

Giustizia penale e informazione giudiziaria: spunti comparatistici per il dibattito italiano

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

NICOLA RECCHIA

Assegnista di ricerca in Diritto penale presso l'Università di Ferrara

GIUSTIZIA PENALE E MASS MEDIA, PROCESSO MEDIATICO,
JUICIOS PARALELOS, ÖFFENTLICHE VORVERURTEILUNGEN

CRIMINAL JUSTICE AND MASS MEDIA, MASS MEDIA TRIAL,
JUICIOS PARALELOS, ÖFFENTLICHE VORVERURTEILUNGEN

ABSTRACT

Il tema del complesso rapporto tra giustizia penale e informazione giudiziaria non è certamente proprio del solo ordinamento italiano. Nel presente contributo si cerca pertanto di inquadrare brevemente tale tema in prospettiva comparata, ricostruendolo attraverso i formanti legislativo, giurisprudenziale e dottrinale. La riflessione è limitata ad alcuni ordinamenti rappresentativi di civil law – Francia, Spagna e Germania – e soprattutto ai soli aspetti di diritto penale sostanziale, soffermandosi in modo particolare sulla responsabilità penale dei giornalisti in casi di violazione del segreto istruttorio e sui rimedi compensativi penalistici da “processo mediatico”.

The topic of the problematic relationship between criminal justice and mass media is certainly not only typical of the Italian legal system. In the following paper we try then to look at this topic in a comparative perspective, by analyzing the legal sources, the case-law and the legal scholarship. The analyses is limited to some key civil law legal system – France, Spain and Germany – and especially to the substantive criminal law aspects, in particular the criminal responsibility of the journalists in cases of violation of the investigative secret and on the criminal restorative measures in cases of “mass media trial”.

SOMMARIO

1. Introduzione. – 2. L'ordinamento francese. – 3. L'ordinamento spagnolo. – 4. L'ordinamento tedesco. – 5. Minime riflessioni conclusive.

1.

Introduzione.

Si è già avuto modo di constatare nei diversi contributi la complessità della riflessione sul tema delle intricate relazioni tra giustizia penale e informazione giudiziaria, che non può in alcun modo prescindere da una considerazione unitaria di aspetti di diritto costituzionale, penale, processual-penale e dalla conoscenza approfondita delle reali dinamiche dell'informazione giudiziaria prima ancora della sua disciplina normativa. Sarebbe impossibile ipotizzare, dunque, di replicare una così approfondita riflessione teorica in chiave comparata, che dia conto per ogni ordinamento considerato di tutti gli aspetti attentamente vagliati nei diversi contributi. Questo breve contributo vuole piuttosto, senza alcuna pretesa di esaustività, offrire alcuni spunti per il dibattito italiano, andando ad approfondire soprattutto gli aspetti penalistici e lasciando sullo sfondo il tema, difficilmente affrontabile in queste poche righe, della struttura del procedimento penale e della portata del segreto riconnesso alle varie fasi processuali.

Si è scelto di dare risalto a tre ordinamenti europei continentali la Francia, la Spagna e la Germania, per la storica importanza degli stessi in ambito europeo e per l'approfondita riflessione in essi presente su questi temi. Si è invece scelto di non considerare ordinamenti di *common law*, la cui struttura processuale molto più lontana da quella caratterizzante il nostro ordinamento, si presta forse meno a fungere da modello per la riflessione italiana.

2.

L'ordinamento francese.

Il complesso tema dei rapporti tra giustizia penale e informazione giudiziaria non perde assolutamente di importanza se ci si sposta anzitutto nella realtà francese, per molti versi non lontana da quella italiana.

Anzitutto, come vedremo meglio anche nel prosieguo e come reso evidente da ultimo dalla recente campagna presidenziale, il rapporto strettissimo tra giustizia penale e informazione giudiziaria ha finito per giocare un ruolo fondamentale nell'agone pubblico – politico, economico, sociale –, assumendo quelle sembianze di “circo mediatico-giudiziario” efficacemente stigmatizzate già da tempo proprio da un celebre avvocato e saggista francese¹.

In secondo luogo anche in Francia appare palese l'influenza sempre maggiore che l'informazione giudiziaria riesce ad esplicare nei confronti della stessa amministrazione della giustizia penale. Certo difficile è riuscire a dimostrare irrefragabilmente tale fenomeno, per la complessità di isolare il ruolo dei mass media all'interno di un novero sicuramente più ampio di fattori causali che concorrono nel determinare la decisione del giudice penale; ciononostante proprio uno studio recente condotto in Francia pare ora dimostrare empiricamente una diretta influenza della copertura mediatica di fatti di criminalità sulle pene irrogate dai giudici non togati².

Infine – e su quest'ultima prospettiva ci si vuole qui concentrare – la questione dei rapporti tra giustizia penale e informazione giudiziaria è stata di recente al centro delle vicende legislative e giurisprudenziali francesi, con profili di sicuro interesse anche per la discussione italiana.

È opportuno anzitutto fornire un quadro normativo delle norme più rilevanti in questa materia³, molte naturalmente simili a quelle previste dal nostro ordinamento, altre tuttavia ad esso sconosciute e dunque di sicuro interesse per la discussione.

Come nel nostro ordinamento, il legislatore è intervenuto con sempre maggiore consapevolezza a tutela di tutta una serie di soggetti deboli e vulnerabili a vario titolo coinvolti

¹ Il riferimento è chiaramente a D. SOULEZ LARIVIÈRE, *Du cirque médiatico-judiciaire et des moyens d'en sortir*, Paris, 1993, trad. it. a cura di M. GIUSTOZZI, *Il circo mediatico-giudiziario*, Macerata, 1994.

² A. PHILIPPE-A. OUSS, “No hatred or Malice, fear or affection”: *Media and Sentencing*, marzo 2016.

