessa ai sensi del nuovo concordato sui motivi di appello di cui all'art. 599-bis c.p.p.⁶⁸. Si è stabilito espressamente che il provvedimento dichiarativo dell'inammissibilità possa essere impugnato con il rimedio straordinario *ex art. 625-bis c.p.p.*: dal momento che tale rimedio sarebbe già applicabile nei limiti in cui produce un giudicato di condanna, la specificazione deve essere intesa nel senso di riconoscere la rimediabilità della declaratoria *de plano* di inammissibilità pronunciata con riguardo a qualsiasi ricorso, anche nell'ipotesi di ricorso proposto in materia cautelare o in altri procedimenti incidentali. A tale semplificazione nella procedura fa da contraltare il **rafforzamento del contraddittorio** cartolare nella procedura davanti alla “sezione-filtro”: l'avviso di cui all'art. 610 comma 1, d'ora in avanti, dovrà infatti contenere l'enunciazione della causa di inammissibilità rilevata «con riferimento al contenuto dei motivi di ricorso».

Davvero significativa – se non altro perché attesa da diversi lustri – è la **modifica dell'art. 613 c.p.p.:** con l'intento di decongestionare il carico di lavoro della Corte di legittimità e di porre fine alla prassi deviante del ricorso, sottoscritto dall'imputato, ma effettivamente redatto dal difensore privo dell'abilitazione al patrocinio in cassazione, sono state **eliminate le parole iniziali** della disposizione. È venuta così meno la **possibilità per l'imputato di proporre personalmente ricorso per cassazione**. Non pare che tale limitazione possa suscitare dubbi di legittimità costituzionale o convenzionale: il diritto di accesso alla giustizia e il diritto di autodifesa non sono assoluti e possono subire legittime limitazioni in considerazione delle caratteristiche specifiche dell'impugnazione.

Con riferimento alla **sanzione pecuniaria prevista per il caso di rigetto o di inammissibilità del ricorso**, l'art. 616 c.p.p. ha subito due interpolazioni. In primo luogo, è stata prevista la possibilità di un **cospicuo incremento** (fino al triplo) della somma da versare a favore della cassa delle ammende in caso di inammissibilità o reiezione del ricorso. Il nuovo comma 1-bis impone poi l'**adeguamento biennale** degli importi stabiliti al c. 1 alle variazioni Istat dei prezzi al consumo.

La novella presenta dei difetti – forse sarebbe stato opportuno predisporre discipline differenziate in relazione alle varie cause di inammissibilità del ricorso –, ma si lascia apprezzare nell'intento di **disincentivare** la presentazione di ricorsi meramente dilatori.

Va segnalato che una previsione analoga è stata inserita nell'art. 48 c.p.p., relativamente alla **richiesta di rimessione del processo**.

Con il chiaro intento di **accentuare la funziona nomofilattica** della Cassazione, il legislatore è intervenuto sull'**art. 618 c.p.p.** Innanzitutto, similmente a quanto già proposto in precedenti legislature, si è introdotto un nuovo **comma 1-bis** che prevede un meccanismo finalizzato a ridurre i contrasti giurisprudenziali: ad imitazione di quanto previsto in sede civile (art. 374, comma 3, c.p.c.), si prevede che la Sezione semplice che non condivide un principio di diritto affermato dalle Sezioni unite debba rimettere la decisione del ricorso a queste ultime.

La seconda aggiunta è il comma 1-ter, che fa salva, per le Sezioni unite, la possibilità di pronunciarsi sulla questione di diritto loro sottoposta, nonostante l'inammissibilità del ricorso per causa sopravvenuta. Si vedrà se questo istituto, che ricalca in qualche maniera l'analoga disposizione contenuta nell'art. 363, comma 3, c.p.c., troverà effettiva attuazione nella prassi.

La riforma è intervenuta sull'art. 620 c.p.p., con l'integrale sostituzione della lett. l. La novella ha una **chiara ratio deflativa** e mira ad allargare le ipotesi di annullamento senza rinvio, ispirandosi all'analoga previsione contenuta nell'art. 384, comma 2, c.p.c. La Corte deve annullare senza rinvio anzitutto quando «ritiene di poter decidere, non essendo necessari ulteriori accertamenti»; il rischio, già posto in rilievo dalla dottrina, è che la Corte tenda a un'eccessiva espansione dei propri poteri cognitivi, valorizzando esigenze di economia processuale. La seconda ipotesi contemplata dalla norma di chiusura è quella in cui la Corte può limitarsi a **rideterminare la pena** «sulla base delle statuizioni del giudice di merito». Pare che, sotto questo profilo, il legislatore abbia semplicemente inteso dare conferma all'orientamento

⁶⁸ A. SCALFATI, *Fluidificare il procedimento in Cassazione: proposte concrete e non rivoluzionarie*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 132.

consolidato, secondo cui il presupposto affinché la Corte possa procedere alla determinazione della pena è la possibilità di correggere la decisione senza sostituire giudizi di merito, incompatibili con le attribuzioni tipiche del giudice di legittimità.

Infine, l'ipotesi in cui la Corte ritenga altrimenti "superfluo il rinvio" è stata opportunamente **spostata in coda** al testo della lettera, forse per manifestarne il ruolo di norma di chiusura.

Per quel che concerne il **ricorso straordinario per errore materiale o di fatto**, l'art. 625-*bis* c.p.p. ha subito due importanti modifiche procedurali⁶⁹. È stata innanzitutto **snellita la procedura** per la correzione dell'errore materiale, che – nel caso in cui venga attivata d'ufficio – non dovrà più essere vagliata in apposita udienza a norma dell'art. 127 c.p.p. Nel disegno di legge, questa semplificazione – chiaramente ispirata al risparmio di tempi e costi – veniva giustificata ricordando che si tratta di correggere soltanto un errore materiale e non di fatto e che, in ogni caso, la correzione può avvenire soltanto in favore del condannato. In secondo luogo, si è consentito alla Corte di cassazione di **rilevare in maniera autonoma l'errore di fatto**, senza dover attendere la sollecitazione delle parti. Tale proposta appare alquanto discutibile, in quanto finisce per scardinare totalmente la natura di mezzo di impugnazione del ricorso straordinario per errore di fatto: cadrebbe infatti uno dei più importanti elementi distintivi fra i due rimedi contenuti nell'art. 625-*bis* c.p.p., peraltro soltanto per un periodo di tempo delimitato.

Ancora, il legislatore ha **abrogato l'art. 625-*ter* c.p.p.**, attribuendo la competenza a giudicare sulla rescissione del giudicato alla corte d'appello.

Da ultimo, il legislatore è intervenuto sul **ricorso per cassazione in materia cautelare reale**: correggendo quanto stabilito dalle Sezioni Unite, ha voluto richiamare l'art. 311 comma 5, c.p.p. al fine di estendere anche al riesame in materia cautelare reale il termine (ordinatorio) di trenta giorni e il rito camerale *ex* art. 127 c.p.p.

d. Rescissione del giudicato

La scelta di attribuire la competenza a decidere sulla rescissione del giudicato alla corte d'appello ha indotto il legislatore a inserire la disciplina relativa nel titolo dedicato alla revisione e, in particolare, nell'art. 629-*bis* c.p.p. Si tratta di un'opzione alquanto discutibile posto che si tratta di un rimedio straordinario che ha in comune con la revisione solo la competenza e il richiamo a due disposizioni espressamente applicabili anche alla rescissione (artt. 635 e 640 c.p.p.). Risulta singolare che venga disciplinato con una norma collocata tra l'art. 629 c.p.p., che disciplina i provvedimenti impugnabili con revisione e l'art. 630 c.p.p., che individua i casi di revisione. Forse sarebbe stato il caso di inserire un apposito titolo dedicato a due rimedi straordinari che hanno in comune con la revisione solo alcuni caratteri: la rescissione e quella revisione europea introdotta nell'ordinamento dopo anni di attesa da una sentenza creativa della Corte costituzionale. Ma tant'è: ormai risulta evidente che la cura sistematica non è tra le preoccupazioni principali di questa manovra.

Il primo comma del nuovo art. 629-*bis* c.p.p. stabilisce che il condannato può ottenere la rescissione del giudicato pronunciato in assenza qualora «provi che l'assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo». Esso è rimasto dunque sostanzialmente identico a quello dell'abrogato art. 625-*ter* c.p.p.: nonostante le perplessità che tale scelta aveva suscitato in relazione alla versione originale dell'istituto in esame, si è deciso di lasciare **in capo all'imputato l'onere di dimostrare** che la mancata conoscenza della celebrazione del processo era incolpevole. L'unica modifica – apparentemente priva di conseguenze sul piano pratico – consiste nella sostituzione del verbo "chiedere" con "ottenere".

Nel comma 2 – anziché rifarsi all'art. 633, comma 1, c.p.p., secondo cui la richiesta deve essere presentata «nella cancelleria della corte di appello individuata secondo i criteri di cui all'articolo 11» – il legislatore ha stabilito direttamente che la richiesta vada presentata alla «corte di appello nel cui distretto ha sede il **giudice che ha emesso il provvedimento**»⁷⁰.

