

LUISS 

Dipartimento
di Giurisprudenza

Cattedra di Diritto Processuale Penale

Populismo penale, presunzione di innocenza e giustizia mediatica

Chiar.mo Prof. Mitja Gialuz

RELATORE

Chiar.ma Prof.ssa Paola Balducci

CORRELATORE

Giulio Andronico - Matr. 151503

CANDIDATO

Anno Accademico 2021/2022

INDICE

INTRODUZIONE	5
CAPITOLO 1: IL POPULISMO PENALE	8
1. <i>Definizione di populismo penale</i>	8
2. <i>Ricostruzione storica del populismo penale</i>	11
2.1. <i>Rapporti col populismo politico</i>	13
3. <i>Populismo penale e attuali politiche legislative</i>	18
3.1. <i>Brevi cenni su modus legiferandi e provvedimenti ante 2019</i>	18
3.2. <i>I provvedimenti legislativi dell'esperienza «gialloverde»</i>	21
3.2.1. (segue) <i>Legittima difesa e «Spazzacorrotti»: i due «vessilli» del populismo di governo</i>	24
4. <i>Il populismo penale all'interno della crisi del diritto penale liberale</i>	33
4.1. <i>Il ruolo dei “mass media”</i>	36
4.2. <i>La Corte costituzionale come argine</i>	38
5. <i>Populismo penale e ruolo della magistratura</i>	41
6. <i>Populismo penale e presunzione di innocenza</i>	46
7. <i>Quali antidoti al populismo penale?</i>	51
CAPITOLO 2: LA PRESUNZIONE DI INNOCENZA	59
1. <i>Un principio garantistico di civiltà giuridica</i>	59
2. <i>La genesi dell'articolo 27, comma 2 Costituzione</i>	64
3. <i>Contenuto e portata del principio</i>	72
3.1. <i>...nell'ordinamento italiano</i>	72
3.1.1. <i>Il problematico rapporto con le misure cautelari</i>	80
3.2. <i>...in ambito sovranazionale e internazionale</i>	84
4. <i>Il principio tra law in books e law in action</i>	87
5. <i>La tutela del “nemico”: l'esempio americano e la situazione in Italia</i>	93
6. <i>L'articolo 27, comma 2 come regola di trattamento dell'imputato fuori dal processo e l'informazione giudiziaria</i>	99
6.1. <i>Presunzione di non colpevolezza, informazione giudiziaria e altri diritti costituzionalmente garantiti</i>	104
6.1.1. <i>La problematica formulazione dell'art. 114 comma 6-bis c.p.p.</i>	107
6.2. <i>L'approccio della Corte EDU: alcuni casi riguardo l'articolo 6, par. 2 della CEDU</i>	110
7. <i>Rimedi possibili e prospettive future</i>	116
7.1. <i>Il dato legislativo nell'Unione Europea: la Direttiva 2016/343 UE</i>	116

7.2. <i>L'adeguamento dell'ordinamento italiano alla direttiva: legge 53/2021 e decreto legislativo 188/2021</i>	120
CAPITOLO 3: LA GIUSTIZIA MEDIATICA	133
1. <i>“Verità storica”, “Verità processuale” e “Verità mediatica”</i>	133
2. <i>Il processo giurisdizionale e il processo “mediatico”: una divaricazione insanabile</i>	136
2.1. <i>Pubblicità “mediata” e pubblicità “immediata”: profili problematici</i>	144
2.2. <i>Il tono “colpevolista” dell’informazione giudiziaria</i>	148
3. <i>Gli effetti del processo mediatico sui protagonisti del procedimento penale</i>	151
4. <i>Il sistema del segreto processuale</i>	158
5. <i>Mass media e giustizia: un “conflitto” inevitabile?</i>	166
5.1. <i>Un esempio di efficace comunicazione istituzionale</i>	170
6. <i>Possibili rimedi per la “vittima” del processo mediatico</i>	174
7. <i>La cultura come unico e vero antidoto</i>	179
CONCLUSIONI	181
BIBLIOGRAFIA	184
SITOGRAFIA	200

INTRODUZIONE

La situazione che vive attualmente la giustizia penale italiana non è, certamente, una delle più rosee. Il presente momento storico, tuttavia, è di cruciale importanza in quest'ottica, dal momento che – con una convinta e piena attuazione delle direttrici dettate dalla riforma “Cartabia” – è forse possibile correggere i problemi strutturali del processo penale, con il medesimo spirito che ha animato il Parlamento e il Governo italiani nell'approvazione del decreto legislativo 188/2021 volto ad attuare, pienamente, la garanzia della presunzione di innocenza in Italia.

Le cause della crisi che la giustizia penale italiana – con tutte le garanzie fondamentali che la compongono, quali la presunzione di innocenza - sta attraversando sono varie e molteplici: tra queste ultime si può pacificamente annoverare il fenomeno del “populismo penale” (una categoria forse più sociologica che giuridica), che ha – tra le altre cose - permeato la stragrande maggioranza delle politiche criminali italiane degli ultimi trent'anni.

Del populismo penale, giustappunto, si occupa il Capitolo I del presente lavoro: *in primis* si cerca di fornire una definizione del suddetto fenomeno, attività non semplice data la natura sfuggente e poliedrica di questo concetto. Si arriva, comunque, ad individuarne alcuni tratti tipici quali l'essere antiscientifico, conflittuale, ondivago e semplificativo all'estremo.

L'elaborato procede, poi, a rintracciare le radici – storiche e politiche – di tali dinamiche: in questo senso, è legittimo affermare che il populismo penale trova un significativo punto di partenza nelle vicende di Tangentopoli, le quali hanno rappresentato uno spartiacque nella storia politica, culturale e giuridica italiana.

Dopo aver analizzato i rapporti del populismo politico con quello penale, ci si sofferma, in maniera approfondita, su quella “parte” del populismo che può essere definita come populismo “legislativo”: si indaga, cioè, sul modo in cui gli effetti negativi e distorsivi dei cambiamenti verificatisi si siano riversati sulle leggi e sugli atti aventi forza di legge. Nello specifico, si dedica ampio spazio all'esperienza del governo «gialloverde» e ai frutti di questo connubio politico: dalla riforma della legittima difesa alla legge «spazzacorrotti».

All'interno del Capitolo, ancora, dopo aver indagato le ragioni dell'espansione di queste tendenze e averle ricondotte nell'alveo della – più generale – crisi del diritto penale liberale, ci si concentra sulla fondamentale connessione tra tale fenomeno e gli argomenti cardine dei due successivi capitoli: la giustizia mediatica e la basilare garanzia della presunzione di innocenza. È pacifica, infatti, l'influenza che i mass media hanno avuto nella crisi del diritto

penale liberale. In relazione alla garanzia di cui all'articolo 27, comma 2 della Costituzione vengono passati in rassegna alcuni provvedimenti normativi – populistici – che intaccano tale diritto fondamentale.

Nell'elaborato si mette in luce il duplice ruolo rivestito dalla magistratura penale all'origine del fenomeno del «populismo giudiziario», quale fonte del fenomeno e al contempo argine dello stesso.

Da ultimo, nel paragrafo conclusivo, si cerca di capire quali possano essere gli “antidoti” al populismo penale e, pur con la consapevolezza della complessità di tale conclusione, si giunge ad individuare nel cambiamento culturale l'unica possibile soluzione.

L'elaborato prosegue con la trattazione del Capitolo II, il quale è dedicato alla fondamentale garanzia della presunzione di innocenza che è stata consacrata – non senza difficoltà – nella Carta costituzionale.

Muovendo dalla genesi di tale principio – con particolare attenzione al dibattito in sede di Assemblea costituente – la trattazione procede con la ricognizione della portata e del contenuto della garanzia costituzionale: si arriva, cioè, a sposare l'attuale posizione dottrinale che non ravvisa differenze tra la «presunzione di non colpevolezza» dell'ordinamento italiano e la «presunzione di innocenza» degli ordinamenti sovranazionali ed internazionali.

Nel prosieguo del Capitolo, ci si sofferma sulla discrasia tra ciò che è prescritto dalla Costituzione e dal codice di procedura penale – *law in books* - e quanto si registra nella prassi applicativa - *law in action*. Inoltre, si analizza la problematica – legata a doppio filo con questo principio fondamentale – della tutela del “nemico” sia nel panorama italiano che nel panorama statunitense.

Ancora, ci si occupa del rapporto tra la garanzia dell'articolo 27, comma 2 Cost. e il ruolo (fondamentale e problematico) dell'informazione giudiziaria che, il più delle volte, è “colpevolista” e sembra dimenticare l'esistenza della prima: particolare attenzione viene dedicata al concetto di «paradosso mediatico», ovvero la circostanza per cui tutta l'attenzione sull'imputato è convogliata nelle primissime fasi investigative a discapito della fase dibattimentale, la quale pure dovrebbe essere centrale.

Fondamentale, in tale ottica, è la rassegna di alcune delle più importanti pronunce della Corte Europea dei diritti dell'uomo sull'articolo 6, par. 2 CEDU che contiene la medesima garanzia declinata in ambito sovranazionale.

Si conclude, dunque, con l'analisi dell'importante passo in avanti fatto dal legislatore italiano con il decreto legislativo 188/2021: con questo atto normativo, infatti, si è data piena

attuazione alla Direttiva 2016/343 UE sul «rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali». Tramite un'articolata rassegna delle previsioni del decreto si giunge, infine, all'auspicio che queste ultime possano condurre ad un effettivo mutamento culturale – ovvero alla minimizzazione della distanza tra *law in books* e *law in action*. Ci si augura inoltre che anche tutti coloro che si troveranno ad applicarle siano mossi dal medesimo spirito che ha animato il legislatore.

Il terzo Capitolo, dal canto suo, è volto ad analizzare e sviluppare alcune delle tematiche cui precedentemente si accennava: il *focus* dello stesso è, infatti, il processo celebrato sui mezzi di informazione, ovvero il processo “mediatico”.

Ebbene, dopo aver ribadito la distinzione tra “Verità storica”, “Verità processuale” e “Verità mediatica” nell'elaborato si vanno a puntualizzare le (significative) differenze tra il processo giurisdizionale e quello mediatico: si mettono, così, a confronto queste due diverse modalità di procedere al fine di stigmatizzare il processo “parallelo” celebrato in tempi e luoghi non consoni alla delicatezza della materia.

I punti salienti di tale Capitolo sono costituiti dalla distinzione tra i concetti di pubblicità “mediata” e pubblicità “immediata” e dalle difficoltà derivanti dalla loro coesistenza; inoltre, ci si sofferma sui temibili effetti che il processo “mediatico” ha sui differenti protagonisti del procedimento penale, partendo dal giudice per giungere al testimone.

Di assoluta centralità è poi la trattazione del sistema del segreto processuale nel codice di rito italiano: vengono, in tale prospettiva, approfonditi i concetti di segretezza “interna” e segretezza “esterna” e i rapporti tra l'articolo 114 c.p.p. e l'articolo 329 c.p.p. nonché tutte le problematiche a ciò connesse.

Dopo aver appurato che – nell'analisi della relazione tra la giustizia e i mass media – bisogna assicurare che vi sia informazione sui processi ma contestualmente salvaguardare il sistema penale dalle distorsioni della stessa, si giunge alla conclusione della inevitabilità del loro rapporto conflittuale.

Per concludere, l'elaborato – dopo aver tratteggiato dei possibili rimedi per la “vittima” del processo mediatico – termina col constatare (anche in maniera fiduciosa) la necessità, impellente, di una “rivoluzione” culturale che possa attivare gli anticorpi sociali dell'opinione pubblica. Una sfida complessa, ambiziosa, ma assolutamente doverosa.

CAPITOLO 1: IL POPULISMO PENALE

SOMMARIO: 1. Definizione di populismo penale. - 2. Ricostruzione storica del populismo penale. - 2.1 Rapporti col populismo politico. - 3. Populismo penale e attuali politiche legislative. - 3.1 Brevi cenni sul *modus legiferandi* e provvedimenti *ante* 2019 - 3.2. I provvedimenti legislativi dell'esperienza «gialloverde» - 3.2.1 segue: Legittima difesa e «Spazzacorrotti»: i due «vessilli» del populismo di governo - 4. Il populismo penale all'interno della crisi del diritto penale liberale. - 4.1 La Corte costituzionale come argine. - 4.2 Il ruolo dei “mass media”. - 5. Populismo penale e ruolo della magistratura. - 6. Populismo penale e presunzione di innocenza. - 7. Quali antidoti al populismo penale?

1. *Definizione di populismo penale*

Definire il fenomeno del populismo penale non è attività affatto semplice. Manca, ad oggi, una teoria generale del populismo penale dal momento che vari e non univoci sono gli approcci tentati da coloro che si sono addentrati in questo argomento¹; ciò che hanno in comune le varie analisi è il porsi in una prospettiva sostanzialmente critica verso il populismo. Il tratto generalizzato delle citate teorizzazioni sta nella difficoltà di ingabbiare un fenomeno così sfuggente in una cornice eccessivamente analitica; il populismo in generale, e nello specifico quello penale, è infatti un fenomeno in continuo divenire che ha visto negli ultimi anni uno sviluppo assolutamente significativo. Volendo, comunque, procedere con una perimetrazione del fenomeno si può affermare che «con questa espressione, di venatura irrimediabilmente negativa, si intende qualunque strategia in tema di sicurezza diretta a ottenere demagogicamente il consenso popolare rispondendo alla paura generata dalla criminalità di strada, con un uso congiunturale del diritto penale tanto duramente repressivo e antigarantista quanto inefficace rispetto alle dichiarate finalità di prevenzione»². Dunque, discorrendo di populismo penale, è bene tenere in considerazione che il fenomeno esercita la sua influenza su differenti aree le quali vanno dalla politica legislativa³ all'attuazione della stessa in ambito esecutivo, dall'elaborazione dei programmi

¹ M. DONINI, in *Populismo penale e ruolo del giurista*, in *Sistema penale*, 2020, 14 lo definisce un concetto «polisenso».