³ Per un approfondimento delle norme qui solo elencabili, cfr. E. DREYER, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^a ed., Paris, 2012, 182 ss.

in vicende penali, con il chiaro intento di assicurarne una effettiva protezione nei confronti della bulimica ricerca di notizie da parte dei mass media. In questo ambito possono elencarsi la disposizione di cui all'art. 39-*bis* della Legge del 29 luglio 1881 sulla libertà della stampa, che vieta sotto pena di un'ammenda di 15000 euro, la rivelazione dell'identità di un minore o di informazioni che ne consentano l'identificazione in una serie di casi elencati; la disposizione di cui all'art. 39-*quinquies*, che sotto minaccia della medesima pena vieta la rilevazione dell'identità o di informazioni che consentano l'identificazione di vittime di reati sessuali; e, infine, la disposizione di chiusura rappresentata dall'art. 35-*quater*, introdotta dalla Legge n° 2000-516 del 15 giugno 2000 che rafforza la protezione della presunzione d'innocenza e dei diritti delle vittime, a norma della quale "è punita con l'ammenda di 15000 euro la diffusione con qualsiasi mezzo e su qualsiasi supporto della riproduzione delle circostanze di un reato, allorchando tale riproduzione attenti gravemente alla dignità di una vittima e sia realizzata senza il suo consenso".

Di grande interesse è la disciplina introdotta nel 2000 dalla legge appena citata a tutela dell'imputato. Da un lato, al primo comma dell'art. 35-*ter*, si vieta sotto pena di un'ammenda di 15000 euro la diffusione non consensuale con qualsiasi mezzo e su qualsiasi supporto dell'immagine di una persona identificata o identificabile come imputata, prima di una pronuncia definitiva di condanna, raffigurata in manette o comunque ristretta. Al secondo comma si prevede la stessa pena per la realizzazione, pubblicazione o commento di sondaggi di opinione, o di consultazioni di qualsiasi altro tipo, concernenti la colpevolezza di una persona indagata in un procedimento penale o la pena suscettibile di essere irrogata nei suoi confronti e finanche per la pubblicazione di indicazioni che consentano l'accesso agli stessi, primariamente, nei timori del legislatore, su siti esteri.

In Francia come in Italia, tuttavia, il grosso della partita sui rapporti tra giustizia penale e informazione giudiziaria si gioca chiaramente sulla disciplina relativa alla pubblicazione degli atti di indagine.

L'articolo 38 della citata legge sulla stampa prevede anzitutto la pena dell'ammenda di 3750 euro per la pubblicazione integrale degli atti di indagine; ma ad assumere centralità in questo ambito è soprattutto l'imputazione dei giornalisti a titolo di ricettazione (*recel*), art. 321-1 del codice penale francese, con pena congiunta detentiva, anni cinque di reclusione, e pecuniaria, 375000 euro di ammenda, sfruttando quale delitto presupposto il reato di violazione del segreto professionale previsto dall'art. 226-13 del codice penale. A rendere rilevante tale articolo del codice penale è il segreto istruttorio regolato, in maniera molto ampia, dall'art. 11 del codice di procedura penale, in ossequio al quale, salve le rare eccezioni previste, la procedura nel corso dell'indagine e dell'istruzione è segreta e tutte le persone che concorrono in tale procedura sono tenute al segreto professionale con esplicito richiamo alle pene previste dal codice penale.

La possibile imputazione di giornalisti a titolo di ricettazione non rappresenta certo un elemento di novità rispetto al nostro ordinamento, ma qualora ci si sposti dal piano della mera *law in the books* e ci si imbatte nei repertori giurisprudenziali alla ricerca della *law in action*, appare l'estrema distanza tra i due ordinamenti. Da un lato quello italiano nel quale tale imputazione non ha praticamente alcuna pratica effettività; dall'altro quello francese nel quale si contano numerose e costanti nel tempo le sentenze definitive di condanna a carico di giornalisti per fatti di ricettazione, pressoché esclusivamente con irrogazione della sola pena pecuniaria⁴.

Come è scontato che fosse, molte vicende giurisprudenziali francesi sono poi approdate dinanzi alla Corte EDU. Secondo il consolidato giudizio di proporzionalità di questa Corte in materia di art. 10, essa ha provveduto di volta in volta a vagliare la necessità in una società democratica delle limitazioni imposte alla libertà d'espressione dei giornalisti condannati, compiendo in altri termini un giudizio di bilanciamento tra tale libertà e la tutela della presunzione d'innocenza degli imputati e del regolare e sereno svolgimento dei procedimenti giudiziari. Avversando qualsiasi gerarchia astratta tra questi due interessi egualmente rilevanti, la Corte EDU ha provveduto di volta in volta a ravvisare in concreto elementi in grado di orientare il giudizio di bilanciamento, su tutti l'esistenza o meno di un interesse generale rispetto al caso trattato. Proprio due decisioni, quasi coeve, nei confronti della Francia dimostrano come, sulla

⁴ Si veda, da ultimo, Cour de cassation, Chambre criminelle, Audience publique du mardi 9 juin 2015, N° de pourvoi 14-80713. Per una rassegna della consolidata giurisprudenza della Corte di cassazione cfr. H. PELLETIER, *Art. 321-1*, in *Code pénal 2017*, 29° ed., Paris, 2016, 431 ss., spec. 435 ss.

base del descritto giudizio di bilanciamento in concreto, la Corte EDU possa giungere a risultati diametralmente opposti.

Nella prima, nel caso *Tourancheau e July* del 24 novembre 2005, la pubblicazione di atti coperti dal segreto istruttorio riguardava un caso di cronaca nera, l'uccisione di una giovane donna, dunque un caso non ritenuto dalla maggioranza dei giudici della Corte di interesse generale (proprio su una diversa valutazione di questo punto si fonda la *dissenting opinion* allegata di tre dei sette giudici del collegio giudicante). La Corte EDU quindi non accerta alcuna violazione dell'art. 10 della Convenzione, giudicando non irragionevole il peso poizore dato in questo caso dai giudici francesi all'interesse ad una serena amministrazione della giustizia e al diritto fondamentale alla presunzione di innocenza degli indagati rispetto alla libertà di espressione dei giornalisti.