Per quanto riguarda la procedura da seguire, si è condivisibilmente stabilito che la corte d'appello decida sulla richiesta di rescissione in un'**udienza camerale partecipata**.

Il comma 4 contiene altre indicazioni del tutto assenti nella disciplina previgente. Vengono richiamati l'art. 635 c.p.p., che consente alla corte di appello di disporre la **sospensione dell'e-**

⁶⁹ C. SCACCIAOCE, *Aspetti procedurali del ricorso straordinario per Cassazione*, in *Le impugnazioni straordinarie nel processo penale*, a cura di P. Corvi, Torino, 2016, p. 195.

⁷⁰ In termini critici, M. BARGIS, *I ritocchi alle modifiche in tema di impugnazioni nel testo del D.D.L. N. 2798 approvato dalla Camera dei deputati*, cit., p. 10.

secuzione della pena o della misura di sicurezza, e l'art. 640 c.p.p., col quale viene disciplinata l'**impugnabilità della sentenza** emessa al termine dell'ordinario procedimento di revisione. Il riferimento a quest'ultima disposizione sembra però incompleto posto che lascerebbe scoperta «l'ipotesi in cui la Corte di appello emetta ordinanza d'inammissibilità della richiesta di rescissione, mentre, nell'ipotesi di revisione, provvede allo scopo l'art. 634 comma 2»⁷¹.

10. Le disposizioni di attuazione.

La prima modifica riguarda il **comma 3 ter dell'art. 129 disp. att. c.p.p.**, introdotto dal d.l. 10 dicembre 2013, n. 136, conv. con mod. in l. 6 febbraio 2014, n. 6, in materia di emergenze ambientali. Si è in sostanza voluta rendere questa disposizione omogenea rispetto a quella contenuta nel comma 1⁷², precisando che l'informazione, ivi disciplinata, dovuta al Ministero dell'Ambiente, da parte del pubblico ministero, deve contenere anche «notizia dell'imputazione»; per la medesima ragione, è stato invece soppresso il terzo periodo, in cui si prevedeva l'indicazione delle «norme di legge che si assumono violate».

Va poi segnalato un lieve ritocco all'**art. 132 bis disp. att. c.p.p.**, con l'inserimento, tra i processi da trattare in via prioritaria, di quelli per i reati di cui agli artt. 317, 319, 319 *ter*, 319 *quater*, 320, 321 e 322 *bis* c.p., ossia alcuni gravi delitti contro la Pubblica Amministrazione (nuova lett. *f bis*).

La terza e ultima innovazione è di sicuro quella maggiormente significativa: la disciplina della «**partecipazione al dibattimento a distanza**» è stata infatti completamente rivoluzionata (art. 146 *bis* disp. att. c.p.p.)⁷³

Il **nuovo comma 1** stabilisce che la persona «in stato di detenzione» per uno dei delitti elencati agli artt. 51, comma 3 *bis*, e 407, comma 2, lett. a, n. 4, c.p.p. debba **obbligatoriamente partecipare «a distanza** alle udienze dibattimentali dei processi nei quali è imputata»; non fa alcuna differenza se si tratta di un'udienza relativa ad altri reati, né, tantomeno, è necessaria la sussistenza di ulteriori condizioni come quelle previste dalla vecchia versione del comma in esame. L'automatismo si estende pure alle udienze penali e civili alle quali costui partecipi in qualità di testimone.

Anche «la **persona ammessa a programmi o misure di protezione**, comprese quelle di tipo urgente o provvisorio», sottostà al medesimo regime, ma solo per le udienze cui partecipa come imputato (nuovo comma 1 *bis*).

Il neo introdotto **comma 1 ter** tenta poi di **attenuare – almeno in parte – tanto rigore:** il giudice – «qualora lo ritenga necessario» e a esclusione del caso in cui sia stato applicato il regime *ex* art. 41 *bis* ord. penit. – può disporre la presenza alle udienze di tutti i soggetti cui si applica la disciplina precedente.

Infine, si prevede che, **fuori dei casi previsti dai commi 1 e 1 bis**, la partecipazione a distanza possa essere disposta, tramite decreto motivato, «anche quando sussistano ragioni di sicurezza, qualora il dibattimento sia di particolare complessità e sia necessario evitare ritardi nel suo svolgimento, ovvero quando si deve assumere la testimonianza di persona a qualunque titolo in stato di detenzione presso un istituto penitenziario» (comma 1 *quater*); in sostanza, alcune delle condizioni che, prima della riforma, legittimavano l'operatività della partecipazione a distanza solo in relazione ai processi di criminalità organizzata, ne consentono ora l'applicazione indistintamente, per qualsiasi contesto. Non va inoltre tralasciato che, grazie all'**interpolazione degli artt. 45 bis e 134 bis disp. att. c.p.p.**, le nuove regole si applicano anche ai procedimenti camerali, nonché al giudizio abbreviato svolto in pubblica udienza.

Restano invece confermate le procedure e modalità operative contenute nei commi successivi⁷⁴, tranne che per la sostituzione del **comma 2**, in cui ora si prevede soltanto più che il giudice dia «comunicazione alle autorità competenti nonché alle parti e ai difensori della partecipazione al dibattimento a distanza». Inoltre un nuovo **comma 4 bis** consente, alle «altre parti e ai loro difensori», di chiedere di poter intervenire anche loro a distanza in tutti i processi nei quali già si proceda «con il collegamento audiovisivo», a condizione, però, che si

⁷¹ V. ancora M. BARGIS, *I ritocchi alle modifiche in tema di impugnazioni nel testo del D.D.L. N. 2798 approvato dalla Camera dei deputati*, cit., p. 11.

⁷² Cfr. la *Relazione al d.d.l. n. 2798*, cit., p. 12.

⁷³ Cfr. *amplius* S. LORUSSO, *Dibattimento a distanza vs. "autodifesa"?*, in *Dir. pen. cont.*, 17 maggio 2017.

⁷⁴ Cfr. G. SPANGHER, *DDL n. 2067: sulle proposte di modifica al codice di procedura penale*, cit., p. 3.

assumano «l'onere dei costi del collegamento».

Insomma, la volontà del legislatore è con tutta evidenza quella di espandere notevolmente la possibilità di usufruire dello strumento in esame, con tutto quello che ciò potrebbe comportare in termini di risparmio di tempo e costi. Possono però certamente sorgere **alcuni dubbi** soprattutto rispetto agli automatismi di cui ai commi 1 e 1 *bis*⁷⁵; vi si scorgono, infatti, due presunzioni: la prima di necessarietà della partecipazione a distanza per determinate categorie di soggetti; la seconda di piena surrogabilità della presenza fisica in aula⁷⁶. Si tratta, tuttavia, in forza di quanto previsto dal comma 1 *ter*, di **presunzioni relative**, che, in quanto tali, potrebbero in linea di massima essere in grado di reggere a eventuali vagli di legittimità; un uso sapiente di tale clausola potrebbe infatti impedire che il dibattito assuma, in talune ipotesi, «una dimensione quasi surreale»⁷⁷.

11. Normativa intertemporale.

La riforma Orlando contiene, perlomeno nella parte strettamente processuale, solo una sparuta cerchia di disposizioni di carattere intertemporale, con cui il legislatore ha voluto derogare, per alcune questioni specifiche, al generale criterio del *tempus regit actum*, che, invece, com'è ovvio, si applicherà per il resto della disciplina.

La prima è stata inserita al **comma 36 dell'art. 1**, in merito alle nuove norme – evidentemente considerate particolarmente delicate – sul “tempo di riflessione” del pubblico ministero. A tale riguardo, infatti, il legislatore ha stabilito che le disposizioni interpolate negli artt. 407 e 412 c.p.p. si applicheranno soltanto ai procedimenti in cui le notizie di reato saranno iscritte nel registro di cui all'articolo 335 c.p.p. successivamente alla data di entrata in vigore della legge in commento.

La seconda, invece, è contenuta nel **comma 51** del provvedimento in esame e concerne – non a caso – il patteggiamento e, più precisamente, la disposizione con cui il legislatore ha **limitato i poteri delle parti di ricorrere in cassazione avverso la sentenza di applicazione concordata della pena**. Sul punto, la legge ha stabilito che le previsioni del nuovo comma 2-*bis* dell'art. 480, non si applicano nei procedimenti in cui la richiesta di patteggiamento sia stata presentata anteriormente alla data di entrata in vigore della riforma Orlando. Si tratta di una disposizione particolarmente significativa, che sembra testimoniare quanto il legislatore abbia considerato importante per la scelta delle parti di optare per il rito in esame avere dei poteri di impugnativa più o meno ampi.