² V., tra gli altri, L. FERRAJOLI, *Democrazia e paura*, in M. BOVERO-V. PANZÈ (a cura di), *La democrazia in nove lezioni*, Laterza, Roma-Bari, 115, 2010 ripreso da S. ANASTASIA, M. ANSELMINI, D. FALCINELLI, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, II ed., Cedam, 21. Analogamente L. FERRAJOLI, *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in *Quest. Giust.*, n. 2019, 1, 79.

³ Su questo tema più approfonditamente v. *infra* § 3.

elettorali all'esercizio dell'attività giudiziaria⁴. Si è poi, in maniera condivisibile, affermato che «il populismo è per sua natura antiscientifico, in quanto alimentato esclusivamente dagli umori e dagli istinti della massa; è conflittuale, perché vive di contrapposizioni tra una comunità e i suoi nemici interni ed esterni; è ondivago, giacché l'assenza di contenuti vincolanti e di valori di riferimento consente continui mutamenti di opinioni e convinzioni; è semplificativo all'estremo, poiché si fonda su postulati elementari e indimostrati, che devono restare tali perché altrimenti si esporrebbero all'accusa di intellettualismo⁵».

Uno studioso inglese⁶, il cui contributo può essere utilmente trasposto anche in ambito italiano⁷, ha indicato tre fondamentali caratteristiche del populismo penale: esse sono la glamourizzazione (*glamourization*), la destatisticalizzazione (*destatisticalization*) e la giustizia riparativa (*restorative and reparative penalties*): con il primo termine si intende la spettacolarizzazione dei fenomeni criminali in tutti i loro aspetti tramite la partecipazione del pubblico nella risoluzione dei casi e l'altissima esposizione mediatica di fatti tanto delicati quanto veri. Si è nell'ambito, che sarà approfondito nel capitolo 3, del processo e della giustizia «mediatici» in cui i sommi principi del processo penale sono sacrificati sull'altare della necessità di fare *audience*. Con la destatisticalizzazione si fa leva sulla natura retorica del populismo penale⁸ ovvero sulla circostanza per cui si dà maggior peso alla percezione di insicurezza, a ciò che viene avvertito come pericoloso dalla maggioranza dei cittadini piuttosto che concentrarsi su ciò che effettivamente, nell'ottica del diritto penale come *extrema ratio*, avrebbe bisogno di un intervento dello strumento penale. Il potere politico, dunque, sfrutta questo sempre più significativo scollamento tra percezione e realtà e si pone nel mezzo intercettando le paure e trasformandole in fonte di consenso: in tal senso si può a ragione affermare che il populismo penale è illusione di giustizia⁹. Infine, con il termine giustizia riparativa – che viene in questo frangente inteso in un'accezione negativa e differente dal modo in cui lo si impiega tradizionalmente, ovvero come istituto fondato sulla partecipazione di autore e vittima nell'ottica della risoluzione delle conseguenze del reato - si intende «la tendenza a produrre sentenze sulla base di interpretazioni giuridiche più di carattere riparativo che tese al reintegro e al recupero del soggetto trasgressore. [...] La prevalenza di una concezione secondo cui nel giudizio debba essere prioritario il

⁴ Su questo tema più approfonditamente v. *infra* § 6.

⁵ S. SEMINARA, *Consenso sociale, populismo e diritto penale*, in *Giustizia Insieme*, 10 giugno 2020.

⁶ H. PRATT, *Penal Populism*, Routledge, New York, 2007.

⁷ S. ANASTASIA, M. ANSELM, D. FALCINELLI, *Populismo penale*, cit., 16.

⁸ S. ANASTASIA, M. ANSELM, D. FALCINELLI, *Populismo penale*, cit., 17.

⁹ S. ANASTASIA, M. ANSELM, D. FALCINELLI, *Populismo penale*, cit., 21.

risarcimento della “comunità-popolo” comporta una logica di esclusione totale del trasgressore, al punto da considerarlo come un nemico irrecuperabile della “comunità-popolo”¹⁰».

Sebbene molteplici siano le teorizzazioni in tal senso¹¹ bisogna dar conto dell’opinione di qualche studioso che intende in maniera diversa, e più restrittiva, questo concetto¹²: si intende, fondamentalmente, dissociare il concetto di *populist punitiveness*¹³ (quello di cui si è fin qui parlato), un concetto patrimonio della cultura italiana e internazionale, da quello di populismo che sarebbe «più propriamente un processo socio-politico che si afferma nel campo penale con l’intento di incidere su principi fondamentali che fondano le democrazie social-liberali europee a partire dal secondo dopoguerra»¹⁴; di conseguenza il populismo penale andrebbe, in tal senso, ad individuare l’attuazione di quel processo socio-politico in ambito penalistico, ambito di elezione delle istanze populiste. Ciò al fine di evitare una sorta di “panpopulismo” che sarebbe tanto inutile da un punto di vista classificatorio quanto vago nei confini, in relazione al fisiologico modo di atteggiarsi della giustizia penale in senso lato.

Da ultimo, si può anticipare, il populismo penale è legato a doppio filo con il populismo c.d. politico (specialmente dopo l’esperienza di governo delle forze politiche della Lega e del Movimento 5 Stelle negli anni 2018 e 2019) ma a tal proposito è opportuno operare un chiarimento preliminare: riguardo ai profili appena analizzati, si è anche parlato¹⁵ non semplicemente di populismo penale quanto di «uso populista della questione criminale» per riferirsi ad una lettura del populismo come fenomeno dove il potere (politico o giudiziario)

¹⁰ S. ANASTASIA, M. ANSELMINI, D. FALCINELLI, *Populismo penale*, cit., 18.

¹¹ Cfr. G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, *Criminalia*, 2013, 97 secondo il quale per populismo penale deve intendersi «l’idea di un diritto penale finalizzato al (o comunque condizionato dal) perseguimento di obiettivi politici a carattere populistico [...]. L’ispirazione populistica si è notoriamente tradotta in una accentuata strumentalizzazione politica del diritto penale, e delle sue valenze simboliche, in chiave di rassicurazione collettiva rispetto a paure e allarmi a loro volta indotti, o comunque enfatizzati da campagne politico-mediatiche propense a drammatizzare il rischio-criminalità»; v. G. L. GATTA, *La criminalizzazione della 'clandestinità' fra scelte nazionali e contesto europeo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 188; E. AMODIO, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Roma, Donzelli Editore, 2019, 12 il quale afferma, a proposito delle politiche criminali del governo tra Lega e Movimento 5 Stelle, che «ne è derivata così la tendenza a concepire il populismo penale, in campo giuridico e criminologico, essenzialmente come politica del potere che strumentalizza le paure e le angosce della gente comune per il manifestarsi delle condotte criminose, fino a creare un terreno fertile per imporre logiche emergenziali sempre più intese ad accrescere la repressione e a restringere gli spazi del garantismo». Ancora D. SALAS, in *Il populismo penale*, *Quest. Giust.*, 2006, 2, 389 ritiene che «il populismo penale, vera patologia della democrazia, [...] indica il modo in cui la società e i governi reagiscono in modo abnorme di fronte alla minaccia o alla violenza in nome della protezione delle vittime reali o potenziali».

¹² R. CORNELLI, *Contro il panpopulismo. Una proposta di definizione del populismo penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 4, 128;

¹³ La locuzione è frutto dell’elaborazione di A. BOTTOMS, *The philosophy and politics of punishment and sentencing*, in C. Clarkson, R. Morgan (eds), *The politics of sentencing reform*, Oxford, Clarendon Press, 16.

¹⁴ R. CORNELLI, *Contro il panpopulismo*, cit., 135.

¹⁵ Il riferimento è a E. AMODIO, *A furor di popolo*, cit., 14.

strumentalizzerebbe la paura del popolo per perseguire politiche giustizialiste. Tuttavia, questa definizione non si adatta alle vicende del governo c.d. gialloverde riguardo alle quali si può propriamente parlare di un uso autenticamente populista della questione criminale. La questione è particolarmente significativa e per tale ragione sarà approfondita di seguito.

2. Ricostruzione storica del populismo penale

Al fine di comprendere al meglio cosa è il populismo penale, è d'uopo operare una ricognizione della significativa (seppur breve) storia del fenomeno, limitandoci all'esperienza italiana. Sono stati sostanzialmente gli ultimi trent'anni quelli in cui, più che in ogni altro periodo, si è registrato un impatto sempre più dirompente dei fenomeni populistici e contestualmente un uso sempre più frequente del termine «populismo»: la genesi del fenomeno è fatta risalire non soltanto ad un precipuo avvenimento di carattere politico o giuridico quanto allo sviluppo contestuale, specie nel campo del settore televisivo, di programmi di intrattenimento in cui importanti vicende di rilievo pubblico – tra cui i procedimenti penali – sono state rimesse alla mercè della collettività, sollecitata in tal modo non da un punto di vista razionale ma passionale¹⁶. È in questo frangente storico che, complice il passaggio dalla c.d. Prima Repubblica alla c.d. Seconda Repubblica, il sistema della giustizia penale comincia a subire degli evidenti cambiamenti patologici: si è detto, giustappunto, che il populismo penale è nato in Italia con Tangentopoli¹⁷ perché da quel momento in poi i vari *leaders* di partito sono stati tutti in certa misura populistici. Le vicende di Tangentopoli hanno rappresentato uno spartiacque, una sorta di «mito fondativo dell'antipolitica»¹⁸, e hanno evidenziato la richiesta di una rivoluzione nel panorama delle forze politiche e l'utilizzo degli strumenti penalistici per censurare l'operato politico-amministrativo della precedente classe politica.

Nel periodo immediatamente successivo, dunque, sono emersi alcuni tratti distintivi del populismo quali l'acquisizione di maggiore importanza del potere giudiziario e, come si

¹⁶ Cfr. L. ORSI, *Istantanee del populismo penale in Italia, oggi. Note a margine di un recente saggio sul giustizialismo morale*, in *Quest. Giust.*, 2020, 3.

¹⁷ M. DONINI, *Populismo penale*, cit., 4.

¹⁸ E. AMATI, *L'enigma penale. L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Torino, 2020, 83. Analogamente cfr. E. AMODIO, *Mani pulite: una giustizia con l'elmetto*, *disCrimen.*, 7 marzo 2022 in cui si definisce l'opera del pool milanese come quella di una «magistratura con l'elmetto che finisce davvero per colpire al cuore i principi dello Stato di diritto». Nel medesimo articolo si porta avanti la tesi per cui ciò che ha effettivamente permesso questa iperattività dei magistrati inquirenti è stato il nuovo codice di procedura penale del 1988 che ha ampliato i poteri del pubblico ministero.

evidenziava poc'anzi, il crescente ruolo assunto dai media, nonché la definitiva consacrazione nel panorama dei partiti politici italiani di forze populiste che, da ultimo, hanno preso il potere dopo le elezioni del 2018. Ancora, il mutamento più significativo che si è avuto è quello di matrice culturale nel senso che il potere politico ha mostrato un atteggiamento di «abdicazione collettiva»¹⁹ a favore del potere giudiziario fino a giungere ai risultati elettorali delle ultime elezioni politiche col sopravvento delle forze «anti-sistema»: i politici di estrazione democratico-liberale non hanno prontamente reagito a questi mutamenti e non si sono allontanati da un utilizzo distorto e appunto populistico del diritto ma anzi ne hanno sfruttato la potenza dal punto di vista del consenso elettorale. Si sono, per tale ragione, susseguiti i «numerosi decreti (o “pacchetti”) sicurezza, la mancata depenalizzazione dell'inutile (e dannoso) reato di immigrazione clandestina, nonché il mancato esercizio della delega sulla riforma dell'ordinamento penitenziario sul finire della Seconda Repubblica per timore di risultare impopolari agli occhi degli elettori»²⁰. Come più compiutamente si osserverà nel § 3, sono stati molti e variegati i risultati di questo modo di intendere il diritto penale: a titolo puramente esemplificativo e in ordine sparso, è utile ricordare oltre i «pacchetti sicurezza» del 2001²¹, del 2008/2009²², del 2017 e del 2018/2019²³ anche la legge in tema d'immigrazione «Bossi-Fini»²⁴, le riforme in tema di legittima difesa²⁵, che sono tutti dei provvedimenti legislativi che hanno esteso l'area del penalmente rilevante e contestualmente anticipato il momento della punibilità; la medesima *ratio* la si scorge anche nelle leggi sull'omicidio stradale²⁶ e nella cosiddetta legge «spazzacorrotti»²⁷.

Alla luce di questo breve *excursus* storico si può dire che il fenomeno populistico è, *ab origine*, un fenomeno politico, penale e anche giudiziario se si guarda soprattutto all'espansione del ruolo dei magistrati nelle vicende pubbliche che è stato talmente significativo che alcuni di essi sono stati definiti «magistrati-tribuni»²⁸: il populismo penale è, in sostanza, un fenomeno di «demagogia penalistica»²⁹ che affonda le radici nei differenti poteri dello Stato ma soprattutto nel potere giudiziario che con esso intrattiene un peculiare

¹⁹ V. E. AMATI, *L'enigma penale*, cit., 83.