Molto diverso il caso successivamente risolto dalla Corte EDU – Dupuis e altri del 7 giugno 2007 –, oggetto di grandissimo dibattito in Francia, e riguardante la pubblicazione da parte dei giornalisti ricorrenti, nel libro *Les Oreilles du Président* (Le orecchie del Presidente), di alcuni atti segreti dell'indagine per "atteinte à l'intimité de la vie privée" (lesione dell'intimità della vita privata) nei confronti di alcuni stretti collaboratori dell'ex Presidente della Repubblica francese, François Mitterand, per le intercettazioni illegali svolte a partire dall'Eliseo nei confronti di alcune personalità pubbliche francesi. In questo caso è fuor di dubbio per la Corte EDU, come chiaramente mostrato dall'unanimità della decisione, che la pubblicazione verteva su questioni di spiccato interesse pubblico, un vero e proprio affare di Stato; che gli stessi soggetti coinvolti, pur non essendo uomini politici *stricto sensu*, potevano certamente essere qualificati come uomini pubblici. Nei casi di discorso pubblico e di dibattito politico, dunque, la Corte EDU ha stabilito, con giurisprudenza assolutamente costante, che solo ragioni imperiose ed eccezionali sarebbero idonee a giustificare una restrizione della libertà di espressione consacrata dall'art. 10 della Convenzione. Nel caso in esame la Corte non condivide, quindi, il bilanciamento svolto dai giudici francesi, nel quale la libertà di espressione era stata ancora una volta ritenuta soccombente rispetto all'interesse ad una serena amministrazione della giustizia e al diritto fondamentale alla presunzione di innocenza degli indagati. La limitazione alla libertà di espressione manifestatasi nella condanna dei ricorrenti rappresentava pertanto una violazione dell'art. 10 della Convenzione.

Anche in un caso successivo, legato allo scandalo dell'utilizzo di sostanze stupefacenti da parte di ciclisti professionisti – Ressiot e altri del 28 giugno 2012 –, la Corte EDU ha nuovamente dichiarato all'unanimità la violazione dell'art. 10 da parte della Francia, questa volta per gli strumenti di ricerca della prova particolarmente penetranti – perquisizioni dei locali di alcuni giornali e di abitazioni private di giornalisti e intercettazioni telefoniche – utilizzati al fine di identificare i responsabili dei reati di violazione del segreto istruttorio, ancora una volta soprattutto sulla base della considerazione dell'interesse pubblico della questione affrontata.

Anche al fine di rispondere a queste sollecitazioni provenienti dalla Corte EDU, il parlamento francese ha approvato in via definitiva il 6 ottobre una proposta di legge "visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias" (tesa a rafforzare la libertà, l'indipendenza e il pluralismo dei media). Il progetto di legge, che interviene in maniera organica su molti aspetti dell'esercizio della professione giornalistica⁵, per quanto qui di interesse, protegge molto estesamente il segreto delle fonti del giornalista, limitando in particolare l'utilizzo dei mezzi di ricerca della prova nei confronti dei giornalisti⁶. Di grande interesse ai nostri fini è soprattutto la previsione di cui all'art. 4, par. IV, della legge in virtù della quale "La detenzione, da parte di uno dei soggetti menzionati nel par. I del presente articolo, di documenti, di immagini o di registrazioni sonore o audiovisuali, quale che ne sia il supporto, proveniente dal delitto di violazione del segreto professionale o del segreto istruttorio o dal delitto di lesione dell'intimità della vita privata non può integrare il delitto di ricettazione di cui all'art. 321-1 del codice penale o il delitto di cui all'art. 226-2 del medesimo codice allorquando questi documenti, immagini o registrazioni sonore o audiovisuali contengano informazioni la cui diffusione al pubblico costituisca un fine legittimo in una società democratica".

A prescindere da qualsiasi complessa considerazione circa la classificazione dogmatica di questa disposizione, è evidente il tentativo del legislatore di uniformare l'ordinamento interno

⁵ Per un primo approfondimento della legge nella sua interezza cfr. D. DE BELLESCIZE, *La loi du 14 novembre 2016 visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias, dite loi Bloche : progrès et déceptions*, in *Constitutions*, 2016, 662 ss.

⁶ La legge interviene ad ampliare ulteriormente la tutela delle fonti giornalistiche rispetto a quanto già fatto dal legislatore alcuni anni prima con la "loi sur le secret des sources" (c.d. legge Dati), del 4 gennaio 2010.

alla giurisprudenza della Corte EDU, importando *tout court* da essa finanche la dizione linguistica “un fine legittimo in una società democratica”. Certo più di qualche dubbio è legittimo esprimere sulla conformità di una tale espressione linguistica, non ulteriormente specificata, rispetto ai principi di tassatività e di determinatezza propri del diritto penale.

Non è tuttavia necessario indugiare oltre sull'analisi di questa novella legislativa, poiché il Consiglio costituzionale francese in sede di ricorso preventivo di costituzionalità è intervenuto a dichiarare l'illegittimità costituzionale proprio della parte qui esaminata e cioè dell'art. 4 della proposta di legge⁷. Il Consiglio costituzionale francese, con motivazione abbastanza stringata e riprendendo in parte il precedente e altrettanto critico parere del Consiglio di Stato in sede consultiva, ha ritenuto irragionevole il bilanciamento tracciato dal legislatore tra libertà di informazione e tutela della presunzione di innocenza e dell'esercizio della funzione giudiziaria, soffermandosi soprattutto, se non esclusivamente, sul novero troppo ampio di soggetti coperti da questa immunità.

Dovrà essere ora il legislatore, se lo vorrà, ad intervenire nuovamente in questa materia, in un contesto nel quale essa non smette di essere centrale nell'attualità politica e giuridica. È infatti ancora aperta la vicenda giudiziale legata al caso Bettencourt, un'anziana donna a capo di uno dei gruppi azionari più importanti di Francia, intercettata clandestinamente nella sua abitazione per quasi due anni dal proprio maggiordomo. Le intercettazioni direttamente messe a disposizioni di alcuni giornali e in parte pubblicate dagli stessi hanno dato luogo ad un terremoto politico e giudiziario che ha coinvolto il partito del Presidente della Repubblica e numerosi suoi esponenti, tra i quali lo stesso Presidente in carica Nicolas Sarkozy, per presunti finanziamenti illeciti da parte di questo gruppo azionario. Nel dedalo di procedimenti e di processi scaturiti da questa vicenda, di particolare interesse è la decisione, per il momento di primo grado, di assoluzione dello stesso maggiordomo dall'accusa di lesione dell'intimità della vita privata e dei diversi giornalisti coinvolti dall'accusa di ricettazione⁸. A breve dovrà pronunciarsi su questa vicenda il giudice d'appello, ma è facile immaginare che attorno a questa vicenda si instaurerà un'altra proficua occasione di dialogo tra la Corte di cassazione francese e la Corte EDU, come visto sinora non del tutto allineate su questa materia.