L'ultima norma intertemporale è stata, infine, prevista per regolare in modo più accurato l'entrata in vigore della nuova complessa disciplina che si è visto essere stata dettata in materia **di partecipazione a distanza**. Di questo aspetto si è occupato il comma 81 del ddl., ove si è stabilito – evidentemente per ragioni organizzative – che le «le disposizioni di cui ai commi 77, 78, 79 e 80 acquistano efficacia decorso un anno dalla pubblicazione della presente legge nella Gazzetta Ufficiale, fatta eccezione per le disposizioni di cui al comma 77, relativamente alle persone che si trovano in stato di detenzione per i delitti di cui agli articoli 270-*bis*, primo comma, e 416-*bis*, secondo comma, del codice penale, nonché di cui all'articolo 74, comma 1, del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309».

12. La delega in materia di intercettazioni tradizionali e tramite captatori.

Come anticipato all'inizio di questo lavoro, il legislatore non si è limitato ad approvare con la riforma in commento delle modifiche al codice di rito già immediatamente efficaci, ma

⁷⁵ Sul punto, si veda ancora S. LORUSSO, *Dibattimento a distanza vs. "autodifesa"?*, cit., p. 3 ss..

⁷⁶ Si vedano le riflessioni di G. SPANGHER, *Riforma Orlando: alta velocità...per il doppio binario*, cit., secondo cui, «pur nella consapevolezza delle difficoltà organizzative e dei notevoli costi – sotto vari profili – dei trasferimenti, deve affermarsi che a nessuno sfugge – sulla scorta di esperienze personali legate all'uso di queste tecniche – la precarietà, l'astrattezza e la 'virtualità' di un processo a distanza – filtrato dalla strumentazione – peraltro, già condizionato dal materiale cartaceo frutto di una massiccia attività investigativa e dalle compressioni mediatiche indotte dalla anticipata diffusione di materiale d'indagine».

⁷⁷ L'espressione è di G. SPANGHER, *Riforma Orlando: alta velocità...per il doppio binario*, cit., p. 98.

ha fatto ampio uso anche dello strumento della delegazione, evidentemente considerato più efficace per riuscire a riformare determinate materie particolarmente delicate, su cui era arduo trovare accordi condivisi con riguardo a questioni di dettaglio.

La **prima delega** ha ad oggetto la **materia delle intercettazioni, sia tradizionali, sia svolte attraverso i c.d. captatori informatici**: come si ricava dal **comma 83 del ddl. Orlando**, i tempi che il governo avrà a disposizione per attuare la stessa sono **più ristretti** (sembra farsi riferimento a un termine di tre mesi, prorogabile, a determinate condizioni, di sessanta giorni) rispetto alle altre deleghe (un anno sempre eventualmente prorogabile di sessanta giorni), il che fa quantomeno sorgere dei dubbi sulle effettive possibilità che la normativa in materia potrà vedere effettivamente la luce.

In via generale, pare opportuno rilevare come la delega in materia di intercettazioni **fosse inizialmente più ristretta**, essendo stata man mano utilizzata come un contenitore in cui sono state inserite le più importanti novità in materia, su cui si riteneva urgente un intervento normativo. Ciò, ad esempio, è avvenuto non solo con riguardo alla delicata tematica dell'uso dei "captatori informatici", a seguito del noto intervento delle Sezioni unite Scurato⁷⁸, ma anche in merito alle intercettazioni "ordinarie", le cui previsioni sono state arricchite anche alla luce delle **numerose circolari di uffici della procura, nonché del più recente intervento del C.S.M. sul punto**⁷⁹, pubblicate nell'ultimo periodo. Da segnalare, peraltro, come il legislatore non abbia però previsto nulla in tema di videoriprese investigative: si tratta di una lacuna particolarmente grave, specie alla luce del fatto che, come si è avuto modo di vedere, in molti punti, la novella in esame ha proprio avuto lo scopo di codificare degli orientamenti giurisprudenziali granitici, di modo che si sarebbe potuto sfruttare tale occasione per intervenire anche su tale delicata problematica.

A) Le intercettazioni "tradizionali"

La riforma Orlando, pur non avendo previsto una modifica organica della disciplina delle intercettazioni "tradizionali", si segnala comunque per una, almeno apparente, ampiezza, nonché – e questa è una nota certamente negativa – per la **genericità**, in spregio all'art. 76 Cost., di molti dei principi e criteri direttivi adottati⁸⁰. Tanto che si è autorevolmente affermato che la delega «consegn[erebbe] al Governo margini troppo ampi di manovra e non individu[erebbe] principi e criteri direttivi precisi, entro i quali dovrà esercitarsi la legislazione secondaria o delegata [...] dando l'impressione di una vera e propria "**delega in bianco**"»⁸¹.

Ciò sembra valere in particolar modo per il primo e più ampio criterio direttivo in materia, contenuto nella **lettera a) del comma 84** del ddl. Orlando, il quale stabilisce, per l'appunto, che il legislatore delegato potrà «prevedere disposizioni dirette a garantire la riservatezza delle comunicazioni in particolare dei difensori nei colloqui con l'assistito, e delle conversazioni telefoniche e telematiche oggetto di intercettazione, in conformità all'articolo 15 della Costituzione, attraverso prescrizioni che incidano anche sulle modalità di utilizzazione cautelare dei risultati delle captazioni e che diano una precisa scansione procedimentale per la selezione di materiale intercettativo nel rispetto del contraddittorio tra le parti e fatte salve le esigenze di indagine, avendo speciale riguardo alla tutela della riservatezza delle comunicazioni e delle conversazioni delle persone occasionalmente coinvolte nel procedimento, e delle comunicazioni comunque non rilevanti a fini di giustizia penale».

Tale ampia prescrizione della delega è stata – inevitabilmente – poi scandita in maniera più precisa dal legislatore delegante, che ha stabilito **cinque punti** che dovranno essere presi in considerazione dal governo.

In questo contesto si è, anzitutto, affermato che il pubblico ministero dovrà **selezionare gli atti da inviare al giudice a sostegno della richiesta di misure cautelari**, assicurando «la riservatezza [...] degli atti contenenti registrazioni di conversazioni o comunicazioni informatiche o telematiche inutilizzabili a qualunque titolo ovvero contenenti dati sensibili [...], ovvero irrilevanti ai fini delle indagini in quanto riguardanti esclusivamente fatti o circostanze ad esse estranei».

In secondo luogo, la delega ha precisato la sorte del materiale così escluso dal pubblico

⁷⁸ Cass., sez. un., 28 aprile 2016, Scurato, in *Dir. pen. cont.*, 4 luglio 2016.

⁷⁹ G. SPANGHER, *La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni*, cit., p. 98. V. anche P. TONINI- F. CAVALLI, *Le intercettazioni nelle circolari delle procure della repubblica*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, pp. 705 ss.

⁸⁰ In argomento, per tutti. L. FILIPPI, *Molte perplessità e poche note positive nella legge delega di riforma delle intercettazioni*, in www.ilpenalista.it.

⁸¹ Cfr. L. FILIPPI, *Molte perplessità e poche note positive*, cit.

ministero, stabilendo che tali atti dovranno essere **custoditi in un apposito archivio riservato**, con facoltà di ascolto e esame, ma non di copia, da parte dei difensori e del giudice, «fino al momento di conclusione della procedura di cui all'articolo 268, commi 6 e 7, del codice di procedura penale, con il quale soltanto viene meno il divieto di cui al comma 1 dell'articolo 114 del medesimo codice relativamente agli atti acquisiti».

In terzo luogo, inoltre, si è stabilito che solo alla conclusione dell'udienza di stralcio i difensori delle parti potranno ottenere copia degli atti e trascrizione in forma peritale delle intercettazioni rilevanti, oppure il cui rilascio sia stato autorizzato dal giudice nella fase successiva alla conclusione delle indagini preliminari.

La delega ha poi attribuito, sempre in capo al pubblico ministero, dei **poteri di controllo della "legalità" delle intercettazioni anche in vista della presentazione di una richiesta di giudizio immediato, ovvero del deposito di materiale captativo successivo all'avviso di conclusione delle indagini**, essendosi stabilito che in tali casi l'accusa, ove riscontri tra gli atti la presenza di registrazioni di conversazioni o comunicazioni informatiche o telematiche inutilizzabili a qualunque titolo, ovvero contenenti dati sensibili, dovrà disporre l'avvio della procedura di cui ai commi 6 e 7 dell'art. 268 c.p., qualora la stessa non sia già intervenuta, indicando espressamente le conversazioni di cui intenda richiedere lo stralcio.

In ultima analisi, infine, i deleganti hanno ancora stabilito che le intercettazioni inutilizzabili, oppure contenenti dati sensibili o comunque irrilevanti, **di norma, non dovranno essere neppure inserite nei brogliacci d'ascolto**, essendo solo necessaria l'indicazione della data, dell'ora e dell'apparato su cui la registrazione è intervenuta. A tale riguardo, però, dovrà essere informata la pubblica accusa, che ne verificherà la rilevanza e, in caso, ne disporrà la trascrizione.