²⁰ Così E. AMATI, *L'enigma penale*, cit., 84.

²¹ L. 26 marzo 2001, n. 128.

²² L. 24 luglio 2008, n. 125, l. 23 aprile 2009, n. 38 e l. 15 luglio 2009, n. 94.

²³ L. 18 aprile 2017, n. 48, l. 1° dicembre 2018, n. 132 e l. 8 agosto 2019, n. 77.

²⁴ L. 30 luglio 2002, n. 189.

²⁵ L. 13 febbraio 2006, n. 59 e l. 26 aprile 2019, n. 26.

²⁶ L. 23 marzo 2016, n. 41.

²⁷ L. 9 gennaio 2019, n. 3.

²⁸ Così G. FIANDACA, *Populismo politico*, cit, 105.

²⁹ V. M. DONINI, *Populismo penale*, cit., 13.

rapporto dal momento che, dopo averlo concretamente avviato, sopporta anche l'onere di limitarne l'espansione.

2.1. *Rapporti col populismo politico*

L'intreccio tra populismo penale e populismo politico è di palmare evidenza: è strettissimo il nesso tra ideologie penali e il contesto del potere; si è affermato, a tal proposito, che «in principio sta la questione di chi decide sul diritto penale e su come deve essere»³⁰. Si evince, pertanto, che questo fenomeno ha preso sempre più piede nella società contemporanea per una serie di motivazioni tra cui, per citarne alcune, si annovera lo scollamento tra percezione dell'insicurezza da parte dei cittadini e realtà dei fatti: non è assolutamente un caso che l'Italia, negli ultimi anni, ha visto diminuire sensibilmente i reati commessi nel territorio ma proprio in questo periodo si sono concentrate le «politiche più populistiche della storia legislativa italiana»³¹. Come si è anticipato discorrendo del concetto di destatisticalizzazione, ciò che ad oggi è alla base delle politiche penali non è il fatto empirico, il dato statistico ma quello che la collettività ritiene si debba punire sulla scorta di

³⁰ G. INSOLERA, *Postfazione*, a F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, Il Mulino, Bologna, 2019, 82.

³¹ In tal senso v. G. INSOLERA, *Colpe e rimedi, disCrimen*, 24 ottobre 2019 secondo cui «Nella storia della Repubblica, forse mai come oggi, una torbida crisi della democrazia liberale ha avuto come bersaglio principale il sistema di giustizia penale nel suo complesso». Cfr. anche F. GREGORACE, *Il diritto penale del nemico, la legislazione a reazione: tra populismo penale e principio di offensività*, *Riv. Cammino Diritto*, Fasc. 10/2021 secondo cui «Per quanto concerne il rapporto tra il populismo politico e populismo penale, partendo dal presupposto che in linea teorica i due populismi non debbano necessariamente coincidere, in dottrina si è ritenuto come, invece, negli ultimi anni la legislazione penale sia stata spesso utilizzata in chiave demagogica al fine di alimentare la paura quale fonte del consenso elettorale. Ragion per cui gli atteggiamenti tipici del populismo penale si sono rivelati perfettamente funzionali al populismo politico. Si tratta di considerazioni basate sulla realtà percepita. Infatti, a livello statistico in Italia i delitti sono in costante diminuzione ogni anno e, tuttavia, la percezione che viene veicolata anche tramite i mass media è esattamente opposta. Pertanto, nella popolazione viene alimentata quella paura e quella necessità di individuare un nemico comune». Negli stessi termini cfr. anche L. FERRAJOLI, *Il populismo penale*, cit., 79 secondo il quale «La prima ragione è il consenso di massa ottenuto dalle politiche securitarie. L'Italia è uno dei Paesi più sicuri del mondo. In questi ultimi 20 anni si è prodotta una riduzione costante del numero dei delitti: 397 omicidi nel 2017, gran parte dei quali consistenti in femminicidi, rispetto alle molte migliaia degli anni passati: oltre 4.000 alla fine dell'Ottocento, più di 3800 negli anni Venti e quasi 2.000 negli anni Novanta del secolo scorso. Siamo anche in presenza di una riduzione delle violenze sessuali e perfino dei furti, benché si sia notevolmente ridotta la cifra nera delle une e degli altri. E tuttavia è aumentata l'insicurezza a causa della distanza crescente tra percezione e realtà. In passato la cronaca nera occupava le ultime pagine dei giornali. Oggi i telegiornali si aprono con l'ultimo omicidio o l'ultimo stupro. La percezione dell'insicurezza è insomma interamente una costruzione sociale, prodotta da quelle fabbriche della paura nelle quali si sono trasformati i media e in particolare la televisione. Se infatti tutti gli omicidi e tutti gli stupri vengono raccontati in televisione, se su di essi si svolgono dibattiti e inchieste giornalistiche, se poi i relativi processi vengono seguiti in tutte le loro fasi, si crea la sensazione che viviamo nella giungla. È precisamente questa paura e la conseguente richiesta di punizione che il populismo politico intende interpretare e prima ancora alimentare quale facile fonte di consenso».

concetti emozionali, divenuti centrali, quali paura e sicurezza³²: è stato acutamente fatto notare come nella relazione tra diritto penale e paura vi sia stato un inaspettato e imprevedibile mutamento nel senso che la politica criminale è andata a costituire l'oggetto medesimo della paura³³. Nell' (ab)usare dello strumento penalistico si è, così, arrivati al paradosso per cui «il diritto penale può generare a sua volta paura: paura del diritto penale»³⁴ ed un effetto collaterale è consistito nel plasmare i comportamenti dei consociati nel senso dell'astensione, dell'omissione per la paura derivante già dall'essere attinti da una notizia di reato o essere sottoposti ad indagini. Ancora, un sentimento intrinseco nell'opinione pubblica è l'avversione verso le garanzie in generale e tra queste in particolare per la presunzione di innocenza³⁵: si preferisce procedere celermente anche se sommariamente nei confronti dei soggetti indagati perché il processo, con tutti i suoi crismi, è percepito come inutile orpello. Gli imputati sono presunti colpevoli e non presunti innocenti e ciò è un corollario del «tendenziale colpevolismo dell'opinione pubblica»³⁶: facendo riferimento alla “glamourizzazione”, si può spiegare perché le garanzie non sono più patrimonio comune della collettività e perché invece si voglia andare alla ricerca di soluzioni rapide ed immediate a problematiche complesse. Il garantismo e le garanzie non sono dei concetti «popolari», *glamour* e, nella visione populistica, costituiscono degli ostacoli allo spedito incedere della giustizia sommaria: vi è tuttavia un'incomprensione che risiede nel non

³² Per un'analisi della loro rilevanza nella società attuale v. R. BIANCHETTI, *Sentimenti, risentimenti e politica criminale: un'indagine quali-quantitativa in tema di legislazione penale compulsiva*, in *Arch. pen.*, 2019, 1, 1 in cui si afferma che la paura e l'emozione intesi come stati affettivi «sono profondamente influenzati ed influenzabili dall'esterno e sono fortemente incidenti sul tipo di reazioni umane che ne possono derivare. Per tali ragioni, paura e insicurezza sono oggetto di molte attenzioni da parte degli esperti della comunicazione, della politica, del marketing etc., ossia da parte di coloro che sono interessati, per vari motivi, a governare le persone e le masse. In secondo luogo, consideriamo il fatto che i suddetti stati affettivi sono diventati, nell'attualità, delle risorse preziosissime, a dire il vero insostituibili, perché è scientificamente dimostrato che il loro utilizzo consente, di fatto, di catalizzare l'attenzione del pubblico su determinate questioni e di condizionare, con relativa facilità, gli atteggiamenti delle persone. Di questo si sono resi conto in molti, tanto che oggi le nostre società sono considerate costruite, più che altro, sul terreno della paura, dell'insicurezza e del rischio. Poco importa se paura e insicurezza hanno fondamento nella realtà, se sono riconducibili a qualche cosa di concreto e di effettivamente pericoloso per la nostra esistenza, poiché, nella sostanza, quel che rileva è la loro “semplice” percezione: la sola idea della loro presenza. Esse sono ormai, a tutti gli effetti, degli elementi della quotidianità, con i quali si convive, più o meno bene. Si è parlato, a loro proposito, di elementi fluttuanti, indistinti e disancorati dagli accadimenti reali; oppure di elementi evanescenti e pervasivi che rendono tutto potenzialmente spaventoso e fonte di insicurezza; infine, di elementi che costituiscono lo sfondo permanente della nostra esistenza e che condizionano, in una certa maniera, il nostro modo di vivere e di reagire agli stimoli che provengono dall'esterno. In sostanza, paura e insicurezza sono dei potentissimi ingredienti sociali che se si riescono a ben dosare e manipolare, possono anche legittimare certe forme di governo e di Stato (come quello dell'insicurezza o dell'incolumità personale) e possono giustificare azioni di politica criminale populiste e antiliberali».

³³ In tal senso A. F. TRIPOLI, *Dal diritto penale della paura alla paura del diritto penale. Spunti per una riflessione*, in *Quaderno di storia del penale e della giustizia*, 2019, 263.

³⁴ V. A. F. TRIPOLI, *Dal diritto penale della paura*, cit., 271.

³⁵ Per cui v. *infra* § 7.

³⁶ Così L. FERRAJOLI, *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in *Quest. Giust.*, 2019, 1, 79.

avvertire che il garantismo è strumento tanto essenziale quanto razionale al fine di individuare i reali colpevoli di un determinato fatto di reato ed accertare la verità processuale.

La giustizia penale, poi, è strumentalizzata ed orientata quasi sempre verso un nemico la cui esistenza serve a legittimare le politiche populistiche: questi ultimi possono essere, a seconda dei casi, i migranti, i soggetti devianti oppure i «colletti bianchi» o i funzionari pubblici ma ciò che rileva è che essi sono etichettati come «altri», ovvero come gruppi (almeno) moralmente inferiori nei confronti del Popolo; «il populismo si traduce, quindi, in una forma moralizzata di antipluralismo»³⁷ nel senso che si è intolleranti verso il dissenso, non si è aperti a confrontarsi con opinioni diverse e, oltre ad avvertire fastidio per la dimensione pluralista che è la colonna vertebrale degli Stati moderni, si è in una condizione di «vittimismo permanente»³⁸. La necessitata e preoccupante conseguenza di quanto detto è che «la torsione verso un diritto penale per “tipo d’autore” è immediata. Ed è superfluo ricordare quali pericolose derive siffatto modo di procedere ha avuto sul sistema penale»³⁹. La contiguità tra i fenomeni del populismo politico e del populismo penale dipende, inoltre, dalla presenza di numerose somiglianze già dal punto di vista della loro struttura⁴⁰.

I populismi in generale – e quello politico nello specifico - sono stati tradizionalmente letti secondo 3 distinti approcci soprattutto dalla letteratura internazionale⁴¹: secondo il primo, il populismo è un’ ideologia politica che si rifà allo studio sui partiti politici della destra europea e che vede la contrapposizione tra il «puro popolo» e l’ «*élite* corrotta» cioè tra noi/loro; il secondo approccio intende il populismo come stile discorsivo o politico e «concerne la dimensione del discorso politico, inteso nel senso più esteso di modalità espressivo-politica generale finalizzata alla costruzione di soggettività sociali secondo l’opposizione *élite*-popolo»⁴²; la terza dimensione intende il populismo come «una strategia politica attraverso la quale un *leader* personalista cerca ed esercita un potere di governo basato sul diretto, non mediato, non istituzionalizzato supporto di un largo seguito»⁴³ e dunque tale visione può portare alla inclusione sociale di un numero assolutamente significativo di persone: per tale ragione è la lettura meno problematica del fenomeno.

³⁷ E. AMATI, *Insorgenze populiste e produzione del penale*, in *disCrimen*, 13 giugno 2019.

³⁸ L. FERRAJOLI, *Il populismo penale*, cit., 80.

³⁹ E. AMATI, *L’ enigma penale*, cit., 112.

⁴⁰ S. ANASTASIA, M. ANSELMI, D. FALCINELLI, cit., 6.

⁴¹ V., tra gli altri, N. GIDRON and B. BONIKOWSKI, *Varieties of Populism, Literature Review and Research Agenda, Weatherhead Working Paper Series*, 2013, No. 13-0004.

⁴² S. ANASTASIA, M. ANSELMI, D. FALCINELLI, *Populismo penale*, cit., 9.

⁴³ La definizione è di K.WEYLAND, *Clarifying a Contested Concept: Populism in the Study of Latin American Politics, Comparative Politics*, 34(1), 2001, 1-22.