3. L'ordinamento spagnolo.

Se dall'ordinamento francese si sposta l'attenzione su quello spagnolo, non si affievolisce in alcun modo il tema dei rapporti tra giustizia penale e informazione giudiziaria. Anzi è forse opportuno notare come tale tema divenga oggetto di ampia discussione ben prima che nel contesto francese.

La riflessione spagnola si coagula presto attorno alla parola chiave dei “giudizi paralleli” (*juicios paralelos*), intravedendosi le più importanti epifanie e i maggiori rischi della mediatizzazione della giustizia penale proprio nell'affermarsi di veri e propri surrogati mediatici del processo e, soprattutto, del procedimento penale⁹. Il giudizio sociale sulla responsabilità penale dell'indagato e poi dell'imputato smarrisce il filtro procedurale proprio dell'esercizio statale della giustizia penale, sostituito dalla ben più celere ed “informale” trattazione mediatica dei capi di imputazione.

Con grande acume la dottrina spagnola ha respinto una considerazione solo sociologica e politica del fenomeno in esame, attestandone gli incontestabili riverberi giuridici. È chiaro infatti che tale diffuso fenomeno pone a rischio rilevantissimi principi costituzionali e diritti fondamentali dell'individuo. Da un lato – come è più immediatamente intuibile – la celebrazione di un processo mediatico parallelo e soprattutto la correlata veicolazione di giudizi sociali di colpevolezza intaccano irrimediabilmente la garanzia rappresentata dalla presunzione

⁷Decisione n° 2016-738 DC del 10 novembre 2016.

⁸Su questa decisione si vedano le notazioni profondamente critiche di D. SOULEZ LARIVIÈRE, *Face aux juges. Ce que tous les honnêtes gens doivent savoir*, Paris, 2017, 138 ss.

⁹Cfr., nell'ampia letteratura in materia, J.C. MONTALVO ABIOL, *Los juicios paralelos en el proceso penal: ¿anomalía o mal necesario?*, in *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 2012, 105 ss.; A. BARBERO ORTEGA, *Juicios paralelos y Constitución: su relación con el Periodismo*, in *Ámbitos*, 2001, 171 ss.; E. DE PORRES ORTIZ DE URBINA, *Los juicios paralelos*, in *Revista de Jurisprudencia*, 2012; V. LATORRE LATORRE, *Función Jurisdiccional y Juicios Paralelos*, Madrid, 2002; S. CARRETERO SÁNCHEZ, *El juez ante los juicios paralelos de la prensa*, in *Revista del Poder Judicial*, 1995, 263 ss.; J.A. VEGA RUIZ, *Libertad de información. Información veraz. Juicios paralelos*, Madrid, 1998; A. JUANES PECES, *Los juicios paralelos. Doctrina del TC y del TEDH. El derecho a un proceso justo*, in *Revista del Poder Judicial*, 1999, fascicolo straordinario 17, 141 ss.

di innocenza, espressamente prevista dall'articolo 24, par. 2 della Costituzione spagnola. A conferma di ciò va osservato che lo stesso giudice costituzionale spagnolo ha già da tempo riconosciuto che "la presunzione di innocenza possiede altresì una dimensione extraprocessuale"¹⁰.

Sempre in chiave individual-garantista, la pressione sociale rischia di conculcare l'indipendenza degli organi giudicanti, soprattutto, come è evidente, laddove si tratti di giudici popolari, impedendo dunque la celebrazione di un processo equo.

D'altro canto, non deve tacersi anche in chiave oggettiva e ordinamentale, che la conseguenza or ora richiamata danneggia anche la collettività, limitando le capacità dell'apparato giudiziario di svolgere efficacemente il proprio ruolo di verifica delle ipotesi accusatorie e di salvaguardia degli innocenti. Non deve stupire, dunque, che dinanzi ad un fenomeno descritto a più riprese in termini quantitativamente e qualitativamente allarmanti, una pressante e reiterata richiesta di intervento sia venuta anche da organi di rappresentanza del potere giudiziario¹¹.

Pur di fronte ad una presa di coscienza così netta della rilevanza e gravità di tale fenomeno non pare tuttavia che l'ordinamento spagnolo si sia spinto nella direzione di sanzionare, anche penalmente, i comportamenti illeciti tipici alla base di questa mediatizzazione dei processi penali. Infatti, la chiave di volta di ciascun ordinamento è come sempre rappresentata dalla tutela del segreto istruttorio, prima ancora che processuale. Prescindendo ancora una volta dalla corretta perimetrazione dell'ampiezza del segreto (cfr. art. 299 ss. della *Ley de Enjuiciamiento Criminal*) e volendoci soffermare soltanto sulla sua tutela, è dato riscontrare, come prevedibile, che la violazione di tale segreto da parte dei soggetti posti a conoscenza degli atti secretati sia perseguibile in sede penale e in sede disciplinare, a norma dell'art. 466 del codice penale spagnolo e dell'art. 301 della *Ley de Enjuiciamiento Criminal*.

Molto più flebile, rispetto all'ordinamento francese, è la repressione nei confronti dei giornalisti che pubblicano notizie o atti in violazione del segreto istruttorio. La possibilità di utilizzare la fattispecie di ricettazione (art. 298 del *Código Penal*) come nell'ordinamento francese è qui preclusa dal fatto che essa è prevista solo per delitti presupposto contro il patrimonio o contro l'ordine socioeconomico. Dinanzi a tali pubblicazioni dunque non resta al soggetto danneggiato che l'azione civile o penale rispetto a fattispecie a tutela dell'onore e della reputazione, senonché, come è comprensibile, assai di rado la celebrazione di processi mediatici integra i più stringenti requisiti previsti da queste fattispecie.

Di scarsa effettività paiono dunque in definitiva gli strumenti apprestati dall'ordinamento spagnolo ai fini di una tutela preventiva dell'imputato nei confronti di "giudizi paralleli" mediatici, dovendo osservare come le pur miti sanzioni a tutela del segreto investigativo scontino un elevato livello di ineffettività per la comprensibile difficoltà di individuare gli autori delle fughe di notizie.