Insomma, pare possibile rilevare come i riformatori abbiano identificato nella pubblica accusa il vero e proprio **"guardiano della riservatezza"** e della legalità delle intercettazioni; e ciò, in buona sostanza, in ossequio a un percorso evolutivo favorito da quanto già stabilito da alcune circolari delle Procure della Repubblica e del C.S.M.

Gli altri criteri direttivi in materia di intercettazioni "tradizionali", contenuti alle lettere b), c) e d) del comma 84 del provvedimento, sono assolutamente più circoscritti e, rivestono, a ben vedere, un ruolo di secondo rilievo.

Così, ad esempio, con il secondo criterio direttivo (lettera b), il legislatore ha proposto di creare un **nuovo delitto di diffusione di riprese o registrazioni fraudolentemente effettuate**, punito con la reclusione non superiore a quattro anni, la cui condotta incriminata consisterà nella «diffusione, al solo fine di recare danno alla reputazione o all'immagine altrui, di riprese audiovisive o registrazioni di conversazioni, anche telefoniche, svolte in sua presenza ed effettuate fraudolentemente».

Il terzo criterio direttivo in materia (lettera c), ancora più generico rispetto agli altri, stabilisce invece che il governo, nell'opera di attuazione, dovrà **tenere conto delle decisioni e dei principi adottati dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo**, a tutela della libertà di stampa e del diritto dei cittadini all'informazione. Se si tratta di un rinvio certamente apprezzabile, ci si poteva aspettare sicuramente una sua specificazione maggiore da un punto di vista contenutistico, essendosi, invece, in buona sostanza, fatto soltanto un pleonastico richiamo "in bianco" a quanto affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con riguardo all'art. 8 CEDU, che già di per sé dovrebbe essere rispettato dal nostro ordinamento.

La legge delega, infine, ha anche stabilito, alla lettera d) del comma 81, che il governo dovrà **«prevedere la semplificazione delle condizioni per l'impiego delle intercettazioni delle conversazioni e delle comunicazioni telefoniche e telematiche nei procedimenti per i più gravi reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione»**; e ciò, evidentemente, con lo scopo di favorire una lotta serrata contro alcune tipologie di delitti che vedono coinvolti direttamente rappresentanti dello Stato.

B) I captatori informatici

Come anticipato, l'ampiezza del dibattito sviluppatosi negli ultimi tempi in merito all'utilizzo dei cosiddetti *"trojan"* – o, per l'appunto, captatori informatici – ha indotto il legislatore ad aggiungere, nel corso dei lavori preparatori della riforma Orlando, un ampio principio direttivo, contenuto nel **comma 84, lett. e)**, con cui si è **delegato il governo a disciplinare la complessa problematica delle intercettazioni di comunicazioni o conversazioni tra**

presenti mediante immissione di captatori informatici in dispositivi elettronici portatili⁸².

Tale intervento si era reso d'altra parte necessario alla luce della marcata insidiosità di questo strumento tecnico – il quale altro non è se non un *malware* «occultamente installato dall'inquirente su un apparecchio elettronico dotato di connessione internet attiva [...], il quale consente in ogni momento all'attaccante [...] di captare tutto il traffico dati (sia in entrata che in uscita), di attivare da remoto il microfono e la telecamera registrandone le attività, di "perquisire" gli *hard disk* e di fare copia integrale del loro contenuto, di intercettare [...] tutto quanto digitato sulla tastiera, di fotografare le immagini ed i documenti visualizzati»⁸³ – idoneo a comprimere fortemente i diritti di cui agli artt. 14, 15 Cost. e 8 CEDU.

Sembra, quindi, che, perlomeno dal legislatore delegante, non sia rimasto inascoltato quell'accorato appello che, dopo la pronuncia da parte delle Sezioni unite della già citata sentenza Scurato⁸⁴, molti processualpenalisti hanno rivolto al legislatore, affinché intervenisse «con specifiche disposizioni a regolare la materia nell'adeguato bilanciamento dei principi costituzionali e convenzionali coinvolti»⁸⁵.

Le indicazioni della delega sul punto, che, come si è autorevolmente rilevato, sembrano imporre, ove tradotte in legge, una parziale rilettura del quadro finora delineato dalla giurisprudenza⁸⁶, sono assai più precise di quanto si è visto in tema di intercettazioni "tradizionali" e, in questa sede, non possono che essere (sommariamente) riassunte come segue.

a) L'attivazione del microfono potrà avvenire solo a seguito di un **apposito comando inviato da remoto** e non del mero inserimento del captatore informativo e ciò sempre nel rispetto dei limiti stabiliti da un decreto autorizzativo emanato da un giudice.

b) La registrazione audio dovrà essere avviata dalla **polizia giudiziaria** o dal personale incaricato su indicazione della polizia operante, la quale sarà tenuta a indicare necessariamente l'ora di inizio e fine della registrazione, secondo circostanze da attestare nel verbale descrittivo delle modalità di effettuazione delle operazioni di cui all'art. 268 c.p.p.

c) L'attivazione del dispositivo dovrà essere sempre ammessa nel caso in cui si proceda per i delitti di cui **all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater**, c.p.p. e, fuori da tali casi, **potrà essere disposta nei luoghi di cui all'art. 614 c.p. soltanto se negli stessi si stia svolgendo l'attività criminosa**. In ogni caso, oltretutto, il necessario decreto autorizzativo del giudice dovrà indicare le ragioni per cui tale modalità di intercettazione particolarmente invasiva sia necessaria per lo svolgimento delle investigazioni.

d) Il trasferimento dei *file* registrati dovrà essere effettuato soltanto verso il **server della procura** e, una volta finita la captazione, il *trojan* dovrà essere reso definitivamente inutilizzabile.

e) Potranno essere utilizzati soltanto degli specifici **programmi informatici conformi** a dei requisiti tecnici stabiliti con decreto ministeriale.

f) **Nei casi di urgenza, il pubblico ministero potrà disporre direttamente tale tipologia di intercettazioni**, limitatamente al fatto che si proceda per i delitti di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, con successiva convalida da parte del giudice entro 48 ore. Il decreto d'urgenza dovrà dar conto delle specifiche situazioni di fatto che rendono impossibile la richiesta al giudice, nonché delle ragioni per cui tale insidiosa modalità di intercettazione sia necessaria.

g) Le intercettazioni così ottenute potranno essere utilizzate **ai fini probatori soltanto per i reati oggetto del provvedimento autorizzativo** e potranno essere utilizzati in procedimenti diversi a condizione che siano indispensabili per l'accertamento di uno dei delitti di cui all'articolo 380 c.p.p.

h) Il legislatore delegato dovrà far sì che non siano in alcun modo conoscibili, divulgabili e pubblicabili i risultati delle intercettazioni, le quali abbiano coinvolto occasionalmente **soggetti estranei ai fatti per cui si procede**.

⁸² Per un commento assai attento sul punto, cfr. C. PARODI, *La riforma "Orlando": la delega in tema di "captatori informatici"*, in www.magistraturaindipendente.it.

⁸³ La definizione è di L. ANNUNZIATA, *"Trojan di Stato: l'intervento delle Sezioni Unite non risolve le problematiche applicative connesse alla natura del captatore informatico"*, in *Parola alla difesa*, 2016, n. 1, p. 189.

⁸⁴ Cass., sez. un., 28 aprile 2016, Scurato, cit.

⁸⁵ L'appello si può trovare in *Dir. pen. cont.*, 7 ottobre 2016, sotto il titolo *Necessaria una disciplina legislativa in materia di captatori informatici (c.d. "trojan"): un appello al legislatore da parte di numerosi docenti di diritto italiani*.

⁸⁶ Cfr. C. PARODI, *La riforma "Orlando": la delega in tema di "captatori informatici"*, cit.

13.

La delega in materia di impugnazioni.

Nei **commi 82, 83 e 84** è rimasta una delega in materia di impugnazioni, che ha una valenza per certi versi residuale rispetto alle modifiche apportate direttamente nel codice.

La prima direttiva, contenuta nell'art. 2, comma 84, lett. *f*) prescrive di «**prevedere la ricorribilità per cassazione soltanto per violazione di legge** delle sentenze emesse in grado di appello nei procedimenti per i reati di competenza del giudice di pace». È stata espunta la parte riferita alla ricorribilità solo per violazione di legge nei casi di c.d. doppia conforme di assoluzione, che va ricollegata all'inserimento nell'art. 608 c.p.p. del nuovo comma 1-*bis*⁸⁷.

La seconda direttiva, di cui alla lett. *g*), impone di «prevedere che il **procuratore generale presso la corte di appello possa appellare soltanto nei casi di avocazione e di acquiescenza del pubblico ministero** presso il giudice di primo grado»; francamente, risulta assai arduo capire perché una norma così puntuale (e condivisibile) non sia stata inserita direttamente nell'art. 608 c.p.p.

