

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, allorquando 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 una 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, allorché 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 sindacati 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 allorché 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 segretezza 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 politica 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.