Approfondendo l'esperienza italiana, un momento significativo dell'esistenza di un rapporto tra il populismo penale e politico si è avuto durante l'esperienza del Governo Conte I, tra il 2018 e il 2019, costituito da un'alleanza – suggellata dal «Contratto per il governo del cambiamento» - formata dal Movimento 5 Stelle e dalla Lega. Come acutamente sottolineato⁴⁴, in questo frangente politico si è avuta non una mera strumentalizzazione della volontà popolare (circostanza, quest'ultima, comune anche ad altre esperienze politiche e definita come «uso populista della questione criminale»⁴⁵) ma un'effettiva interpretazione populista della volontà punitiva popolare⁴⁶: nel «Contratto» sono stati «scolpiti gli *slogans* di un populismo vendicatore che mira a fare progredire la società a colpi di sanzione penale»⁴⁷. I tratti caratteristici di questo diritto penale «muscolare»⁴⁸ sono costituiti dall'idea di una «difesa sempre legittima», dalla lotta serrata ai fenomeni di corruzione nonché dalla previsione dell'inapplicabilità del giudizio abbreviato ai delitti puniti con la pena dell'ergastolo⁴⁹ e da ulteriori provvedimenti legislativi contrastanti coi principi del diritto penale liberale. Le conseguenze del populismo politico sono evidenti: «l'assolutismo politico e l'autoritarismo penale che ne è figlio tendono infatti a considerare i singoli reati non tanto nel loro proprio e specifico disvalore empirico, fattuale e criminologico, quanto nel loro significato “politico” di trasgressione e inosservanza dell'autorità sovrana»⁵⁰. È chiaro, dunque, che ciò che avviene con l'avvento dei populismi è la creazione di «tirannie postmoderne»⁵¹ che basano la loro forza e convinzione sul consenso sociale⁵² e dunque portano avanti le loro politiche per lo più illiberali ma nel pieno rispetto delle procedure costituzionali: in merito è stato saggiamente affermato che «fra populismo e totalitarismo ci sono talune evidenti somiglianze: l'antipluralismo, la semplificazione e la stessa mediatizzazione»⁵³. È stato acutamente osservato⁵⁴, per di più, che il vero tratto caratteristico dei populismi consiste nel rifiuto della rappresentanza politica, *id est* del pluralismo dei partiti: ciò che viene colpito dai movimenti populistici è esattamente questo modo di intendere

⁴⁴ V. E. AMODIO, *A furor di popolo*, cit.

⁴⁵ L'espressione è di E. AMODIO, *A furor di popolo*, cit., 13.

⁴⁶ V. E. AMODIO, *A furor di popolo*, cit., 14.

⁴⁷ M. DONINI, *Populismo penale*, cit., 5.

⁴⁸ M. DONINI, *Populismo penale*, cit., 5.

⁴⁹ Su questo tema, acutamente, v. G. DI CHIARA, *Giudizio abbreviato, reati “da ergastolo”, populismo penale e Stato di diritto*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, 5, 1037.

⁵⁰ F. PALAZZO, *Innalzare le pene per tutti i reati? Un vizio tipico degli Stati autoritari*, in *Il Dubbio*, 1° dicembre 2018.

⁵¹ G. INSOLERA, *Il populismo penale*, in *disCrimen*, 13 giugno 2019.

⁵² Per la precisazione per cui «Populismo politico necessariamente si specchia nel sintagma Consenso sociale» v. G. INSOLERA, *Il populismo penale*, cit., 5.

⁵³ E. AMATI, *L'enigma penale*, cit., 208.

⁵⁴ L. FERRAJOLI, *Democrazia e populismo*, in *Rivista Aic*, 3/2018.

i processi politici i quali dovrebbero essere sostituiti, per dirla nei termini populistici, dal «direttismo democratico».

Al fine di provare a comprendere le radici comuni a questi due fenomeni, è utile soffermarsi brevemente su un dato di carattere culturale: è opinione diffusa che l'emergere di fenomeni patologici nelle società contemporanee - compresi quelli populistici - sia in parte dovuto al sistema economico in cui le medesime società sono calate e vivono; ciò ha comportato che *l'hic et nunc* è stato concepito come il motore delle scelte economiche, politiche e sociali causando una effettiva mancanza nella valorizzazione del passato e del futuro e una sopravvalutazione delle scelte fatte nel presente, qui e ora appunto. «Tutto si gioca sul qui e ora e, ciò che rileva particolarmente, tutto si colora di tinte ansiogene»⁵⁵: è in questo frangente che il fenomeno del populismo penale, che fa leva sull'assenza di fiducia e sulla necessità di una rassicurazione che sia immediata, trova forza.

Tirando le fila del discorso, si può affermare che «non c'è populismo che non sia politico e il populismo penale anche se riguarda principalmente la dimensione giuridica di uno stato è e resta un fenomeno fondamentalmente politico perché politici *lato sensu* sono i suoi effetti»⁵⁶.

⁵⁵ A. CERETTI, R. CORNELLI, *Del diritto a non avere paura. Note su sicurezza, populismo penale e questione democratica*, in *Dir. pen. proc.*, 11, 1481, 2019. Per una analisi del medesimo tenore, v. L. FERRAJOLI, *Democrazia*, cit., 521 in cui si afferma che «il fattore principale della crisi risiede, a mio parere, nel ribaltamento prodottosi del rapporto tra politica ed economia. Questo rapporto si è capovolto, anche a causa dell'asimmetria tra il carattere globale dell'economia e della finanza e il carattere ancora statale e locale della politica e dell'orizzonte dei partiti: un'asimmetria, peraltro, generata dalla stessa politica e dalle sue "riforme" liberiste, come la liberalizzazione della circolazione dei capitali e la privatizzazione delle banche, non più distinte tra banche di risparmio e banche d'affari. A causa di questa asimmetria, non è più la politica che governa l'economia ma sono l'economia e la finanza che governano la politica [...]; di qui il vuoto programmatico e la percezione della politica come una funzione parassitaria: tanto impotente nei confronti dei poteri economici quanto onnipotente, per poter attuare le direttive dei mercati, nei confronti della società e dei diritti delle persone».

⁵⁶ S. ANASTASIA, M. ANSELMINI, D. FALCINELLI, *Populismo penale*, cit., 15.

3. *Populismo penale e attuali politiche legislative*

3.1 *Brevi cenni su modus legiferandi e provvedimenti ante 2019*

Il tratto qualificante la legislazione penale populistica è la sua eccedenza: rispetto al fine tipico di tutela dei beni giuridici; rispetto allo scopo tipico (rieducativo), secondo Costituzione, della pena⁵⁷. Da questo assunto si può sviluppare una riflessione sulle politiche legislative adottate in Italia negli ultimi 30 anni – periodo in cui, si è detto, le pulsioni populistiche sono state avvertite come sempre più pressanti – e che hanno visto il loro culmine nel biennio 2018-2019; si deve, per completezza, sottolineare come le politiche inerenti alla giustizia penale delle esperienze di governo successive (specialmente quella dell'attuale Governo Draghi, con Ministro della Giustizia Marta Cartabia) sembrano essere tornate sui binari di una giustizia penale liberale ed è evidente che ciò deve essere salutato con favore⁵⁸. Ad ogni modo, si è affermato che il fenomeno populistico ha una significativa matrice culturale ed è, purtroppo, possibile che una nuova maggioranza parlamentare e un nuovo governo possano riproporre gli schemi di cui adesso si parlerà. Prima di passare in rassegna i provvedimenti legislativi che più incarnano l'essenza del populismo penale, è parimenti utile soffermarsi su una serie di prodotti del Parlamento che hanno fatto da apripista e costituito l'*humus* culturale per la concreta affermazione di un «populismo penale di governo»⁵⁹.

L'azione politica caratterizzante le politiche criminali dell'ultimo trentennio è stata definita «complesso accusatorio»⁶⁰ o *prosecutorial complex*: «si tratta cioè della tendenza ad estendere all'agire politico la logica accusatoria tipica del pubblico ministero, quale organo giudiziario investito del ruolo istituzionale di difendere la società dal crimine e dunque quale rappresentante – ben più del giudice in senso stretto – degli interessi delle vittime reali o potenziali»⁶¹; in base a questa prospettiva gli esponenti politici si propongono

⁵⁷ A. F. TRIPODI, *Dal diritto penale della paura*, cit., 263. Per la precisazione per cui «la dismisura e l'irragionevolezza connotano l'attuale politica penale populista» v. E. AMATI, *Insorgenze populiste e produzione del penale*, in *disCrimen*, 13 giugno 2019.

⁵⁸ Si vedano alcuni articoli pubblicati *online* nei giorni della formazione del Governo Draghi tra cui: https://www.ilrifirmista.it/miracolo-draghi-ma-mai-piu-populismo-penale-194008/?refresh_ce ; https://www.adnkronos.com/caiazza-penalisti-con-cartabia-termina-epoca-giustizialismo-populista-a-via-arenula_55qQXAXbGPbTe7a1SV6xev?refresh_ce.

⁵⁹ N. MAZZACUVA, *Dal "Populismo giudiziario" al "Populismo penale di governo"*, in *Diritto di difesa*, 21 febbraio 2020.

⁶⁰ L'acuta definizione è data da J.SIMON, *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, trad. it., Milano, 2008.

⁶¹ G. FIANDACA, *Populismo politico*, cit., 99.

in primo luogo di lottare contro la criminalità e difendere a spada tratta la legalità, già sul piano comunicativo e simbolico. Il diritto penale concepito dalle politiche populistiche è un diritto che assume funzione “catartica” o “purificatrice”, è un diritto penale che «spazza via» l'imputato e che è sostanzialmente mosso da una volontà vendicatrice. Un ruolo parimenti significativo nell'emersione di questi fenomeni lo ha svolto la crisi dei partiti tradizionali e di conseguenza del Parlamento come luogo per il quale dovrebbero passare la maggior parte dei provvedimenti legislativi: il potere legislativo non riesce più a stare al passo con la rapidità e mutevolezza dei fenomeni della modernità e, dunque, soccombe.

Prima di passare brevemente in rassegna i citati provvedimenti, si possono tratteggiare quelle che sono le direttrici di questo modo di intendere il diritto penale: si è detto «la produzione del penale è quindi sempre più “selvaggia”, con la conseguenza che il diritto penale è in crisi, cioè in salute. È in crisi rispetto a tutti i principi garantistici, perché si sviluppa fuori da qualunque disegno razionale. È in salute, perché si è fortificato: è sempre più “muscolare”, “massimo”. Non interviene più in via sussidiaria, bensì è la prima, se non l'unica, *ratio* degli interventi normativi»⁶². Le direttrici legislative evocate poc'anzi, le quali emergono prepotentemente dagli interventi di matrice penalistica nel periodo che va dalla Seconda Repubblica alla Terza Repubblica, sono perfettamente concordanti con la retorica di matrice populista. Ciò che viene creato dal Parlamento italiano, nei casi rari in cui oggi giorno ciò accade, è un prodotto che appare scadente e ciò dipende, oltre che da una incerta tecnica giuridica, proprio dal metodo con il quale sono prodotte le leggi penali. Una delle ragioni che possono spiegare tali risultati è la mancanza di consultazione preventiva ed effettiva con studiosi, avvocati o magistrati i quali, se pure sono auditi in sede di Commissione parlamentare, forniscono contributi tendenzialmente disattesi. «È allora evidente come, sul piano contenutistico, il prodotto normativo risenta della mancanza di spessore (se non di mancanza *tout court*) del dibattito e della capacità di ascolto espressa dal legislatore»⁶³. Questo meccanismo è evidentemente patologico ma comprensibile in un'epoca in cui ciò che prevale è l'immediatezza nell'approvazione della normativa, necessaria e contingente, che è tale per motivi di acquisizione di consenso sociale; e la ricerca di quest'ultimo non può che portare al sacrificio della correttezza tecnico-giuridica dei provvedimenti: la legislazione penale è caratterizzata, dunque, da una certa compulsività dal momento che il legislatore è «attento più che altro a rispondere all'urlo della folla piuttosto

⁶² Così E. AMATI, *L'enigma penale*, cit., 2.

⁶³ E. AMATI, *L'enigma penale*, cit., 142.

che ad affrontare problemi reali e individuare soluzioni equilibrate e ragionevoli»⁶⁴. Un ulteriore tratto caratteristico di questi provvedimenti è la contrarietà ad interventi di tipo deflattivo e il favore per pene previste in misura fissa che possano il più possibile limitare la discrezionalità dei giudici nell’ottica di garantire la massima durezza della risposta. Un importante elemento in comune di queste politiche è, poi, la volontà di estendere l’area del penalmente rilevante al fine di intercettare, almeno teoricamente, quanti più comportamenti possibili: è cristallino come questo *modus operandi* sia in totale contrasto con il supremo principio del diritto penale come *extrema ratio*; si vuole, ancora, anticipare sempre più la soglia di punibilità dei comportamenti illegittimi e parimenti prevedere in maniera sempre più frequente aggravii sanzionatori (circostanza che cozza coi principi di mitezza e proporzionalità della pena).