La terza direttiva, contenuta nella lett. *h*), suggerisce di «prevedere la **legittimazione del pubblico ministero** ad appellare avverso la sentenza di proscioglimento, nonché avverso la sentenza di condanna solo quando abbia **modificato il titolo del reato o abbia escluso la sussistenza di una circostanza aggravante ad effetto speciale o abbia stabilito una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato**». Si tratta di una norma volta a ridurre l'area dell'appello del pubblico ministero che, per un verso, estende alle sentenze dibattimentali quanto già previsto per le sentenze pronunciate all'esito di abbreviato e, per l'altro, contempla un riferimento inedito all'applicazione di aggravanti ad effetto speciale e all'erronea applicazione della pena.

La direttiva contemplata nella lett. *i*) stabilisce di «prevedere la **legittimazione dell'imputato ad appellare** avverso la sentenza di condanna, nonché avverso la sentenza di proscioglimento emessa al termine del dibattimento salvo che sia pronunciata con le formule: "il fatto non sussiste" o "l'imputato non ha commesso il fatto"». Non si può non notare che l'indicazione è molto generica e non particolarmente innovativa rispetto al panorama attuale.

La penultima direttiva, prevista nella lett. *l*), raccomanda di «**escludere l'appellabilità delle sentenze di condanna alla sola pena dell'ammenda** e delle sentenze di proscioglimento o di non luogo a procedere relative a contravvenzioni punite con la sola pena dell'ammenda o con una pena alternativa». Vista la ragionevolezza della modifica e la semplicità dell'innesto diretto nel codice, viene da chiedersi come mai il legislatore non abbia avuto la forza di inserirla tra le norme immediatamente vincolanti.

L'ultima direttiva, inserita nella lett. *m*), prescrive di «prevedere la **titolarità dell'appello incidentale in capo all'imputato e limiti di proponibilità**». Ancora una volta, la formulazione è assai enigmatica, ma, sulla base dei lavori preparatori, sembra di poter ritenere che la volontà del legislatore delegante sia quella di circoscrivere l'istituto dell'appello incidentale al solo imputato⁸⁸. Il che suscita qualche perplessità vista l'efficacia deflativa dell'appello incidentale del pubblico ministero.

14.

Riflessioni di sintesi.

Al termine della presentazione delle modifiche apportate in materia processuale, si può notare che la manovra, così ampia e articolata, si limita in molti punti a **codificare la giurisprudenza** consolidata negli anni. In quest'ottica, sembra emergere una certa debolezza del legislatore che finisce per riconoscere la centralità della giurisprudenza nella definizione degli equilibri processuali: a quasi vent'anni dalla costituzionalizzazione del canone di legalità processuale (art. 111 comma 1 Cost.) i rapporti di forza tra Parlamento e magistratura non sembrano cambiati. Peraltro, non si può non notare che il legislatore avrebbe potuto completare l'opera e inserire nel codice la disciplina di alcuni istituti regolati dalla giurisprudenza: si pensi, solo per citarne alcuni, al tema delle videoregistrazioni (ancora una volta rimosso dal

⁸⁷ V. M. BARGIS, *I ritocchi alle modifiche in tema di impugnazioni nel testo del D.D.L. N. 2798 approvato dalla Camera dei deputati*, cit., p. 12.

⁸⁸ Cfr. *Relazione al d.d.l. n. 2798*, cit., p. 9, secondo cui «nella prospettiva della riduzione dell'appellabilità senza sacrificio per le ragioni della difesa, si prescrive che l'appello incidentale sia rimesso soltanto all'imputato e quindi acquisti una spiccata funzione difensiva e sia limitato nella sua estensione, in particolare ai casi in cui non abbia legittimazione all'appello principale».

legislatore), alla revisione europea e all'appello avverso le sentenze di proscioglimento.

Laddove il legislatore si sia cimentato nell'innovazione, i risultati sembrano in alcuni casi deludenti. Si registrano **novità discutibili** per la loro coerenza con le finalità originarie: viene in mente quello che si è definito periodo di riflessione del pubblico ministero, che rischia di certificare un cospicuo allungamento del procedimento penale a fronte della finalità originaria del disegno di legge di «recuperare il processo penale ad una durata ragionevole»⁸⁹. Molte disposizioni sono scritte male: si pensi alla disciplina delle nullità del provvedimento di archiviazione. Vi è scarsa attenzione per la collocazione sistematica degli istituti: l'emblema è la rescissione del giudicato inserita tra le previsioni dedicate alla revisione. Infine, si registrano errori macroscopici di sintassi giuridica: lo testimonia la scelta di rendere attivabile d'ufficio un'impugnazione straordinaria quale il ricorso per errore di fatto.

Non mancano però **innovazioni molto positive**, alcune delle quali del tutto inedite – come il reclamo al tribunale in composizione monocratica avverso il provvedimento di archiviazione – ed altre attese da diversi lustri: pensiamo, in particolare, alla disciplina degli “eterni giudicabili”, all'eliminazione per i reati comuni della possibilità di differire i colloqui con il difensore, alla cancellazione del ricorso personale per cassazione da parte dell'imputato e alla reintroduzione del concordato in appello. Per quanto riguarda le deleghe, quella in materia di tutela della riservatezza delle intercettazioni e di intercettazioni mediante captatori, per quanto abbastanza generica, va giudicata positivamente: l'auspicio è che possa essere effettivamente attuata nei prossimi mesi. Ma la strada appare in salita.

⁸⁹ Cfr. *Relazione al d.d.l. n. 2798*, cit., p. 1.

Probabilità et procès pénal à l'époque de la preuve ADN *

Probability and Criminal Process in the Age of DNA Evidences

LUCA LUPÁRIA

Professore ordinario di Procedura penale nell'Università degli Studi Roma Tre

PROBABILITÀ, PROCESSO PENALE, PROVA,
DNA, STATISTICA

PROBABILITY, CRIMINAL PROCEEDINGS, EVIDENCE,
DNA, STATISTICS

ABSTRACT

Il rapporto tra teoria della probabilità e diritto delle prove penali affonda le proprie radici nella storia della giustizia penale. Il dibattito scientifico degli ultimi decenni ha tuttavia messo a fuoco la necessità di un maggiore approfondimento di questa stretta relazione, soprattutto in chiave di irrobustimento della razionalità del giudice moderno. L'irrompere della prova del Dna nelle aule di giustizia pone oggi nuovi interrogativi e induce a guardare con occhi meno scettici le recenti elaborazioni in materia di logica della probabilità e dogmatica del processo.

The relation between probability theory and the law of criminal evidence finds its roots in the history of criminal justice. Nevertheless, the scientific debate in recent years has underlined the necessity of a deeper, detailed study on this strong relation, especially with reference to the strengthening of the rationality of the modern judge. The DNA bursting into courtrooms sets today new questions, and invites to look at the recent theories on logic of probability and criminal process with less scepticism.

* Texte – avec addition de notes – de la Conférence tenue à l'Université de Lausanne, École des sciences criminelles, le 10 novembre 2016.

SOMMARIO

1. Preuve pénale et probabilité. – 2. Une sorte de tabou? – 3. La preuve génétique. – 3.1. Un élément décisif sauveur de l'innocent. – 3.2. Le Adn dans un contexte de type probabiliste. – 4. Déshumanisation de la justice ou transparence de la façon de rendre une décision?

1. Preuve pénale et probabilité.

Le lien entre probabilité, procès pénal et droit de la preuve judiciaire devrait être, pour tout juriste, un facteur tout à fait acquis. Et, d'autre part, l'étude du procès dans les classes universitaires, devrait être étroitement imbriquée avec l'approfondissement de la théorie de la probabilité¹.

Les réflexions qui suivent entendent montrer plutôt à quel point, même aujourd'hui, l'univers de la justice pénale voit avec une certaine méfiance le monde de la probabilité comme s'il pouvait s'en passer.

Un lien solide, ai-je dit. Enseignant en Italie, je ne peux pas m'empêcher d'évoquer Cesare Beccaria qui, déjà dans son *"Dei delitti e delle pene"* (nous venons de célébrer les 250 ans de sa publication), disait, au chapitre XIV, "Le mot de probabilité, en matière de crimes, qui, pour mériter punition, doivent être certains, (...), la certitude morale n'est qu'une probabilité, telle cependant qu'elle mérite le nom de certitude, (...) [la même] certitude morale [qui] détermine tous les hommes dans les opérations les plus importantes de leur vie"².

Sans aller chercher le grand Beccaria, quoi qu'il en soit, pour retrouver ce lien étroit, il suffirait de s'en tenir au simple examen des lois procédurales du monde entier. Elles sont imprégnées de références à la probabilité : pensons aux *standards* du *probable cause* et du *beyond any reasonable doubt*, formules américaines qui ont eu un grand succès en Europe, comme confirmé par la présence, depuis 2006³, du principe BARD dans le code de procédure pénale italien.

Passant du côté des probabilistes, il suffit juste de rappeler que les recherches en matière de "degrés de probabilité" ont historiquement eu leur origine dans la pensée de philosophes qui étaient en même temps des chercheurs en droit⁴ ou qui, sans être juristes, considéraient malgré tout indispensable de tester leurs intuitions sur des exemplifications de type procédural⁵.