Eppure l'approfondimento comparatistico dell'ordinamento spagnolo potrebbe rilevarsi interessante rispetto ai rimedi successivi che l'ordinamento giuridico potrebbe predisporre a ristoro della compressione dei diritti fondamentali subita dall'individuo in conseguenza dell'esposizione mediatica della propria vicenda processuale. Seppur respinta dal Tribunale Supremo spagnolo – ma con l'importante precisazione "nello stato attuale della nostra giurisprudenza" –, pare degna di grande attenzione la prospettiva difensiva avanzata in un importante processo, che grande eco aveva avuto nell'opinione pubblica, per reati contestati ad alcuni amministratori pubblici e politici locali¹². Qui una difesa, a ristoro della grave limitazione dei diritti fondamentali del proprio assistito – presunzione di innocenza *in primis* ovviamente – e considerando la stessa alla stregua di una sottoposizione sociale all'espiazione di una pena, chiedeva al Tribunale Supremo di voler tener conto di questa situazione attraverso il riconoscimento di una circostanza attenuante. La difesa prospettava in particolare la possibilità di ricavare tale circostanza attenuante in via analogica sulla base della circostanza attenuante pacificamente riconosciuta dalla giurisprudenza per i casi di eccessiva durata del

¹⁰ Tribunal Constitucional, sent. n. 109 del 24 settembre 1986; sent. n. 166 del 20 novembre 1995.

¹¹ Si vedano, ad esempio, già negli anni novanta del secolo scorso, i comunicati del Consiglio generale del potere giudiziario, del 25 gennaio 1995 "Il consiglio generale del potere giudiziario desidera esprimere apertamente il suo giudizio negativo sui fenomeni di giudizi paralleli, che non solo possono limitare interessi legittimi, ma possono intaccare l'indipendenza dell'attività giudiziaria e appannare l'immagine sociale della giustizia"; del 2 luglio 1997 "questo Consiglio deve manifestare la sua preoccupazione circa il rischio che la serena amministrazione della giustizia possa essere pregiudicata, creando gravi confusioni e false aspettative nell'opinione pubblica, quando i soggetti coinvolti in un processo si vedano sottomessi nei mezzi di comunicazione a uno pseudo-giudizio o giudizio parallelo senza alcuna garanzia".

¹² Tribunal Supremo Sala 2a, S 25-1-2010, no 1394/2009, rec. 10372/2009, Pres. Manuel Marchena Gómez.

procedimento penale. Il Tribunale Supremo spagnolo non nega in alcun modo la fondatezza della doglianza presentata dalla difesa, giungendo in termini molto netti a stigmatizzare "un trattamento mediatico nel quale la colpevolezza si dà per dichiarata, soprattutto, a partire da una informazione costruita mediante una serie di soffiare debitamente dosate che vulnerano il segreto formale delle indagini". A non convincere il giudice di legittimità spagnolo è al contrario il rimedio che la difesa intende adoperare rispetto a tale sicuro *vulnus* dei diritti dell'imputato: la richiesta operazione di ortopedia ordinamentale eccederebbe infatti i poteri del giudice. La riparazione per i danni subiti dall'imputato non potrebbe che avvenire dunque al di fuori del processo penale in un processo civile volto a richiedere il ristoro economico dei danni subiti.

Nella invero breve motivazione del Tribunale Supremo uno pare essere il punto decisivo per negare l'applicazione analogica dell'attenuante richiesta dalla difesa: mentre nell'irragionevole durata del processo, attraverso la concessione della circostanza attenuante, l'ordinamento scontenterebbe una propria responsabilità per l'incapacità di organizzare un efficiente apparato giudiziario, nel caso del giudizio parallelo all'ordinamento verrebbe richiesto di riparare ad una violazione dei diritti fondamentali prodotta da soggetti terzi rispetto all'apparato giudiziario.

Il punto, pur intuitivamente pacifico, non pare condivisibile all'esito di una più attenta riflessione. È difficile negare, infatti, – come d'altronde chiaramente enucleato dalla giurisprudenza della Corte EDU – che debba riconoscersi nei confronti dello Stato un preciso obbligo di tutela della presunzione di innocenza dell'individuo e dell'equità del processo, anche attraverso una tutela effettiva del segreto investigativo e processuale, che può e deve concretarsi altresì nella messa in opera di procedure che impediscano le fughe di notizie e le violazioni di tale segreto o che consentano quantomeno *ex post* l'individuazione e il perseguimento dei responsabili. Anche in questo contesto, dunque, in maniera non dissimile da quanto riconosciuto in materia di irragionevole durata del processo, la riparazione statutale rappresentata dal riconoscimento di una circostanza attenuante verrebbe a compensare le deficienze statali rispetto agli obblighi positivi di tutela dei diritti fondamentali appena delineati.

In ogni caso, è solo andando ad esaminare il livello più profondo della *ratio* della circostanza attenuante riconosciuta per l'irragionevole durata del processo che si apprezza l'intima comunanza con la situazione rappresentata dal processo mediatico. Solo una prospettiva marcatamente utilitaristica, volta a sostituire con la previsione di una pena più mite un esoso esborso per l'erario, riuscirebbe a giustificare la circostanza attenuante sulla sola base della presenza di una responsabilità da parte dello Stato. Il fatto che si decida di riparare a tale responsabilità con una circostanza attenuante e non, o non solo, con una responsabilità risarcitoria pecuniaria si fonda sulla considerazione che l'irragionevole dilatarsi della fase processuale comporti di per sé un sacrificio dei diritti e delle libertà fondamentali dell'individuo, un'anticipazione di pena, che legittima anche dal punto di vista penologico, dei fini dell'irrogazione della pena, una sua riduzione.

In nulla differente ci pare – e pare riconoscerlo d'altronde lo stesso Tribunale Supremo spagnolo – il sacrificio dei diritti fondamentali patito dall'imputato in conseguenza del riconoscimento parallelo della sua colpevolezza sui mass media. Anche in questo caso la chiara anticipazione di pena, nello stigma sociale conseguente alla già avvenuta celebrazione mediatica del processo, può senza dubbio legittimare, anche in prospettiva penologica, una riduzione della pena da irrogare in concreto al reo¹³.