Lo strumento penalistico assurge così a fondamentale strumento di distrazione di massa che distoglie l’attenzione da problemi sicuramente più significativi – quali quelli economici e sociali - e fa ciò non pesando, economicamente parlando, sullo Stato. La politica criminale diviene così «teatrocrazia»⁶⁵: la produzione normativa tende sempre di più a ricercare simboli, *in primis* quello della pena carceraria che è la più dura da infliggere. Da ultimo, «ciò che conta è il messaggio veicolato “al pubblico”: immediato, semplice, ad alto impatto mediatico. Si è ormai aperto il sipario sullo spettacolo del castigo e sul diritto penale *no-limits*»⁶⁶. Come è stato brevemente anticipato nel § 2, sono stati molteplici i risultati legislativi frutto della maniera distorta di intendere la giustizia penale: si è già detto dei «pacchetti sicurezza» del 2001, del 2008/2009, del 2017 tramite cui, a più riprese, si è voluta dare una risposta alle esigenze di “sicurezza” come percepite dalla collettività con la neutralizzazione degli individui minacciosi, rischiosi e fastidiosi⁶⁷; la medesima *ratio* la si scorge anche nella legge sull’omicidio stradale. Già nel dibattito parlamentare si richiedeva di introdurre una risposta di elevato rigore con minimi edittali significativi – previsti al fine

⁶⁴ E. AMATI, *L’enigma penale*, cit., 142. Del medesimo avviso è V. MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Quest. Giust.*, 2019, 1, 88 secondo cui «l’istanza di razionalità non è più assunta come base edificativa del diritto penale, ma lo è piuttosto la effettività *coûte que coûte* – cieca e pervicace – dello strumento repressivo, che si vuole massimamente *user friendly* anzitutto nel perseguire un agognato traguardo di “certezza della pena” – sintagma quanto mai polisemico e ambiguo, qui inteso distorsivamente come “indefettibilità della punizione” se non come “certezza del carcere” – e che ha come primo obiettivo la “lotta all’impunità” (*fight against impunity*)».

⁶⁵ L’efficace termine è adoperato da E. AMATI, *L’enigma penale*, cit., 152.

⁶⁶ E. AMATI, *L’enigma penale*, cit., 152. La definizione di diritto penale «*no-limits*» è di V. MANES, in *Diritto penale no-limits*, cit.

⁶⁷ Per la precisazione per cui in questi provvedimenti è presente «l’obiettivo dichiarato, ancora una volta, di voler elevare la percezione di sicurezza tra i consociati» v. A. CERETTI, R. CORNELLI, *Del diritto a non avere paura*, cit., 1484.

di far necessariamente passare dal carcere l'autore del reato – così da poter reagire al fenomeno delle “stragi del sabato sera”; un altro aspetto problematico è consistito nel fatto che il legislatore era intervenuto varie volte per aggravare le sanzioni dell'omicidio colposo e delle lesioni personali colpose e, malgrado ciò, per assecondare il sentire sociale il legislatore ha previsto una norma *ad hoc*. Dunque, con questo intervento del 2016 si è ridisegnata la disciplina introducendo gli articoli 589*bis* e 590*bis* codice penale che prevedono, per l'ipotesi di omicidio stradale, un reato-base punito con la reclusione da 2 a 7 anni e una serie di nuove aggravanti che possono condurre a delle elevatissime commisurazioni di pena; ciò che crea maggiori problemi è, però, l'articolo 590*quater* c.p. che prevede che le attenuanti non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto alle aggravanti citate nell'articolo medesimo. Sebbene la Corte costituzionale abbia salvato dalla scure dell'incostituzionalità tale norma⁶⁸, permangono dei dubbi sul carattere simbolico dell'intera riforma la quale è, tra le altre cose, stata introdotta per una sfiducia nei confronti del giudice, il quale – nell'applicazione giurisprudenziale delle norme citate - si era rivelato eccessivamente benevolo nel commisurare la pena.

3.2. *I provvedimenti legislativi dell'esperienza «gialloverde»*

La differenza sostanziale che si è avvertita durante l'esperienza del governo Lega-M5S è che «mentre in passato i “rigurgiti populistici” nella produzione delle leggi penali comparivano in forma “spot” (magari in occasione dei vari pacchetti-sicurezza), oggi essi pervadono in modo sistemico tutto lo sviluppo e la nuova dimensione della legislazione penale»⁶⁹. La cifra peculiare dei provvedimenti è che «è proprio la regressione al primitivismo a contrassegnare le proposte populiste in materia penale. Dovendo dare rilievo alle istanze delle vittime del reato si finisce per degradarne al rango di incongrua sovrastruttura tutto il complesso dei principi edificati dal diritto penale moderno»⁷⁰; ciò che manca fundamentalmente in questa serie di provvedimenti è la razionalità, la quale viene sacrificata sull'altare della emotività. Frutto dell'esperienza del Governo Conte I⁷¹ sono state

⁶⁸ Corte cost., 19 febbraio 2019, n.88.

⁶⁹ E. AMATI, *L'enigma penale*, cit., 140.

⁷⁰ E. AMODIO, *Il populismo penale nell'Italia dell'antipolitica*, *Cass. pen.*, 1818, 2020.

⁷¹ N. ROSSI, *Giudici, popolo e populismi*, in *Quest. Giust.*, 2019, 1, 19 ha sapientemente affermato, in merito all'esistenza di non uno ma due populismi nel contesto politico italiano, che «forse le contraddizioni tra i due movimenti di ispirazione populista sono davvero insanabili, così che si assisterà ad una sorta di resa dei conti tra le due anime del populismo nostrano. Per il momento vanno però registrati alcuni fenomeni di osmosi. Osmosi sul versante delle politiche dell'immigrazione. Coincidenze sul terreno delle polemiche contro l'Unione europea, facile bersaglio, paralizzata com'è tra le deliberazioni spesso ininfluenti della Commissione

alcune “leggi-simbolo”, già inserite nel Contratto di Governo, che sono assurde a modello del populismo penale: si possono agevolmente citare e brevemente analizzare la riforma sulla legittima difesa⁷², la cosiddetta legge «spazzacorrotti» (che è caratterizzata già da un nome evocativo), la normativa sulla inapplicabilità del giudizio abbreviato ai delitti puniti con la pena dell'ergastolo⁷³ nonché i Decreti sicurezza⁷⁴. Quello che hanno in comune questi provvedimenti è il fatto di essere «riforme immediate a costo (economico) zero (altra cosa è il costo civile!) costituenti salutare medicina da somministrare al popolo bisognoso di rassicurazione⁷⁵». In merito alla l. 33/2019 è stato acutamente osservato che «il populismo penale dell'ultimo scorcio, consapevole della dimensione simbolica della pena “a vita”, dei suoi impatti radianti nell'immaginario sociale e delle sue ricadute politico-elettorali, ha investito sul consolidamento dell'ergastolo, coltivando allo scopo una gamma diversificata di manovre»⁷⁶; in un'ottica di necessaria “certezza della pena” si arriva alla considerazione per cui «il colpevole - potrebbe dirsi - è il suo reato e dunque è la sua pena: affermazione, a tacer d'altro, miope, oltre che culturalmente e costituzionalmente distonica e distopica»⁷⁷. Analizzando l'atto normativo da ultimo citato, si può affermare che l'esclusione del rito abbreviato per i delitti da ergastolo, così come previsto dal nuovo comma 1-*bis* dell'art. 438 codice di procedura penale (introdotto, giustappunto, dalla legge 12 aprile 2019, n. 33), esemplifica bene l'ideologia del «penale perpetuo»⁷⁸. Questo provvedimento “populista” presenta un fondamentale problema, cioè a dire che sono state modificate delle regole processuali al fine di integrare la previsione edittale e dunque si è venuta a creare una indebita commistione tra diritto penale e diritto processuale penale nell'ottica di garantire una pena “a vita” per chi commette reati da ergastolo. Si tratta, in ultima analisi, di un intervento normativo che restringe il diritto di difesa dell'imputato e risulta incoerente

e del Parlamento e i veti degli Stati o del Consiglio dei ministri. Avvicinamenti e compromessi sul piano delle politiche sociali, caratterizzate dalla pura e semplice sommatoria, magari al ribasso, delle proposte avanzate e delle promesse fatte nell'ultima campagna elettorale. Ed infine sintonie sul terreno del giudiziario dove trovano eguale accoglimento le pulsioni verso un esercizio della giurisdizione ed un governo della pena più duri e sbrigativi, imperniati su soluzioni violente che vanno dall'enfatizzazione della legittima difesa ad una richiesta di certezza della pena che maschera malamente l'aspirazione alla crescita ed alla generalizzazione della sola pena carceraria. Si potrebbe dire: populismi diversi ma potentemente accomunati dalla comune matrice populista, a dispetto delle originarie differenze di cultura e di impostazione».

⁷² L. 26 aprile 2019, n. 26 che ha costituito un ampliamento nell'area di questa causa di giustificazione rispetto alla L. 13 febbraio 2006, n. 59.

⁷³ L. 12 aprile 2019, n. 33.

⁷⁴ L. 1° dicembre 2018, n. 132; L. 8 agosto 2019, n. 77

⁷⁵ N. MAZZACUVA, *Dal “Populismo giudiziario”*, cit.

⁷⁶ G. DI CHIARA, *Giudizio abbreviato, reati “da ergastolo*, cit., 1038.

⁷⁷ G. DI CHIARA, *Giudizio abbreviato, reati “da ergastolo*, cit., 1038.

⁷⁸ D. PULITANÒ, *Sulle politiche penali in discussione*, in *Giurisprudenza penale web*, 11, 2, 2018.

rispetto all'orientamento delle Corti nazionali⁷⁹ e sovranazionali⁸⁰ in tema di pene perpetue, ma soprattutto sacrifica un istituto che risponde proprio a criteri di efficienza nel nome di questa “furia iconoclasta”: il CSM, infatti, ha rilevato che la novella normativa avrà ripercussioni negative sui ruoli di Tribunali e Corti di Assise che saranno appesantire da un maggior numero di reati da giudicare. I dati statistici⁸¹, inerenti al rapporto tra i procedimenti concernenti reati puniti con la pena dell'ergastolo definiti con rito ordinario e quelli definiti con rito abbreviato, indicano una percentuale di procedimenti definiti con il rito speciale pari al 68% nel 2016 e al 79% nel 2017: è di palmare evidenza che si tratta di un ampliamento dell'area applicativa dell'ergastolo che non era, dal punto di vista razionale, avvertito come necessario.

Con riferimento ai Decreti sicurezza di cui sopra, le leggi (di conversione) 132 del 2018 e 77 del 2019 anziché procedere ad uno snellimento della materia penale in funzione deflattiva si distaccano da precedenti provvedimenti di depenalizzazione: il “primo” decreto sicurezza prevede, oltre alle solite misure punitive, la riduzione delle misure di integrazione e di fatto la soppressione del permesso di soggiorno per motivi umanitari. Anche il c.d. decreto sicurezza *bis* ha subito sollevato una serie di problematiche di ordine costituzionale: *in primis* è risultata evidente la mancanza dei presupposti di urgenza e necessità previsti per l'uso di questo tipo di strumento normativo, considerato che, secondo i dati ministeriali, dal 1° gennaio al 28 giugno 2019 gli sbarchi di stranieri sono diminuiti dell'84,3% rispetto al 2018. Inoltre, il decreto non sembra rispettare il requisito di omogeneità della materia trattata, dato che contiene disposizioni che riguardano materie estremamente eterogenee: è, per tale ragione, legittimo il sospetto che il ricorso alla decretazione d'urgenza sia stato un modo per privare il Parlamento della possibilità di una discussione reale sulle questioni più

⁷⁹ Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 253; Corte cost., 11 luglio 2018, n. 149.

⁸⁰ Corte e.d.u., 13 giugno 2019, *Viola c. Italia*.

⁸¹ Nello specifico, si tratta dei dati forniti dal Ministero della Giustizia a supporto del parere del Consiglio superiore della magistratura sulla proposta di legge AC 392/C, abbinata alla proposta di legge AC 460/C, avente ad oggetto «Inapplicabilità del giudizio abbreviato ai reati puniti con la pena dell'ergastolo», deliberato dal *Plenum* del Consiglio il 6 febbraio 2019, p. 6. Per un'analisi più approfondita cfr. M. GIALUZ, J. DELLA TORRE, P. SEVERINO, *Giustizia per nessuno: l'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino, 2022 in cui si procede ad un'analisi dello “stato di salute” della giustizia penale, tramite un approfondimento dei dati e delle statistiche giudiziarie. Come si può leggere nella Prefazione, «sul piano dell'analisi dei dati, inoltre, il volume non si limita a una “fredda” esposizione delle statistiche giudiziarie, ma, al contrario, fornisce al lettore gli indispensabili strumenti metodologici e concettuali per analizzare e interpretare correttamente i numeri della giustizia, comprendendo ciò che da essi emerge in merito alle cause delle perduranti inefficienze del processo penale (dalla cronica lentezza dei procedimenti, al numero elevato di impugnazioni e prescrizioni, al ridotto livello di informatizzazione, fino alla scopertura degli uffici giudiziari e al tema dell'assenza di risorse)».

delicate, per non soffermarsi poi sui profili di incompatibilità con le Convenzioni internazionali, tra cui la Convenzione Unclos. A conferma di quanto detto, contestualmente alla promulgazione della legge, inoltre, il Presidente della Repubblica ha segnalato al Presidente del Consiglio dei Ministri, e ai Presidenti di Camera e Senato, alcune criticità sulla proporzionalità di sanzioni che sarebbero almeno dal punto di vista formale di carattere amministrativo e anche sulla modifica apportata all'articolo 131-bis c.p.⁸²

3.2.1. (segue) *Legittima difesa e «Spazzacorrotti»: i due «vessilli» del populismo di governo*

Volgendo l'attenzione alle due riforme più significative di questa esperienza di governo, è utile operare una precisazione e rispondere ad un interrogativo inerente all'(apparente) incoerenza dei due provvedimenti che rispondono a due modalità diverse di concepire il diritto penale. Se, da un lato, nel provvedimento sulla legittima difesa si assiste ad un arretrare della potestà punitiva dello Stato che quasi delega i suoi poteri ai privati cittadini nelle loro *domus*, dall'altro nella legge contro la corruzione lo Stato fa sentire una presenza imponente e significativa. Come si risolve questa dicotomia, tra diritto penale «minimo» e diritto penale «massimo»⁸³? Se si guarda dall'ottica del potere repressivo, entrambe queste