Le rapport intime entre preuve pénale et probabilité devrait être déduit entre autre de la constatation que le procès moderne se voit vigoureusement investi de données statistiques et d'évaluations à caractère probabiliste, capables d'assumer le rôle de source de conviction à travers les canaux de la *scientific evidence* ou de l'*expert witness*⁶. À partir du très célèbre cas Dreyfus (où *statistical evidence* et théorie de la probabilité firent leurs débuts dans le monde des Cours grâce au biais de consultants d'exception, tels que Bertillon et Poincaré⁷) et passant par les *leading cases* nord-américains Risley⁸, Collins⁹, Skipper¹⁰, ainsi que par la triste

¹ Pour des réflexions plus approfondies sur le thème, qu'il soit permis de faire renvoi à L. LUPÁRIA, *Trial by probabilities. Qualche annotazione "eretica"*, dans *La Corte D'Assise*, 2, 2012, 155.

² Traduction personnelle. Cf. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* [1764], Milan, 1973, 34.

³ Loi n° 46 du 20 février 2006, publiée sur la *Gazzetta Ufficiale* n° 40 du 22 février 2006.

⁴ Il suffit de penser à Leibniz, qui obtint un doctorat en droit et, partant justement de cas judiciaires, développait la question de la probabilité (*Ad stateram juris, de gradibus probationum et probabilitatum*). Voir aussi G. LEIBNIZ, *Nuovi saggi sull'intelletto umano*, II vol., Bari, 1911, 602.

⁵ C'est le cas des deux Bernoulli: J. BERNOULLI, *Ars Conjectandi*, 1713; N. BERNOULLI, *Dissertatio inauguralis mathematico-juridica de usu artis conjectandi in jure*, Bâles, 1709. Très intéressant aussi le travail de N. J. A. CONDORCET, *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix*, Paris, 1785 et de G. BOOLE, *On the Application of the Theory of Probabilities to the Question of the Combination of Testimonies on Judgments*, dans 21 *Transactions of the Royal Society of Edimbourg*, 1857, 597.

⁶ Voir sur ce point notamment, O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Milano, 2005. Voir aussi, S. LORUSSO, *Investigazioni scientifiche, verità processuale ed etica degli esperti*, dans *Dir. pen. proc.*, 2010, 1349.

⁷ Cf. sur cette question, F. TARONI, C. CHAMPOD, P. MARGOT, *Forerunners of Bayesianism in Early Forensic Science*, dans 38 *Jurimetrics*, 1998, 183; D. H. KAYE, *Revisiting Dreyfus: A More Complete Account of a Trial by Mathematics*, dans 91 *Minn. L. Rev.*, 2007, 825.

⁸ *People v. Risley*, 214 N.Y. 75 (1915).

⁹ *People v. Collins*, 438 P.2d 33 (1968).

¹⁰ *State v. Skipper*, 637 A.2d 1101 (1994).

affaire judiciaire de Sally Clark¹¹. Il faut donc le reconnaître : les juges du nouveau et du vieux continent sont de plus en plus récursivement appelés à se confronter avec les élaborations des sciences statistiques.

Finalement on peut en dire autant sur le rôle joué par le calcul des probabilités dans la construction des évidences scientifiques les plus utilisées dans nos tribunaux. Peu sont ceux qui ignorent que les preuves ADN, les identifications dactyloscopiques, pour n'en citer que deux des plus importantes, ont, de par leur nature, un caractère tout à fait probabiliste.

2. Une sorte de tabou?

Face à cette reconnaissance d'un état de fait que nous pourrions définir acquis, on devrait en principe assister à une explosion de recherches juridiques et d'arrêts des tribunaux permettant l'exploration de nouveaux rapports entre la logique de l'incertain développée dans le domaine de l'épistémologie et la culture des preuves pénales¹².

De même que l'on s'attendrait à un développement des axes d'enquête visant à rendre les instruments de base de la statistique utilisables par les avocats et les magistrats ainsi que des règles et des quantifications numériques typiques du raisonnement probabiliste compréhensibles par ces sujets¹³.

Toutefois, en Italie et dans d'autres pays européens, rien de ce qui précède ne se produit, laissant soupçonner que le rapport entre probabilité et preuve pénale représente une sorte de tabou ou, quoi qu'il en soit, un argument ne méritant pas d'être mis en exergue.

Y a-t-il lieu de craindre, comme l'affirmé par ailleurs Tribe dans la *Harvard Law Review* de 1971, que l'utilisation de méthodes formelles appliquées aux *legal proceedings* (il suffit de penser au "théorème de Bayes"¹⁴) mène à ce qu'on appelle "paradoxe de la quantification", c'est-à-dire à la création d'une fausse exigence de devoir mesurer et rendre plus précis ce qui ne peut pas l'être, de par sa nature, suivant la logique perverse selon laquelle «*if you can't count it, it doesn't exist*». Une autre crainte est que la probabilité ne puisse pas être correctement appréciée par les juges (et, pire encore, par le jury) qui risquent d'être influencés de façon négative au moment de la formation de leur libre décision et, surtout, de leur évaluation pondérée de la règle de jugement contenue dans la formule "au-delà de tout doute raisonnable". Enfin, on reste quelque part avec l'idée que, à partir du moment où la condamnation d'une personne doit transiter par un moment moralement et éthiquement acceptable d'enquête, un procès qui montre clairement l'utilisation de la probabilité comme logique d'inspiration ne serait pas accepté par les citoyens et ne serait pas légitimé, face au peuple, à priver les individus de leur liberté¹⁵.

Au début de ce nouveau millénaire, il est donc nécessaire d'accomplir un effort important pour que le monde du droit prenne conscience du fait que la probabilité ne concerne pas les chiffres, mais le raisonnement. Dans le bagage culturel d'un juriste moderne, la logique, la

¹¹ Condamnée pour l'homicide de deux de ses enfants, décédés tous deux par MSN – mort subite du nourrisson – quelques semaines après leur naissance. Un rôle important dans cet exemple terrible d'erreur judiciaire est représenté par la *statistical evidence* présentée par le professeur Roy Meadow concernant le degré de probabilité que deux enfants d'une même famille aisée puissent être atteints, tous deux, par la MSN. La prévenue fut par la suite acquittée en deuxième ressort, grâce aussi à l'intervention de la Royal Statistical Society, qui écrivit un mémorial technique capable de réfuter l'approche théorique de l'expert du ministère public (J. BATT, *Stolen Innocence: A Mother's Fight for Justice. The Authorized Story of Sally Clark*, London, 2004).

¹² Un des rares arrêts italiens récemment prononcé en la matière est celui du Tribunal de Milan : Trib. Milano, sez. G.I.P., sent. 18 giugno 2015, giud. Gennari, commentaire de J. DELLA TORRE, *Il teorema di Bayes fa capolino al Tribunale di Milano*, dans *Dir. pen. cont.*, le 21 octobre 2015.

¹³ Très riches sur ce point la littérature Anglo-Américaine: D.H. KAYE, *Statistics for Lawyers and Law for Statistics*, dans 89 *Mich. L. Rev.*, 1991, 1520; C. AITKEN, *Statistical Techniques and Their Role in Evidence Interpretation*, dans J. Payne-James et A. Busuttill (dir.), *Forensic Medicine: Clinical and Pathological Aspects*, Greenwich, 2002, 755; ID., *Statistics and Forensic Science*, dans J. Fraser et R. Williams (dir.), *Handbook of Forensic Science*, London, 2009, 381; C. AITKEN, F. TARONI, *Statistics and the Evaluation of Evidence for Forensic Scientists*, New York, 2004; C. AITKEN, P. ROBERTS, G. JACKSON, *Fundamentals of Probability and Statistical Evidence in Criminal Proceedings: Guidance for Judges, Lawyers, Forensic Scientists and Expert Witnesses*, Royal Statistical Society, London, 2010.

¹⁴ T. BAYES, *An Essay towards Solving a Problem in the Doctrine of Chances*, dans 53 *Philosophical Transactions of the Royal Society of London*, 1763, 370.

¹⁵ Les protagonistes de ce ferment intellectuel sont, d'une part, des philosophes tels que Jonathan Cohen (*The Probable and the Provable*, Oxford, 1977), Glenn Shafer (*A Mathematical Theory of Evidence*, Princeton, 1976) David Schum (*The Evidential Foundation of Probabilistic Reasoning*, New York, 1994) et, de l'autre, des juristes tels que Peter Tillers (*Evidence, Uncertainty, and the Rule of Law*, dans 66 *Boston U. L. Rev.*, 1986, 381), Ronald Allen (*Rationality, Algorithms and Judicial Proof: a Preliminary Inquiry*, dans 1 *Int. J. Evidence & Proof*, 1997, 254) et David Kaye (*Probability Theory meets Res Ipsa Loquitur*, dans 77 *Mich. L. Rev.*, 1979, 1456).

statistique et la probabilité ne sauraient manquer. Les règles probabilistes peuvent par ailleurs être exprimées de façon simple et indépendante d'une quantification en chiffres, adoptant, par exemple, des approches graphiques parfois transformées en schémas opérationnels dans le cadre de l'intelligence artificielle.