Occorrerà verificare se questo orientamento del Tribunale Supremo non possa mutare in futuro o se tale soluzione affacciatasi finora soltanto nelle prospettazioni difensive non possa divenire utile materiale di riflessione anche in sede legislativa.

4.

L'ordinamento tedesco.

Prima ancora che in Francia o in Spagna, è anzitutto nell'esperienza tedesca che il tema dei delicati rapporti tra giustizia penale e informazione giudiziaria si è posto all'attenzione della dottrina giuridica, non solo penalistica, trovando un davvero notevole grado di discussione e approfondimento. A propiziare una riflessione su questo tema è stato, già agli inizi degli anni ottanta, lo stesso *Bundestag* tedesco che rivolgeva al governo, a mezzo di risoluzione, l'invito

¹³ Su questi aspetti cfr., *amplius*, il contributo di V. MANES, *La "vittima" del "processo mediatico": misure di carattere rimediale*.

a verificare se, in tale materia, "la *ratio* portante del diritto processuale angloamericano, che giudizi anticipati nella collettività sulla responsabilità penale degli accusati (*öffentliche Vorverurteilungen*) non debbano porre a repentaglio il giusto processo, non potesse essere ripresa nel diritto processuale penale tedesco"¹⁴. Alla base di questo intervento dell'organo parlamentare tedesco vi erano le reazioni al *Flick-Affäre* o *Flickparteispenden-Affäre*, la prima inchiesta di vaste proporzioni nel secondo dopoguerra sul sistema di finanziamento illecito dei partiti da parte di grossi gruppi imprenditoriali, nel quale la sovraesposizione mediatica del caso aveva generato nella collettività, quantomeno a parere dei parlamentari tedeschi, un giudizio anticipato di condanna di tutti i soggetti coinvolti.

Soprattutto a partire da quel momento, dunque, il tema è stato al centro di innumerevoli indagini monografiche¹⁵, progetti di ricerca¹⁶ e convegni¹⁷, che hanno cercato di indagarne in profondità i diversi aspetti. Eppure, come è stato ben sottolineato dalla stessa dottrina tedesca¹⁸, l'intricato novero di interessi e diritti confliggenti in questo ambito pare essere inestricabile e non pare che la riflessione scientifica abbia partorito conclusioni o quantomeno sviluppi soddisfacenti. Anche dal punto di vista legislativo d'altronde, nonostante decenni di riflessioni, non vi è stata alcuna novità; non ha superato lo stadio della proposta di legge, e in tempi addirittura anteriori all'esplosione dell'attenzione per questo tema, l'idea di inserire nel codice penale una fattispecie incriminatrice apposita, sul modello del *contempt of court* inglese, che potesse punire quantomeno i più gravi episodi di gogna mediatica. Le diverse formulazioni proposte si sono però scontrate con la difficoltà di definire con sufficiente determinatezza e in modo processualmente accertabile il fatto tipico, senza peccare al contempo né di palese inefficacia né di eccessiva lesività nei confronti della libertà di informazione¹⁹.

La fattispecie incriminatrice di riferimento in questa materia resta allora oggi come ieri il paragrafo 353d StGB. Non inganni il suo inserimento nel codice penale avvenuto soltanto nel 1975²⁰, poiché tale norma era già contenuta, con trascurabili differenze definitorie, nelle leggi sulla stampa dei *Länder*, debitrice a loro volta della legge sulla stampa del *Reich* del 1874, che aveva fatto propria la formulazione della legge sulla stampa prussiana del 1851, a sua volta traduzione fedele della legge sulla stampa francese del 1849²¹.

Una fattispecie, invero, tanto risalente quanto le critiche alla sua formulazione, se è vero che già nei primi decenni del secolo scorso si sottolineava da più parti l'assoluta inidoneità della stessa a perseguire la *ratio legis* ad essa sottostante, tanto da essere considerata dall'allora dottrina come la norma più infelice di tutta la legge sulla stampa²². Ad essere punita, con la reclusione fino ad un anno o con la pena pecuniaria, è nella ipotesi numero 3, che più ci interessa, "la pubblica comunicazione letterale, in tutto o in parte, della richiesta di rinvio a giudizio o di un altro documento ufficiale di un procedimento penale, amministrativo sanzionatorio o disciplinare, prima che siano discussi in un'udienza pubblica o che il procedimento

¹⁴ Cfr. risoluzione del 24 maggio 1984, BT-Dr 10/1496.

¹⁵ Cfr., *ex multis*, P. v. BECKER, *Straftäter und Tatverdächtige in den Massenmedien: Die Frage der Rechtmäßigkeit identifizierender Kriminalberichter*, Baden-Baden, 1979; J. SCHERER, *Gerichtsöffentlichkeit als Medienöffentlichkeit. Zur Transparenz der Entscheidungsfindung im straf- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren*, Königstein/Ts., 1979; J. BORNKAMM, *Pressfreiheit und Fairneß des Strafverfahrens*, Baden-Baden 1980; W. BERKA, *Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz*, Wien, 1982; P. ZIELEMANN, *Der Tatverdächtige als Person der Zeitgeschichte*, Berlin, 1982; J. WAGNER, *Strafprozeßführung über Medien*, Baden-Baden, 1987; C.H. SOEHRING, *Vorverurteilung durch die Presse: der publizistische Verstoß gegen die Unschuldsvermutung*, Baden-Baden, 1999; C. ALTERMANN, *Medienöffentliche Vorverurteilung – strafjustizielle Folgen für das Erwachsenen- und für das Jugendstrafverfahren?*, Berlin, 2009; M. FRÖHLING, *Der Moderne Pranger: Von den Ehrenstrafen des Mittelalters bis zur Prangerwirkung der medialen Berichterstattung in heutigen Strafverfahren*, Marburg, 2014.

¹⁶ Si veda, su tutti, il progetto di ricerca comparata commissionato al Max-Planck-Institut di Friburgo i cui risultati sono raccolti nel volume A. ESER/J. MEYER, *Öffentliche Vorverurteilung und faires Strafverfahren: eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Freiburg i. Br., 1986.