⁸² Si deve, per completezza, segnalare che anche nell'esperienza di Governo successiva – e con un diverso Ministro dell'Interno – è parimenti presente «la tendenza, di sapore autoritario, a rispondere a fenomeni di autentico o presunto allarme sociale attraverso l'introduzione di nuove figure di reato, l'inasprimento delle pene detentive, il potenziamento di controverse misure di prevenzione *preater delictum*». Per tali considerazioni v. S. ZIRULIA, *Il diritto penale nel "Decreto Lamorgese": nuove disposizioni, vecchie politiche criminali*, in *Dir. pen. proc.*, 578, 2021 in cui si argomenta così «Per quanto riguarda le novità in materia penale (inclusa la c.d. "cimmigration") [...] la riforma contiene una serie eterogenea di disposizioni aventi come comune denominatore l'incremento del rigore, anche meramente simbolico, nelle risposte offerte a fenomeni reputati fonte di allarme sociale. Non bisogna inoltre sottovalutare l'impatto negativo che un intervento di tal fatta, pur nella sua frammentarietà, è in grado di produrre sul sistema penale complessivamente considerato. Esso infatti si colloca, qui del tutto coerentemente, all'interno della contemporanea "stagione punitiva" che affligge il nostro ordinamento (e non solo), fornendo un marginale, ma non per questo meno preoccupante, contributo alla ridefinizione dei rapporti tra autorità e libertà, o se vogliamo tra poteri e garanzie, nel segno di una sempre più marcata prevalenza dei primi sulle seconde. Anzi, è proprio la portata tutto sommato non dirimpente delle misure qui esaminate a renderne particolarmente insidiosa la capacità per così dire infiltrante nelle strutture dello stato liberale di diritto: invero, tanto più è lento è invisibile un processo di erosione, quanto più tardiva e dunque inefficace rischia di essere l'adozione di contromisure».

⁸³ Similmente, v. S. ANASTASIA, M. ANSELMI, D. FALCINELLI, *Populismo penale*, cit., 97 in cui si parla di «logica del più e logica del meno»; cfr. anche C. SOTIS, *Il diritto penale tra scienza della sofferenza e sofferenza della scienza*, in *Arch. pen.*, 2019, 8, 2019 che, in relazione ai due provvedimenti, parla di «riforme due volte spaesanti. Una prima volta perché lontane anni luce dai criteri di legittimazione da cui dipendono limiti e funzionamento del diritto penale costituzionale. Una seconda volta perché all'apparenza non sembrano nemmeno coerenti tra loro. Una infatti chiede repressione, l'altra libertà. Una domanda al giudice di

riforme riconoscono al popolo un primato, declinato nella forma della «penalità diretta con riguardo alla tutela domiciliare e penalità indiretta per tutti i restanti ambiti di operatività del sistema che si incardinano sulla gestione affidata agli apparati pubblici della magistratura e della polizia»⁸⁴. Dunque, un provvedimento fondamentale nella temperie penal-populistica di governo è quello contenuto nella legge 36/2019 che ha modificato gli articoli 52 e 55 del Codice penale in tema di legittima difesa: in primo luogo la riforma è caratterizzata da una inutilità statistica evidente. Fino al 2019 le sentenze riguardanti la legittima difesa domiciliare risultavano appena 58 negli ultimi 12 anni; altri dati ufficiali provenienti dal Ministero della Giustizia, relativi alla legittima difesa *tout court*, dimostrano come nel 2018 risultavano iscritti nei Tribunali italiani solo 14 procedimenti aventi ad oggetto l'articolo 52 c.p. e 12 in cui si contestava l'articolo 55 (eccesso colposo di legittima difesa) con riferimento al 52. Per tale ragione è già evidente che ciò che ha spinto il Parlamento e il Governo ad adottare questa legge non sia stata un'esigenza razionale, basata su dati statistici e pubblici, ma la necessità di assecondare gli umori del popolo⁸⁵. Inoltre, in questo provvedimento, come anche in altri atti normativi, lo Stato tutela totalmente gli interessi della vittima: sembra qui riecheggiare la *Castle Doctrine* nordamericana secondo cui il cittadino, all'interno della sua proprietà, può difendere l'incolumità di persone o cose liberamente anche tramite l'utilizzo della forza letale, se ritenuta necessaria⁸⁶. La legittima difesa, definita dal Contratto "sempre legittima" in maniera evocativa, è il frutto di una «riserva di sovranità punitiva popolare contrapposta a uno Stato che appare troppo debole e inadeguato nel contrastare la criminalità»⁸⁷. Si può, per tale motivo, affermare che la difesa domiciliare come intesa da questa legge è una «forma di giustizia vendicativa, pur essendo

determinare i fatti penalmente rilevanti a seguito di un bilanciamento tra principi; l'altra mette da parte il giudice e vieta il bilanciamento descrivendo la legittima difesa come fosse una regola farcita di automatismi legislativi ("sussiste sempre il rapporto di proporzione"). Non credo invece siano così incoerenti tra loro. Queste due leggi rispondono alla stessa logica».

⁸⁴ V. E. AMODIO, *A furor di popolo*, cit., 93.

⁸⁵ Per considerazioni del medesimo tenore cfr. G.D. CAIAZZA, *Governo populista e legislazione penale: un primo bilancio*, in *Dir. pen. proc.*, 590, 2019 secondo il quale «la sostanza è certamente ideologica, come è chiarito dal messaggio mediatico che l'ha accompagnata: ciò che si vuole ridurre è l'intervento e la discrezionalità del Giudice, non riconoscendo più alla giurisdizione, oggi quantomeno ai casi di aggressione al domicilio, la funzione di mediazione e di ricomposizione del conflitto».

⁸⁶ Cfr., per considerazioni più approfondite, F. CONSULICH, *La riforma della legittima difesa: prove tecniche di diritto senza giustizia*, *Dir. pen. cont.*, 2019, 6, in cui si legge che «l'origine della riforma ha radici lontane, che affondano oltre oceano, nell'ordinamento statunitense. Ci si riferisce alle c.d. *stand your ground laws* nordamericane, un cospicuo numero di discipline statali che riflettono la medesima logica politico-criminale che sta alla base della novella italiana e che potremmo così compendiare: la liceità dell'uso della forza da parte del titolare dello *ius excludendi alios* nei confronti dell'intruso è presunta».

⁸⁷ V. E. AMODIO, *A furor di popolo*, cit., 93.

scontato che essa nasce e viene patrocinata come pratica antisistema»⁸⁸; la nuova formulazione della norma consente al cittadino di decidere nel suo territorio se e quando punire, in un'ottica di *deregulation* di tipo securitario. La filosofia alla base della riforma è permeata dall'idea per cui si può agire sulla persona dell'intruso senza alcun limite. «Poco importa se il “prodotto” venduto al popolo “funzionerà” davvero. Se l'applicazione della norma non soddisferà le aspettative (ma non pare che ciò sia verificabile, stante l'esiguità dei casi di legittima difesa) la responsabilità ricadrà probabilmente sui giudici – non eletti dal popolo – che “stanno dalla parte dei ladri”»⁸⁹. Ciò che maggiormente preoccupa, dal momento che denota un'ignoranza e un disprezzo dei principi cardine della materia penalistica e processualpenalistica, è che gli autori dei reati - i “criminali”- non sono più visti come soggetti soltanto momentaneamente esclusi dalla vita sociale ordinaria e destinati a essere rieducati, riabilitati e a potersi reinserire in società, ma come persone marchiate a vita ed emarginate permanentemente dalla vita sociale per non “danneggiare” i “cittadini onesti” e rispettosi della legge. Il nuovo impianto normativo si regge, dunque, sulla tutela dei luoghi destinati alla vita familiare ovvero all'attività lavorativa: è questo il perno della riforma, riforma che ha causato «una vera e propria mutazione genetica»⁹⁰ dal momento che il Parlamento italiano ha tratteggiato non già una causa di giustificazione ma una autonoma modalità di «ritorsione sanzionatoria applicata dal privato in base a un suo proprio metro punitivo commisurato al risentimento per il torto subito»⁹¹. Dunque, da causa di giustificazione a ritorsione nella cornice di una giustizia vendicativa: il Parlamento ha, tramite questo provvedimento, fatto propria l'aspirazione della gente “virtuosa” di occuparsi in prima persona della lotta alla criminalità domestica esercitando una sovranità punitiva ma anche quella richiesta di maggiore semplicità nell'ottenere la non punibilità che veniva ostacolata dai filtri apposti dal legislatore del 1930. Venendo alla *littera legis*, il nuovo articolo 52 c.p. recita «1. Non è punibile chi ha commesso il fatto, per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa. 2. Nei casi previsti dall'articolo 614, primo e secondo comma, sussiste *sempre* il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo se taluno legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati usa un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere: a) la propria

⁸⁸ E. AMODIO, *A furor di popolo*, cit., 94.

⁸⁹ E. AMATI, *L'enigma penale*, cit., 157, 2020.

⁹⁰ E. AMODIO, *A furor di popolo*, cit., 37.

⁹¹ V. E. AMODIO, *A furor di popolo*, cit., 37.

o la altrui incolumità: b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo d'aggressione. 3. *Le disposizioni di cui al secondo e al quarto comma si applicano anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto all'interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale.* 4. *Nei casi di cui al secondo e al terzo comma agisce sempre in stato di legittima difesa colui che compie un atto per respingere l'intrusione posta in essere, con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica, da parte di una o più persone»⁹². Ciò che è maggiormente problematico è l'introduzione dell'avverbio «sempre» con cui è voluta dare forza alla idea della presenza quasi automatica della proporzione⁹³: si è inteso creare una presunzione assoluta in un ambito in cui, come rammentato da giudici nazionali e sovranazionali, è necessario sempre procedere al bilanciamento – concordemente coi valori etici contingenti - dei beni giuridici in gioco. Anche il nuovo comma 4 presenta profili da analizzare: qui si inserisce un meccanismo ulteriormente presuntivo che va a coniugare il richiamo alle ipotesi dei commi 2 e 3 con un generalizzato diritto di difesa armata di matrice nordamericana; però, sia in ossequio a interpretazioni sedimentatesi nel tempo che per il necessario rispetto del diritto alla vita dell'intruso, ciò che risulta è «nulla di nuovo: si dovrà intendere che nel contesto generale di un fatto violativo del domicilio [...] i beni coinvolti, personali da un lato e patrimoniali ed individuali-personali dall'altro risultano “di regola” ragionevolmente rapportabili»⁹⁴. Volendo dare una solidità, anche istituzionale, alle argomentazioni suesposte si può rammentare che il Presidente della Repubblica nel promulgare la legge ha contestualmente effettuato alcuni rilievi su profili problematici: secondo la più Alta carica dello Stato, infatti, «va preliminarmente sottolineato che la nuova normativa non indebolisce né attenua la primaria ed esclusiva responsabilità dello Stato nella tutela della incolumità e della sicurezza*

⁹² In *corsivo* le novità introdotte dalla legge 36/2019.

⁹³ Per una lettura che evidenzia un altro profilo critico cfr. F. CONSULICH, *La legittima difesa tra ascesa della forza privata e declino del potere pubblico*, in *disCrimen*, 3/2019 che argomenta così «A noi pare che il più grave punto di crisi aperto dalla riforma attenga, però, al rapporto tra legislatore e giudice. Le presunzioni di cui al comma 2 e al comma 4 dell'art. 52 c.p. sovvertono la distribuzione delle competenze tra Poteri dello Stato disegnati dalla Costituzione repubblicana; ricorrendo ad esse, infatti, il legislatore tende a sostituire una volta per tutte il giudice, privandolo della possibilità di accertare segmenti decisivi della fattispecie scriminante e svalutandone platealmente il ruolo nella regolazione dei conflitti sociali».

⁹⁴ S. ANASTASIA, M. ANSELMI, D. FALCINELLI, *Populismo penale*, cit., 109. Un ulteriore contributo che, alla luce della giurisprudenza di legittimità formatasi sulla novella, conferma quanto asserito è quello di P. PISA, *La legittima difesa domiciliare: verso un'equilibrata lettura da parte della giurisprudenza*, *Dir. pen. proc.*, 2020, 12, 1545 in cui si legge che «sulla portata della riforma della legittima difesa domiciliare varata con la L. n. 36 del 2019 la giurisprudenza della Corte di cassazione chiarisce che la causa di giustificazione non può essere riconosciuta in ogni caso. Un'interpretazione sistematica, compatibile con la Costituzione e con la Cedu, richiede comunque il rispetto del requisito della necessità».

dei cittadini, esercitata e assicurata attraverso l'azione generosa ed efficace delle Forze di Polizia»⁹⁵ ed è questo un monito che i destinatari devono cogliere attentamente⁹⁶.

L'altro simbolo del programma giallo-verde è stato, come è noto, la legge 3/2019 nota come «spazzacorrotti»: con tale intervento il legislatore, che poteva cogliere l'occasione per semplificare una materia che – anche a causa di modifiche intervenute a breve distanza – si rivela di difficile comprensione, concentra l'attenzione su tre distinti piani: il primo ha a che fare con la semplificazione delle indagini preliminari e si basa sulla modifica dell'articolo 266, comma 2-*bis*, c.p.p. che ha permesso l'utilizzabilità senza limiti dei c.d. *trojan* nonché la possibilità di impiegare agenti sotto copertura. Nell'ambito della seconda direttrice il legislatore ha previsto un inasprimento, ulteriore, delle sanzioni⁹⁷; in terzo luogo si è

⁹⁵ Comunicato del Presidente della Repubblica, Sergio Mattarella, del 26/4/2019 consultabile all'indirizzo <https://www.quirinale.it/elementi/28586>.