Très significatives sont les réflexions faites par différents chercheurs en matière de représentation visuelle, ou, dans un langage ordinaire, d'inférences logico-probabilistes du raisonnement probatoire. Perspective qui voit d'ailleurs comme précurseurs – on l'oublie souvent – le grand Wigmore¹⁶ et, dans une certaine mesure, Carnelutti¹⁷.

3. La preuve génétique.

Ces raisonnements nous poussent à faire une brève digression sur le thème de la preuve génétique. Pour nombre d'opérateurs de notre procédure pénale, les concepts liés au monde de la génétique et de la statistique appliquées à celle-ci semblent être des objets mystérieux : des expressions telles que *relative frequencies*, *random match probabilities*, *likelihood ratios*, juste pour n'en citer quelques-unes, peuvent résulter pour la plupart d'eux insaisissables ou indéchiffrables¹⁸. Le risque peut être dès lors que le *trial by Dna* devienne une pratique artisanalement "à l'italienne", incapable de fournir de la vraie sève vitale aux arguments potentiels des acteurs au procès, qui se voient obligés de s'appuyer à l'*ipse dixit* des génétistes de la Cour, sans une possibilité réelle d'en faire passer les résultats par une *cross examination* ou en tout état de cause par un contradictoire digne de ce nom¹⁹. C'est pour cette même raison qu'il convient de promouvoir à n'importe quel prix la formation des magistrats et des avocats et de stimuler l'enrichissement culturel découlant de cet échange d'informations interdisciplinaire mentionné dans le passé.

C'est dans ce cadre qu'il est difficile d'éviter de remarquer une sorte d'hétérogénéité des fins dans l'approche continentale à la preuve de l'Adn.

Il ne semble pas possible en effet de mettre en doute que, par inclination culturelle, nous tendions à lire cet instrument de connaissance comme une preuve « décisive » typique pour l'attribution au prévenu de la conduite délictueuse pour laquelle on procède. Et pourtant, l'identification "positive" du sujet repose sur un calcul statistique et, qui plus est, est paramétrée sur la population de référence, c'est-à-dire sur une catégorie influencée par de nombreux facteurs, dont le facteur racial²⁰. En plus, et nous le savons, la valeur d'inférence relative est extrêmement variable, si nous considérons que la "référence" peut être formée d'un groupe d'un petit nombre de sujets²¹ tout comme par une multitude de personnes. Pour conclure, le *matching* positif est une information à déchiffrer de façon probabiliste, une information qui n'est pas apte, pour les raisons que nous examinerons plus avant, à atteindre à elle seule un degré d'irréfutabilité capable de déboucher sur un jugement de culpabilité dans la procédure pénale.

3.1. Un élément décisif sauveur de l'innocent.

L'Adn exprime, au contraire, toutes ses potentialités dans le domaine de la démonstration d'innocence, c'est à dire dans l'hypothèse d'une non-correspondance des traits d'identification

¹⁶ J. WIGMORE, *The Problem of Proof*, dans 8 *Illin. L. Rev.*, 1913, 77; ID., *The Principles of Judicial Proof, as Given by Logic, Psychology and General Experience*, Boston, 1913.

¹⁷ F. CARNELUTTI, *Accertamento del reato e favor rei*, dans *Riv. Dir. Proc.*, 1961, 337.

¹⁸ A cet égard, consulter les travaux déjà mentionnés de D.H. KAYE, *Statistics for Lawyers and Law for Statistics*, cite ; C. AITKEN, *Statistics and Forensic Science*, cité.; C. AITKEN et F. TARONI, *Statistics and the Evaluation of Evidence for Forensic Scientists*, cite ; C. AITKEN, P. ROBERTS et G. JACKSON, *Fundamentals of Probability and Statistical Evidence in Criminal Proceedings : Guidance for Judges, Lawyers, Forensic Scientists and Expert Witnesses*, cite ; ainsi que l'ouvrage italien U. RICCI - C. PREVIDERÉ, *La prova del DNA per la ricerca della verità. Aspetti giuridici, biologici e probabilistici*, Milan, 2006.

¹⁹ Soit consentie une référence à L. LUPÁRIA, *Le promesse della genetica forense e il disincanto del processualista. Appunti sulla prova del DNA nel sistema italiano*, dans *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 2016, 167.

²⁰ D.H. KAYE, *The Role of Race in Dna Statistics: What Experts Say, What California Courts Allow*, dans *Southwest. U. L. Rev.*, 2008, 303.

²¹ À titre d'exemple, rappelons une récente affaire nord-américaine connue comme *Duke Lacross Case* relative à une violence sexuelle pendant une fête étudiante : M. SEIGEL, *Race to Injustice. Lessons Learned from the Duke Lacrosse Rape Case*, Durham, 2009.

des deux profils génétiques. La diversité des segments pris pour paramètres permet en effet d'exclure définitivement tout jugement possible d'identité, sans besoin d'évaluations de fréquence supplémentaires et compliquées²².

C'est justement en raison du degré de certitude que peut montrer un résultat d'"exclusion" que la preuve génétique est plutôt considérée, dans le cadre international, comme la reine des preuves à décharge²³, capable de renverser le jugement pénal à travers une *review* du procès visant à la libération des sujets injustement condamnés²⁴. Aux États Unis, au cours des dernières décennies, dans la phase de la *post-conviction* les tests Adn se sont multipliés, surtout du point de vue de l'examen du liquide spermatique. Nous comptons à ce jour 349 *DNA exonérations*, c'est-à-dire un nombre très élevé de revirement de jugements de condamnation définitive pour des crimes d'une gravité extrême (homicide, violence sexuelle, etc.), exclusivement sur la base d'une enquête génétique menée sur des spécimens et des échantillons non étudiés dans le passé. La force de ces statistiques sur les erreurs judiciaires découvertes grâce à la génétique du for est ainsi en train de pousser les États Unis nord-américains à promulguer des lois spécifiques sur l'accès au test de l'Adn dans la phase d'exécution de la peine²⁵.

Pour en finir, la prise de conscience de l'importance réelle du *dna profiling*, ontologiquement incapable de recevoir l'étiquette de *regina probationum* contre le prévenu mais capable de devenir un élément décisif sauveur de l'innocent, pourrait contribuer à une approche plus équilibrée de la part des opérateurs vis-à-vis des résultats de l'examen génétique.

3.2. *Le Adn dans un contexte de type probabiliste.*

La lecture des jugements italiens montre une orientation, presque traditionnelle, selon laquelle l'enquête génétique ne pourrait se voir accorder un rôle de preuve que si ses résultats sont "certains". Dans le cas contraire, elle deviendrait un indice où le résultat atteint se pose en termes de "simple" compatibilité d'un profil génétique déterminé²⁶.

Il s'agit, à l'évidence, d'une approche qui fait résonner l'ancienne acception médiévale de l'indice en termes de *probatio minus quam plena*²⁷, comme si la différence entre les deux concepts était liée à des formes de graduation de la persuasion et non pas, ce qui serait plus correcte, à la structure logique différente qui fait la distinction entre la preuve (où le passage de l'élément au résultat est déterminé de façon univoque) et l'indice (qui oblige à une conclusion d'inférence à travers une application des pratiques d'expérience ou de lois de probabilité)²⁸.

D'autant plus que, parler de "certitude" de l'identification à travers le Adn dans un contexte scientifique de type probabiliste représente en soi-même une perspective trompeuse. Mais, ce qui est plus important, le test de l'Adn, lorsqu'il sert à attribuer à la personne du prévenu le matériel biologique collecté sur le lieu du crime (selon son usage le plus répandu), peut engendrer un signe non pas, tellement, du fait principal de l'imputation (voire de la commission du crime), mais plutôt d'un fait secondaire (tel que la présence du prévenu sur le *locus commissi delicti*) ou, qui plus est, d'une circonstance sans importance ou déjà connue (telle que l'existence d'un rapport de connaissance entre victime et prévenu).

Dans une autre optique, souvent la personne préposée à l'activité de laboratoire ne se limite pas à une opération mécanique, s'abstenant de toute évaluation personnelle. Il suffit de penser aux profils génétiques incomplets ou partiels, ainsi qu'à la quantité limitée d'Adn, à la dégra-

²² M. STRAMAGLIA, *Il DNA: testimone invisibile o ordalia giudiziaria?*, dans L. Marafioti et G. Paolozzi (dir.), *Incontri ravvicinati' con la prova penale*, Torino, 2014, 72.

²³ L. MARAFIOTI parle expressément de « *preuve fondamentale d'innocence* » (dans *Le banche dati del Dna. Una nuova frontiera investigativa nel Trattato di Prüm*, dans L. Marafioti, L. Lupária (dir.), *Banca dati del DNA e accertamento penale*, Milano, 2010, 10). Dans le même ouvrage cfr. mon article *Dati genetici e cultura processuale: un futuro ancora da comporre*, 341.