¹⁷ Si vedano, tra i tanti, su questo specifico tema il convegno del "Gruppo di studio sul diritto dei media e sulla libertà di stampa" del 31 maggio 1985 ad Heilbronn, aperto dalla relazione di W. HASSEMER, *Vorverurteilung durch die Medien?*, in NJW, 1985, 1921 ss.; il convegno nazionale dell'Associazione tedesca degli avvocati penalisti del 29 novembre 1990 a Dortmund, con relazione d'apertura di C. ROXIN, *Strafrechtliche und prozessuale Probleme der Vorverurteilung*, in NStZ, 1991, 153 ss. e il convegno della medesima associazione del 2004, dal quale la relazione di W. WOHLERS, *Prozessuale Konsequenzen präjudizierender Medienberichterstattung*, in StV, 2005, 186 ss. Da ultimo, si vedano gli atti di convegno raccolti in U. MURMANN (a cura di), *Strafrecht und Medien*, Göttingen, 2016.

¹⁸ V. W. HASSEMER, *Vorverurteilung durch die Medien?*, cit., 1922.

¹⁹ Per un'analisi di queste proposte di introduzione di una fattispecie di "disturbo della giurisdizione penale" risalenti agli anni cinquanta e sessanta del secolo scorso e declinate, in maniera alquanto problematica, come fattispecie di pericolo concreto rispetto all'imparzialità del giudice, cfr. C. ROXIN, *Strafrechtliche und prozessuale Probleme der Vorverurteilung*, cit., 154 s.

²⁰ Art. 19 Nr. 199 EGStGB del 2 marzo 1974, BGBl I, 469 ss., 499.

²¹ Per una ricostruzione dell'evoluzione di questa fattispecie cfr. T. VORMBAUM, *Probleme des § 353d Nr. 3 StGB (Verbotene Mitteilungen über Gerichtsverhandlungen)*, in H. SCHNEIDER E AL. (a cura di), *Festschrift für Manfred Seebode*, Berlin, 2008, 421 ss., 422 s.

²² Per un'approfondita ricostruzione del dibattito dei primi decenni del secolo scorso si veda W. SCHOMBURG, *Das strafrechtliche Verbot vorzeitiger Veröffentlichung von Anklageschriften und anderen amtlichen Schriftstücken*, in ZRP, 1982, 142 ss., 143.

sia concluso".

È proprio nella distinzione tra pubblicazione vietata dell'atto e pubblicazione consentita del contenuto dello stesso, attraverso la sua parafrasi, che si annida, secondo la pressoché unanime dottrina, la ragione dell'assoluta inefficacia della norma. La pubblicazione del contenuto degli atti di indagine, seppur non letterale, pare essere sicuramente idonea ad influenzare i giudici del dibattimento, soprattutto non togati, e ad instaurare il procedimento mediatico parallelo nei confronti degli accusati, vanificando così le due *ratio legis* sottese alla norma. Un'inefficacia così palese da spingere l'*Amtsgericht* di Amburgo già nel 1984, proprio nell'ambito del processo per lo scandalo prima citato, a sollevare questione di legittimità costituzionale della norma²³.

Il BVerfG, nel risolvere la questione di costituzionalità presentata²⁴, ha anzitutto definito con estrema chiarezza in termini di plurioffensività il bene giuridico tutelato dalla norma. Da un lato, vi è la tutela dell'imparzialità di tutti i soggetti processuali, come elemento essenziale della terzietà del giudice e della fiducia delle parti e dell'opinione pubblica tutta nel sistema giudiziario; un bene giuridico – è bene sottolinearlo – che lo stesso BVerfG qualifica come "importante" e di cui afferma il diretto lignaggio costituzionale. Dall'altro lato, in prospettiva individual-garantista, la fattispecie in esame tutelerebbe anche il soggetto accusato da una compromissione anticipata della sua reputazione all'interno del consesso sociale; anche in questo caso si tratta di bene giuridico di immediata derivazione costituzionale, promanando dal diritto alla personalità garantito dal combinato disposto degli articoli 2 comma primo e 1 comma primo della costituzione²⁵. Così fissate le direttrici di tutela della norma, il tribunale costituzionale tedesco pur constatando la scarsa idoneità della norma dettata dal legislatore a raggiungere gli scopi prefissi, ha rigettato la questione di costituzionalità proposta, osservando come l'eventuale accoglimento non avrebbe che peggiorato il livello di tutela di tali interessi e come comunque il loro non del tutto efficace perseguimento, rappresentasse una scelta legislativa non irragionevole per il bilanciamento tra di essi e la configgente libertà di espressione. Il BVerfG ha dunque affermato con grande chiarezza che la questione di un'eventuale tutela ancor più efficace dei beni giuridici tutelati dalla norma non possa che essere di esclusiva competenza del legislatore.

Anche a seguito del "*non liquet*" del tribunale costituzionale tedesco, le soluzioni proposte nel dibattito dottrinale sono state le più disparate: dall'opportunità di conservare tale pur limitata tutela²⁶ a varie ipotesi di estensione del divieto in questione²⁷, fino ad arrivare all'invito ad abrogare una norma inutile e inefficace²⁸, sulla base della considerazione che, da un lato, un generalizzato divieto di comunicazione finirebbe con limitare in modo sproporzionato la libertà di informazione e, dall'altro, a nulla giovi conservare una così inefficace fattispecie.

Non è un caso, dunque, che anche nell'ordinamento tedesco di fronte ad una generalizzata, quanto "obbligata", inefficacia preventiva del diritto penale in questa materia, la riflessione si sia spostata sulla previsione di meccanismi riparativi rispetto alle ipotesi di gogna mediatica o di condanna mediatica anticipata. Se nessuno dubita della possibile rilevanza in questi casi dei meccanismi risarcitori civilistici²⁹, diverse sono le posizioni circa il possibile rilievo penalistico di questi fenomeni nell'ambito della commisurazione edittale. Ritroviamo nella dottrina tedesca, già prima che in Spagna, l'apertura ad una possibile rilevanza di tali fenomeni per una riduzione della pena irrogata dal giudice o finanche, ricorrendone i requisiti ulteriori, per una rinuncia alla pena da parte dello Stato³⁰. Alla base di questo orientamento dottrinale vi è la volontà di scomputare dalla pena irrogata, la sofferenza già patita dal reo in conseguenza della disapprovazione sociale veicolata dai mass media precedentemente alla condanna; distinguen-

²³ L'ordinanza del 9 marzo 1984 è pubblicata in NStZ, 1984, 265 ss.