⁹⁶ A tal proposito cfr. la giurisprudenza della Corte di Cassazione, successiva alla promulgazione della legge sulla legittima difesa: in varie sentenze – tra cui si segnalano ad esempio la sentenza Cass. pen., sez. III, 10 dicembre 2019, n. 49883 e Cass. pen., sez. V, sentenza n. 40414 del 2 ottobre 2019 - la Suprema Corte ha portato avanti la giurisprudenza (copiosa) successiva alla riforma del 2006 in base alla quale della legittima difesa e dei suoi presupposti è necessario offrire un'interpretazione volta a temperare varie esigenze, quali quelle di sicurezza e il fondamentale rispetto della persona. Ed in relazione a tale bilanciamento, la III sezione nella pronuncia numero 49883 ha osservato – in relazione ai requisiti di necessità e proporzionalità – che l'importanza di detti requisiti «non può dirsi venuta meno a seguito dell'inserimento dell'avverbio “sempre” ad opera della recente “novella”, potendo ad esso attribuirsi un mero significato rafforzativo della presunzione posta dalla norma». Secondo la sentenza citata, è dunque necessario un accertamento rigoroso dei presupposti della scriminante di cui si discute. Nel caso di specie spiega la Corte che «l'uso di un'arma – purché legittimamente detenuta – può dirsi reazione sempre proporzionata nei confronti di chi si sia illecitamente introdotto, o illecitamente si trattenga, all'interno del domicilio o dei luoghi a questo equiparati, nei quali il legislatore ha ritenuto maggiormente avvertita l'esigenza dell'autodifesa, a patto che, appunto, il pericolo di offesa ad un diritto (personale o patrimoniale) sia attuale e che l'impiego dell'arma quale in concreto avvenuto sia necessario a difendere l'incolumità propria o altrui, ovvero anche soltanto i beni se ricorra pur sempre un pericolo di aggressione personale». Per considerazioni analoghe in dottrina cfr. M. BERTELLI MOTTA, *Eccesso colposo in legittima difesa: il difficile equilibrio fra tutela dell'agredito e tutela dell'aggressore*, in *Giurisprudenza Penale web*, 2020, 1, 8 in cui si legge che «a fronte del necessario e costante bilanciamento tra l'interesse dell'agredito e quello dell'aggressore, è evidente come i recenti interventi normativi non possano comunque tradursi in automatismi in grado di legittimare sempre ed in ogni caso la lesione di un bene fondamentale qual è la vita umana. Fermo il rilievo e la particolare tutela che il legislatore ha voluto riconoscere a determinati luoghi nei quali si svolge la vita dei consociati – prevedendo per tali ipotesi una presunzione di proporzionalità tra offesa e difesa – anche la più violenta e drastica tra le possibili reazioni difensive deve collocarsi in un contesto in grado di giustificare tale condotta, alla luce dell'attualità del pericolo e dell'impossibilità di sottrarsi ad esso per vie alternative. Risulta dunque tuttora ineludibile la necessità che ogni lesione di beni giuridici suscettibili di rilevanza penale sia sottoposta all'attento vaglio dell'autorità giudiziaria, al fine di verificare se eventualmente sussistano i presupposti per poter ritenere scriminata la condotta lesiva posta in essere».

⁹⁷ Si pensi, a titolo esemplificativo, all'articolo 317 *bis* c.p. – rubricato «Pene accessorie» - in cui si prevede che «La condanna per i reati di cui agli articoli 314, 317, 318, 319, 319 *bis*, 319 *ter*, 319 *quater*, primo comma, 320, 321, 322, 322 *bis* e 346 *bis* importa l'interdizione perpetua dai pubblici uffici e l'incapacità in perpetuo di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio. Nondimeno, se viene inflitta la reclusione per un tempo non superiore a due anni o se ricorre la circostanza attenuante prevista dall'articolo 323 *bis*, primo comma, la condanna importa l'interdizione e il divieto temporanei, per una durata non inferiore a cinque anni né superiore a sette anni. Quando ricorre la circostanza attenuante prevista dall'articolo 323 *bis*, secondo comma, la condanna per i delitti ivi previsti importa le sanzioni accessorie di cui al primo comma del presente articolo per una durata non inferiore a un anno né superiore a cinque anni».

proceduto alla modifica dell'articolo 4-*bis* o.p., di cui si dirà a breve. L'attenzione per la lotta alla corruzione, che da tempo rappresenta un vero e proprio obiettivo del legislatore, dipende anche da quella che è stata definita una «grande bugia»⁹⁸, ovvero che la corruzione percepita e la corruzione reale sono coincidenti: si evidenzia un forte divario tra la percezione di molti fenomeni corruttivi e la realtà di poche pronunce di condanna. «Sarebbe, quindi, ora che il legislatore si concedesse un benefico letargo»⁹⁹. Ma il legislatore non si ferma e procede ad intervenire, nell'ambito dei reati contro la pubblica amministrazione, in varie branche del sistema penale sempre all'insegna dell'inasprimento sanzionatorio.

Con questa legge si vanno ad includere alcuni tra i più gravi delitti contro la pubblica amministrazione nell'elenco dei reati c.d. «assolutamente ostativi» ex articolo 4-*bis* ord. penit. volendo in tal modo (in base alla *voluntas legis*) conseguire la sicura carcerazione del reo¹⁰⁰. Alla base vi è sempre il paradigma della vendetta, del «fargliela pagare»¹⁰¹. Ciò che non viene per nulla considerato, in maniera contraria ai dettami costituzionali, è la finalità rieducativa della pena, ovvero quanto di più avulso dalla «neutralizzazione sociale»¹⁰² del reo. Non meno rilevanti sono gli effetti di appesantimento del sistema carcerario, dal momento che è presente un «espansionismo repressivo improntato alla “certezza della pena” intesa, in modo improprio, come “certezza del carcere” anziché come probabilità che l'autore di un reato sia scoperto e punito»¹⁰³. Volendo riferirci al nome con cui questo provvedimento è conosciuto nell'opinione pubblica, si può dire che «la legge che spazza è la traduzione mediatica del supposto canone della certezza della pena»¹⁰⁴, un canone assai caro ai movimenti populistici. L'inserimento dei più gravi reati contro la pubblica amministrazione all'interno dei reati ostativi di cui all'art. 4-*bis* o.p. e anche le modifiche apportate al regime delle pene accessorie e del patteggiamento ad opera della medesima normativa non migliorano l'efficienza del sistema penale, dal momento che probabilmente nessuno ricorrerà al patteggiamento sapendo che comunque finirà in carcere; tale modifica

⁹⁸ E. AMATI, *L'enigma penale*, cit., 176.

⁹⁹ S. CASSESE, *La corruzione sviscerata*, Il Sole 24 Ore Domenica, 6 maggio 2018.

¹⁰⁰ A tal proposito cfr. Corte cost., sent. 26 febbraio 2020, n. 32, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato illegittima la l. 3/2019 («spazzacorrotti»), nella parte in cui estende ad alcuni reati contro la P.A. le preclusioni previste dall'art. 4-*bis* ord. penit., a soggetti condannati per reati commessi prima della entrata in vigore della stessa legge. La Corte ha affermato che «Se al momento del reato è prevista una pena che può essere scontata “fuori” dal carcere ma una legge successiva la trasforma in una pena da eseguire “dentro” il carcere, quella legge non può avere effetto retroattivo. Tra il “fuori” e il “dentro” vi è infatti una differenza radicale: qualitativa, prima ancora che quantitativa, perché è profondamente diversa l'incidenza della pena sulla libertà personale».

¹⁰¹ C. SOTIS, *Il diritto penale*, cit., 9.

¹⁰² E. AMATI, *L'enigma penale*, cit., 153.

¹⁰³ E. AMATI, *L'enigma penale*, cit., 153.

¹⁰⁴ D. PULITANÒ, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 3, 236.

definita «carica di significato simbolico e di ricadute pratiche»¹⁰⁵, ha anche un significativo risvolto processuale ovvero l'impossibilità di ottenere la sospensione dell'ordine di esecuzione prevista dal 656, n. 5 c.p.p. in base al comma 9 del medesimo articolo. Il risultato dell'«incarcerazione comunque»¹⁰⁶, che ha appunto carattere derogatorio rispetto alla disciplina generale, precede il vaglio riguardante i presupposti di applicabilità di una misura alternativa che in astratto potrebbe essere applicata e per tali ragioni è legittimo porre dei dubbi sulla compatibilità della normativa con gli articoli 3 e 27 della Costituzione.

Un altro risultato, sicuramente discutibile, della legge in analisi è stato il blocco della prescrizione con la pronuncia di primo grado anche nei casi di assoluzione dell'imputato che sembra confliggere con basilari principi della Carta costituzionale e appare contestualmente non in grado di raggiungere l'obiettivo perseguito dell'eliminazione dell'effetto estintivo garantito dalla prescrizione. Questa innovazione risponde a quell'esigenza di imporre una moralizzazione, che è un carattere tipico del populismo: «moralizzare vuol dire guardare al reo più che al fatto; e prima ancora all'imputato e all'indagato, sacrificando la presunzione di non colpevolezza sull'altare del colpevolismo dell'opinione pubblica»¹⁰⁷. In tale ottica la sentenza di primo grado sarà equiparata ad una sentenza definitiva e così il condannato in primo grado – che dovrebbe essere considerato presunto innocente – dovrà sopportare un giudizio di biasimo da parte del popolo¹⁰⁸. Anche il CSM ha affermato che «la prescrizione del reato risponde a un principio di economia dei sistemi giudiziari: lo Stato rinuncia a perseguire l'autore di un reato quando sia trascorso dalla sua commissione un periodo di tempo di regola lungo e proporzionale alla sua gravità [...]; a sistema giudiziario invariato, non può inoltre escludersi che i gradi di giudizio successivi al primo, all'esito del quale interverrà la causa di sospensione della prescrizione, si svolgano più lentamente che in passato, venendo meno uno dei principali fattori che determinano, di norma, un'accelerazione dei tempi di definizione dei processi, legato al pericolo di prescrizione del reato *sub iudice*»¹⁰⁹. Questo meccanismo è destinato a produrre conseguenze negative per gli imputati, per le vittime ma anche per lo Stato e sembra essere, per tali motivi, frutto di una riforma non efficiente e anzi controproducente rispetto agli obiettivi che intende

¹⁰⁵ V. MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, *Dir. pen. con.*, 2019, 2, 107.

¹⁰⁶ D. PULITANÒ, *Tempeste sul penale*, cit., 239.

¹⁰⁷ Così E. AMATI, *Insorgenze populiste*, cit.

¹⁰⁸ Analogamente v. V. E. AMODIO, *A furor di popolo*, cit, 103 in cui si afferma che «l'estinzione del reato per decorso del tempo è considerata come una scappatoia per l'imputato che teme la pena e si ripara dietro il comodo scudo della giustizia fuori tempo massimo, ben felice di poter incassare un proscioglimento che di fatto è una semicondanna.»

¹⁰⁹ CSM, *Parere sul testo del disegno di legge AC 1189*, *Pratica num. 39/PA/2018*, 19 dicembre 2018.

perseguire. Proprio in tale ambito, è intervenuta la riforma Cartabia¹¹⁰ (legge 4 ottobre 2021, numero 134): la Commissione Lattanzi - istituita con D.M. 16 marzo 2021, atta ad elaborare proposte di riforma in materia di processo e sistema sanzionatorio penale, nonché in materia di prescrizione del reato, tramite la formulazione di emendamenti al citato D.D.L. A.C. 2435, recante Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le Corti d'Appello - ha trattato la materia da un angolo visuale diverso, ovvero muovendo dal problema della durata irragionevole dei processi: l'idea da cui si partiva era quella per cui «bisogna intervenire a monte, e cioè sul rispetto della ragionevole durata, per fare sì che la prescrizione cessi di essere un problema a valle»¹¹¹. All'esito di una difficoltosa mediazione politica, il risultato ottenuto dal Governo (e poi approvato dal legislatore) è consistito nella differenziazione tra prescrizione del reato e improcedibilità dell'azione penale per mancato rispetto dei termini in fase di impugnazione, istituto totalmente nuovo per il diritto processuale penale italiano.