²⁴ Par référence au rapport entre preuve scientifique et erreur judiciaire, consulter P. C. GIANNELLI, *Wrongful convictions and forensic science: the need to regulate crime labs*, dans 86 *N. C. L. Rev.*, 2007, 163; J. VUILLE, A. BIEDERMANN, F. TARONI, *Accounting for the potential of error in the evaluation of the weight of scientific evidence*, dans L. LUPÁRIA (dir.), *Understanding Wrongful Conviction. The protection of the innocent across Europe and America*, Padova, 2015, 39.

²⁵ Pour un cadre sur la législation américaine concernant le *post conviction DNA testing*, consulter *ici*.

²⁶ Cour de Cassation Pénal, sec. II, 5 février 2013, n. 8434, Mariller, dans CED n. 255257; Cass. pén. section I, 30 juin 2004, n. 48349, dans *Cass. pen.*, 2006, 1042.

²⁷ I. ROSONI, *Quae singula non prosunt collecta iuvant. La teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna*, Milano, 1995.

²⁸ G. UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995, 44.

dation du matériel biologique, à l'intervention de facteurs contaminants : il s'agit de situations qui se présentent fréquemment, qui ne peuvent que mettre en place l'intervention critique de l'expert, appelé à remplir, à travers ses connaissances et son expérience, les vides laissés par l'imperfection constante des instruments qu'il utilise dans sa *reconstructio*²⁹. Ajoutons à cela le conditionnement possible de l'analyste par rapport aux informations de contexte sur le cas, véhiculées par les enquêteurs et les organes d'information, souvent capable d'engendrer ce qu'on appelle le *biasing snowball effect*.

Même dans la meilleure des hypothèses, la preuve de l'Adn n'est qu'un élément statistique, un simple indice, fruit d'une pure activité de déchiffrement du *scientist*. Nous ne pouvons pas lui accorder un rôle pivot et pas davantage – du moins selon une configuration plus rigoureuse – un rôle de point d'origine d'une chaîne d'inférences, surtout si celle-ci est détachée d'autres résultats qui convergent à chaque passage logique³⁰.

4. Déshumanisation de la justice ou transparence de la façon de rendre une décision?

La probabilité est la logique des preuves et une connaissance plus profonde de la part des protagonistes du procès permet d'améliorer, tout compte fait, toute la gestion de la justice en termes de transparence et de conscience de la "mécanique" qui sous-tend le fonctionnement de la décision sur les faits délictueux.

Une persistance dans le maintien de certains ostracismes ne peut que mener à deux résultats. Le premier consiste dans le fait que, dans l'évaluation de la preuve scientifique, les juges sont de plus en plus *bamboozled* (*étourdis*), pour utiliser une expression typique de l'expérience anglo-américaine³¹. Et nous ne parlons pas simplement du juge qui, submergé de données statistiques, finit par ne plus arriver à élaborer de façon critique une décision "libre"³².

Nous pensons aussi à l'hypothèse, moins explorée, d'un décideur qui, démuné d'un abécédaire de la probabilité et de l'aspect inconscient de la "nature statistique" de plusieurs preuves contenues dans son arsenal de connaissances, risque d'envelopper dans un halo lumineux de certitude mathématique³³ des conclusions qui devrait au contraire être ramenées à la dimension « crépusculaire » du *probable*. C'est ce qui se passe souvent dans les tribunaux quand il s'agit de preuve de l'ADN : sa linéarité apparente transforme en résultat oraculaire, auquel il faut se conformer aveuglément, un test qui ne manque pas d'une certaine fragilité de persuasion³⁴.

Il est paradoxal que la preuve pénale finisse par se placer, *de facto*, à un niveau méthodologique inférieur à celui requis dans la plupart des autres secteurs d'expérience. Il est unanimement reconnu que pour déterminer, dans un tribunal, ce qui est *beyond any reasonable doubt* il ne faut pas être un logicien ou un statisticien, mais un juge expérimenté, muni d'une préparation complète et au pas avec les temps, car, comme le disait Cardozo, «on n'a pas encore écrit une table de logarithmes capable de nous donner la formule de la justice». Cela ne

²⁹ Dans un récent article – qui a suscité une grande attention dans le monde doctrinal américain – le juge fédéral Alex Kozinski, examinant le sujet de la justice pénale contemporaine (ancrée dans la suggestive expression *Criminal Law 2.0*), a déclaré que «*the integrity of the result [of DNA comparison] depends on a variety of factors that are, unfortunately, not nearly so foolproof: the evidence must be gathered and preserved so as to avoid contamination; the testing itself must be conducted so that the two samples being compared do not contaminate each other; the examiner must be competent and honest. As numerous scandals involving DNA testing labs have shown, these conditions cannot be taken for granted, and DNA evidence is only as good as the weakest link in the chain*» (A. KOZINSKI, *Criminal law 2.0*, in *Geo. L. J. Ann. Rev. Crim. Proc.*, 2015, p. iii).

³⁰ Voir L. LUPÀRIA, F. TARONI, J. VUILLE, *La prova del Dna nella pronuncia della Cassazione sul caso Amanda Knox e Raffaele Sollecito*, dans *cette Revue*, n. 1/2016, p. 155.

³¹ Très importante sur ce point une fameuse affaire anglaise : R. v. T. [2010] EWCA Crim. 2439; [2011] 1 Cr. App. R. 9, discutée par M. REDMAYNE, P. ROBERTS, C. AITKEN et G. JACKSON, *Forensic Science Evidence in Question*, dans *Crim. L. Rev.*, 2011, 346.

³² Pour une toute récente proposition sur le plan du rapport existant entre preuve scientifique et juge dans l'optique du respect des principes du procès équitable: J. VUILLE, L. LUPÀRIA, F. TARONI; *Scientific evidence and the right to a fair trial under Article 6 ECHR*, dans *Law, Prob. & Risk*, 2017, 55.

³³ Expression qui peut en soi-même apparaître comme une contradiction pour celui qui connaît la parabole historique de la logique formelle que de Frege passe à Russel jusqu'à atteindre Hilbert et Gödel: C. MANGIONE, *La logica nel ventesimo secolo*, dans L. Geymonat (dir.), *Storia del pensiero filosofico e scientifico*, vol. VI, Milano, 1972, 540.

³⁴ Cfr. D. KAYE, *The Role of Race in Dna Statistics: What Experts Say, What California Courts Allow*, cit., 303; ID., *Rounding Up the Usual Suspects: A Legal and Logical Analysis of Dna Trawling Cases*, dans *N. C. L. Rev.*, 2009, 425; ID., *Identification, Individualization and Uniqueness: What's the Difference?*, dans *Law, Prob. & Risk*, 2009, 85.

veut toutefois pas dire que celui qui est appelé à juger ne puisse pas utiliser des modèles, des exemples de principes logiques, des explicitations de raisonnement probabilistes qui, tout en étant utilisés par tous, ne sont pas toujours intuitifs dans la vie réelle et peuvent donner lieu à des manquements et à des fautes³⁵.

Il est inacceptable que dans un procès on puisse se passer d'un bagage de connaissances, véritable patrimoine d'autres importants domaines qui, de plus, ne démunirait pas le magistrat de son individualité d'appréciation, et en permet au contraire une utilisation, et un contrôle successifs conformément à la garantie de la logicité des décisions.

Les études de ces dernières années sur probabilité, preuve pénale et procès ne vont pas dans la direction d'une déshumanisation de la justice, mais plutôt vers un soutien à la préparation du juge, en vue d'une prévention des erreurs judiciaires³⁶ et d'une contribution à la transparence de la façon de rendre une décision.

Certes, plus nous défrichons ce domaine, plus les faiblesses de notre perception et la complexité de notre raisonnement sautent aux yeux. Mais à n'en pas douter, ce n'est pas en occultant les limites de l'être humain que nous arriverons à une forme de progrès quel qu'il soit dans la culture du procès pénal.

³⁵ Dans tel phénomène vont pris en considération, évidemment, aussi des facteurs d'ordre psychologique ou liés à des filtres cognitives, bien illustrés par les études écrites à la fin du siècle dernier : A. TVERSKY, D. KAHNEMAN, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, dans 185 *Science*, 1974, 1124; W. EDWARDS et D. VON WINTERFELDT, *Cognitive Illusions and their Implications for the Law*, dans 59 *South. Cal. L. Rev.*, 1986, 225; A. J. MOORE, *Trial by Schema: Cognitive Filters in the Courtroom*, dans 37 *UCLA L. Rev.*, 1989, 273; D. OSHERSON, *Invitation to Cognitive Science: Thinking*, Cambridge, 1990. Dans la littérature italienne : P. CATELLANI, *Il giudice esperto. Psicologia cognitiva e ragionamento giudiziario*, Bologna, 1992.

³⁶ Cfr. L. LUPÀRIA, *Rethinking the approach to wrongful convictions in Europe: some preliminary remarks*, in *Understanding wrongful conviction: the protection of the innocent across Europe and America*, cit., 1.

 DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO
www.penalecontemporaneo.it