²⁴ BVerfG, Sent. del 3 dicembre 1985, 1 BvL 15/84, in NStZ, 1987, 321 ss., con nota di W. BOTTKE.

²⁵ Più diffusamente sulle molteplici direttrici di tutela sottese alla norma in esame, anche al di là delle due principali fatte proprie dal BVerfG, v. W. HASSEMER, *Vorverurteilung durch die Medien?*, cit., 1923 ss.

²⁶ In questo senso, su tutti, C. ROXIN, *Strafrechtliche und prozessuale Probleme der Vorverurteilung*, cit., 156.

²⁷ In questo senso, ad esempio, F.J. RINSCHKE, *Strafjustiz und öffentlicher Pranger*, in ZRP, 1987, 384 ss., 386.

²⁸ Cfr., in questo senso, J. EISELE, §353 d Nr. 3 StGB – *Eine rechtspolitisch verfehltete Norm*, in ZRP, 2014, 106 ss., 109; e già SCHOMBURG, *Das strafrechtliche Verbot vorzeitiger Veröffentlichung von Anklageschriften und anderen amtlichen Schriftstücken*, cit., 145.

²⁹ Cfr., per tutti, W. HASSEMER, *Vorverurteilung durch die Medien?*, cit., 1927.

³⁰ Cfr., per primo, W. HASSEMER, *Vorverurteilung durch die Medien?*, cit., 1928; poi in questo senso W. WOHLERS, *Prozessuale Konsequenzen präjudizierender Medienberichterstattung*, cit., 191, e diffusamente C. ALTERMANN, *Medienöffentliche Vorverurteilung – strafjustizielle Folgerungen für das Erwachsenen- und für das Jugendstrafverfahren?*, cit., 109 ss.

do, dunque, come unanimemente accettato rispetto all'istituto della rinuncia alla pena³¹, tra una *poena civilis*, irrogata dal giudice, e una *poena naturalis*, come sofferenza inflitta al reo prima e a prescindere dall'accertamento del giudice, come appunto nei casi di gogna mediatica subita, di irragionevole durata del processo o di conseguenze sfavorevoli derivanti per il reo dal verificarsi dell'evento del reato.

Anche nella dottrina tedesca tale proposta non è stata esente da critiche, non dissimili da quelle già viste del tribunale supremo spagnolo, da un lato, perché in questo caso, a differenza che nell'irragionevole durata del processo, non vi sarebbe nulla di rimproverabile allo Stato, e dall'altro, perché si tratterebbe di rimedio comunque parziale, non utilizzabile per gli imputati poi prosciolti³². È inutile tornare ancora una volta su questa discussione, sulla quale già si è detto analizzando l'ordinamento spagnolo; anche nel caso dell'ordinamento tedesco non può che attendersi per comprendere se questo orientamento dottrinale possa presto a tardi farsi largo nella giurisprudenza.

5. Minime riflessioni conclusive.

L'analisi di queste tre importanti esperienze ci riconsegna un quadro piuttosto uniforme. Il tema in esame, lungi da caratterizzarsi come peculiare del nostro ordinamento, è trasversale a tutti gli ordinamenti considerati. Comuni paiono anche i tratti essenziali dell'osservato fenomeno di condizionamento dell'informazione giudiziaria sulla giustizia penale; un fenomeno che pare acuirsi, in tutti gli ordinamenti considerati, soprattutto laddove l'informazione giudiziaria intervenga su episodi di criminalità in ambito *lato sensu* politico, con una grande capacità di influenza anche della vita politica oltre che delle vicende processuali. Interessante notare che la riflessione scientifica, con l'autorevole avallo giudiziario e parlamentare, abbia spesso adottato formule oramai cristallizzate per definire il fenomeno in oggetto (*juicios paralelos, öffentliche Vorverurteilungen*), che ormai pare rappresentare in alcuni di questi ordinamenti un ambito classico di studio e di ricerca.

Ferma restando la punibilità dei pubblici ufficiali che violino il segreto istruttorio, presente in ciascun ordinamento, quasi sempre più nella *law in the books* che nella *law in action*, la strada della risposta punitiva pare oramai impercorribile rispetto alle pubblicazioni giornalistiche in violazione del segreto istruttorio, in tutti gli ordinamenti considerati. Non è un caso, dunque, che l'attenzione si sia piuttosto spostata, soprattutto in Spagna e in Germania, su meccanismi di ristoro a valle dei diritti fondamentali lesi da tali fenomeni. Se la strada civilistica pare chiaramente percorribile ovunque, resta ancora oggetto di riflessione la possibilità di valorizzare la sofferenza patita dall'accusato nel "circo mediatico-giudiziario" nell'ambito della commisurazione della pena, in senso stretto o in senso lato, attraverso l'utilizzo del sistema delle circostanze del reato.

³¹ Cfr., nella dottrina sull'istituto dell'*Absehen von Strafe* di cui al paragrafo 60 del StGB, lo stesso W. HASSEMER, *Das "Absehen von Strafe" als kriminalpolitisches Instrument*, in R. HAMM (a cura di), *Festschrift für Werner Sarstedt*, Berlin, 1981, 65 ss., 67; sulla rilevanza della distinzione tra *poena civilis* e *poena naturalis* cfr. anche H. MÜLLER-DIETZ, *Absehen von Strafe (§ 60 StGB n.F.)*. *Dogmatische und kriminalpolitische Probleme einer neuen Rechtsfigur*, in G. WARDA e al. (a cura di), *Festschrift für Richard Lange*, Berlin, 1976, 303 ss., 306; P. CRAMER, *Abhandlungsbedürfnis und staatlicher Sanktionsanspruch. Bemerkung zu einer Reform der Verfahrenseinstellung aus Gründen der Opportunität*, in F.C. SCHROEDER/H. ZIPF (a cura di), *Festschrift für Reinhard Maurach*, Karlsruhe, 1972, 487 ss., 497.

³² In questo senso, per tutti, C. ROXIN, *Strafrechtliche und prozessuale Probleme der Vorverurteilung*, cit., 154.