Le conclusioni che si possono trarre dalla rassegna di questi provvedimenti di carattere eminentemente simbolico è che frequentemente accade, nella produzione legislativa odierna, che la paura del crimine (spesso provocata artatamente) realizza due archetipi del simbolismo penale: la necessità di prevedere delle fattispecie sbandierate come assolutamente indispensabili e contestualmente l'aumento delle sanzioni edittali, nel minimo o nel massimo. «Il messaggio veicolato all'opinione pubblica deve essere semplice e ad alto impatto emozionale [...]: la legge non è più il risultato del dibattito parlamentare tra esponenti della maggioranza e dell'opposizione e del confronto con rappresentanti delle varie componenti politiche e sociali. In un tale orizzonte complessivo trovano spazio con maggiore facilità costruzioni semplificate, a diverso titolo, delle fattispecie, aventi lo scopo di offrire un messaggio all'opinione pubblica o, semplicemente, di permettere, senza altra

¹¹⁰ La nuova normativa prevede l'introduzione nel codice di procedura penale dell'art. 344 *bis* c.p.p.: tale norma agisce da correttivo alle modifiche apportate dalla riforma Bonafede e introduce l'istituto dell'improcedibilità dell'azione cioè una prescrizione processuale operante nei giudizi di impugnazione. Questo meccanismo procedurale opera qualora il giudizio di appello e quello in Cassazione non vengano definiti entro specifici termini previsti dalla stessa norma. In particolare, nel caso in cui il giudizio di appello non sia definito decorsi 2 anni, dai 90 giorni successivi al termine previsto per il deposito della sentenza di primo grado (ovvero dal termine conseguente alla proroga prevista dall'art. 154 disp. att. c.p.p.). Mentre, rispetto al giudizio in Cassazione, nel caso in cui lo stesso non venga definito entro il termine di un anno, dopo che siano decorsi 90 giorni dal termine previsto per il deposito della sentenza di secondo grado (ovvero dal termine conseguente alla proroga prevista dall'art. 154 disp. att. c.p.p.). Tali termini possono essere prorogati qualora si tratti di procedimenti di particolare complessità (per numero di imputati, di imputazioni o di questioni, di fatto o di diritto, da trattare), mentre la disciplina della improcedibilità non si applica nei procedimenti per i delitti puniti con l'ergastolo, anche come effetto dell'applicazione di circostanze aggravanti.

¹¹¹ Tali parole sono di M. GIALUZ, J. DELLA TORRE, P. SEVERINO, cit., 351 e sono riferite alla "filosofia" adottata dalla Commissione Lattanzi.

velleità progettuale, l'intervento su date situazioni da parte della magistratura penale. È irrilevante la qualità della descrizione di una qualche fattispecie giuridica, perché si cerca la mobilitazione emotiva delle masse»¹¹².

Nella temperie populistica viene per tali ragioni sacrificato il principio di legalità che viene svuotato di contenuto dato che non può più esplicitare la sua funzione garantista: «non esprime più il modo di formazione dialettico e democratico della fonte stessa e il controllo politico e sociale suoi contenuti»¹¹³.

Un ultimo aspetto da considerare è quello concernente il rapporto tra lo Stato e la vittima con il primo che «non si sostituisce più alle vittime ma si identifica con esse, se non altro per scongiurare qualsiasi “complicità” sospetta con il reo»¹¹⁴. Nella retorica populista, vittimocentrica, la vittima è la chiave¹¹⁵: essa verrà, per tali motivi, privilegiata – con l'amplificazione degli strumenti mediatici - e come conseguenza si giustificheranno e legittimeranno sentimenti di vendetta e risentimento. Ciò che da ultimo si può sottolineare è che in realtà un approccio parimenti rispettoso del ruolo della vittima e dell'esperienza vissuta dalla stessa a seguito della commissione di un fatto di reato può essere conseguita, in maniera maggiormente rispettosa dei principi del diritto penale liberale e più utile rispetto ai fini che si intendono conseguire, tramite l'utilizzo di strumenti quali la giustizia riparativa. Il Governo attualmente in carica si sta muovendo in tale direzione¹¹⁶ ed è la strada che si auspica venga perseguita al fine di raggiungere un equilibrio ideale tra l'interesse di tutela della vittima e il pieno rispetto dei principi costituzionali che reggono il sistema penale.

¹¹² E. AMATI, *L'enigma penale*, cit., 179.

¹¹³ E. AMATI, *L'enigma penale*, cit., 180.

¹¹⁴ E. AMATI, *L'enigma penale*, cit., 184.

¹¹⁵ Per un'efficace descrizione del conflitto tra le garanzie costituzionali e l'ideologia della vittima attraverso un dialogo immaginario tra «diritti e «vittima» cfr. D. SALAS, *Il populismo penale, una malattia delle democrazie*, in <https://insorgenze.net>, 13 luglio 2008.

¹¹⁶ Cfr. E. ANTONUCCI *Combattere il populismo penale con la giustizia riparativa: il buon metodo Cartabia*, Il Foglio, 15 dicembre 2021 in cui si afferma «giustizia riparativa significa passare dalla logica della vendetta alla logica del dialogo, dalla punizione alla riconciliazione. Una svolta culturale per un paese come il nostro, abituato dai tempi di Tangentopoli ad affrontare le vicende giudiziarie invocando la gogna per indagati e imputati».

4. *Il populismo penale all'interno della crisi del diritto penale liberale*

La temperie culturale populistica ha trovato l'*humus* ideale in un momento di difficoltà, *rectius* di vera e propria crisi, delle fondamenta che reggono la materia penale sin dal periodo illuministico¹¹⁷. È stato acutamente osservato che «il “modello” di diritto penale che si affaccia negli itinerari più recenti [...] sembra rispondere ad un paradigma non solo distante ma radicalmente distinto rispetto a quello tradizionale, sino a profilare un vero e proprio “mutamento di paradigma”»¹¹⁸. La costruzione del diritto penale, che possa dirsi pienamente liberale¹¹⁹ nel senso di costituire la *Magna Charta* del reo ed essere inteso come «scienza dei limiti», dovrebbe «sempre rispondere ad un progetto di riforme razionali, non agli umori

¹¹⁷ Chiaro sul punto G. INSOLERA, *Colpe e rimedi*, cit. che afferma «nella storia della Repubblica, forse mai come oggi, una torbida crisi della democrazia liberale ha avuto come bersaglio principale il sistema di giustizia penale nel suo complesso». Un autorevole contributo è stato fornito da un importante documento redatto dall'UNIONE DELLE CAMERE PENALI ITALIANE, *Manifesto del diritto penale liberale e del giusto processo*, 2019 in cui si legge «l'idea di promuovere il concepimento e la scrittura di un “Manifesto del Diritto Penale Liberale e del Giusto Processo” nasce certo in una peculiare contingenza politica - l'avvento dei populistici al governo del Paese - ma affonda le sue radici nella assai più risalente crisi del garantismo penale. La crisi dei principi fondamentali del diritto penale, espressa dal profondo divario tra il sistema normativo delle garanzie e l'effettivo funzionamento del sistema punitivo costituisce, infatti, come è noto, oggetto di riflessione e di analisi filosofica e giuridica da molti lustri».

¹¹⁸ V. MANES, in *Diritto penale*, cit., 87. A considerazioni analoghe giunge F. PALAZZO, in *Il volto del sistema penale e le riforme in atto*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 1, 9 in cui afferma che «il volto che sta assumendo il nostro sistema penale comincia ad allontanarsi da quello delineato dalla Costituzione. E questa distanza che si viene allargando è ancor più grave dei puntuali contrasti con i parametri costituzionali, che pur ci sono. Anche perché in questa situazione per così dire più diffusa sono resi assai più difficili gli interventi demolitori o correttivi della Corte costituzionale, che potrebbe alla fine essere trascinata sull'infido terreno del confronto ideologico. E che sia un problema culturale prima e più che di puntuale legittimità costituzionale sembra invero confermato dalla mobilitazione appunto culturale che sembra avviarsi in queste ultime settimane nel mondo penalistico».

¹¹⁹ Al fine di fare chiarezza su ciò che si intende con la nozione di «diritto penale liberale» è utile rifarsi a G. FIANDACA, *Intorno al diritto penale liberale*, in *disCrimen*, 10 giugno 2019 che argomenta «non appare certo casuale che l'espressione “diritto penale liberale” sia nella sua genesi impiegata in particolare per alludere ad un tipo di diritto penale che affonda le radici nel pensiero illuminista, e che poi riceve consacrazione legislativa nei codici ottocenteschi dell'età cosiddetta liberale. [...] In questo orizzonte storico, diritto penale liberale equivale dunque a un diritto penale ispirato ai (o coerente coi) valori di un ordinamento politico-giuridico definibile – appunto – liberale. [...] Ora, cercando di guardare più da vicino a questo diritto penale solitamente definito liberale, possiamo con larga approssimazione rintracciarne i prevalenti tratti identitari, sul piano dei principi fondanti di matrice illuministica, nelle caratteristiche seguenti: prevalenza della dimensione legislativa rispetto a quella giudiziaria (principio di legalità comprensivo del principio di tassatività della fattispecie); separazione tra religione, morale e diritto (con conseguente distinzione tra reato e peccato o immoralità) ed esclusione dell'atteggiamento interiore dell'autore dai presupposti dell'illecito penale; identificazione del reato con un fatto materiale socialmente dannoso, vale a dire lesivo di diritti o di concreti interessi altrui; subordinazione della punibilità del fatto al dolo o alla colpa; prevalente finalità preventiva della pena (anche se non mancano autori che ritengono più compatibile con una prospettiva liberale la finalità retributiva, in quanto più rispettosa della libertà morale del singolo delinquente); rapporto di proporzione tra entità della pena e gravità del reato, unitamente a una tendenza alla mitigazione e umanizzazione degli strumenti punitivi; ricorso al diritto penale in termini di stretta necessità; [...] si può rilevare che i suddetti tratti identitari rispecchiano i nuclei essenziali di alcuni principi fondamentali del garantismo di marca appunto liberale: legalità e tassatività delle incriminazioni; materialità, offensività e colpevolezza quali presupposti della responsabilità penale; *extrema ratio* quale criterio orientativo di politica criminale. Si tratta infatti, nell'insieme, di principi accomunati dalla preoccupazione di mettere al riparo la libertà e gli altri diritti individuali da un uso arbitrario, imprevedibile e smodato del potere punitivo».

variabili e suggestionabili della doxa dominante»¹²⁰. Ciò che rende condivise e condivisibili le scelte di politica criminale è soprattutto la «loro maggiore o minore conformità a criteri di fondatezza empirico-scientifica intersoggettivamente verificabili e, perciò, sottratti alla logica della mera discrezionalità politica»¹²¹; dunque, la progettazione del diritto penale dovrebbe avere alla propria base un controllo fattuale scaturente dagli apporti di diverse discipline e anche della prassi giudiziaria e operativa delle forze dell'ordine. Oggigiorno, come risulterà chiaro, i provvedimenti normativi non hanno un solido fondamento empirico, ma fanno leva su una presunta volontà popolare, su requisiti emozionali quali la paura e la percezione dell'insicurezza che evidentemente non possono essere verificate e provate scientificamente. Come conseguenza naturale, «descrizione della fattispecie, tipo e misura della sanzione dipendono solo dal messaggio che si vuole lanciare, non per stabilire un'equa punizione, ma per acquisire consenso davanti all'opinione pubblica [...]. Ne deriva l'alterazione della proporzione tra gravità oggettiva del reato ed entità della sanzione e l'ingresso in campo di nuove gerarchie di valori, spesso irragionevoli perché dettate dallo spirito del tempo, dalla convenienza politica, dalle pressioni dei *social*»¹²².

Le motivazioni che, pare, sono alla radice di questa evoluzione patologica sono anche di matrice culturale: come è stato fatto notare¹²³, vi è una generalizzata mancanza di conoscenza delle questioni giuridiche anche da parte degli intellettuali, la quale costituisce terreno fertile per la crisi del pensiero liberale attorno al diritto penale e l'affermazione di populismi di vario tipo: «È fatale che valutazioni e preoccupazioni di carattere extragiuridico finiscano col prendere il sopravvento. Ed è questo anche un motivo che contribuisce a spiegare come mai fenomeni di populismo giudiziario più o meno marcato continuino a beneficiare del consenso di gruppi e movimenti di opposizione politica e/o di vocazione giustizialista, nonostante si tratti di fenomeni che contrastano vistosamente con i principi fondamentali di una democrazia costituzionale degna di questo nome»¹²⁴.

Dunque, il sistema democratico sta vivendo una stagione problematica e tali mutamenti si riflettono anche sull'equilibrio tra i poteri dello Stato e «se si incrinano i rapporti di forza

¹²⁰ E. AMATI, *L'enigma penale*, cit., 151, 2020.

¹²¹ In questi termini v. G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 36, *Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli)*, Giuffrè, Milano, 2007, 1259.

¹²² L. VIOLANTE, *L'infuasto riemergere del tipo d'autore*, in *Quest. giust.*, 2019, 1, 101.

¹²³ G. FIANDACA, *Populismo politico*, cit., 111.

¹²⁴ G. FIANDACA, *Populismo politico*, cit., 111. Del medesimo avviso è anche M.L. FERRANTE, *Il pericolo del populismo penale nelle sue varie forme*, in *«dirittifondamentali.it»*, 2017, 33 il quale asserisce, relativamente alle diverse forme di populismo, «appare perciò necessario contrastare in maniera energica queste forme distorsive, che rischiano di trasformare una sia pur imperfetta democrazia in una oligarchia, *rectius* tecnocrazia. Strumento necessario a tal fine è la diffusione di una cultura delle garanzie costituzionali che allo stato attuale spesso manca anche fra le persone istruite, e che costituisce un efficace antidoto rispetto alle derive populiste».

tra potere politico-rappresentativo e potere giudiziario e se a questa trasformazione si aggiunge una tradizione illiberale nella quale in tanti si riconoscono – favorita anche dalla esaltazione degli “stati nervosi” del cittadino da parte dei “partiti digitali” che esaltano l’orizzontalità dei rapporti con gli utenti – non stupisce l’elevato consenso di cui gode un legislatore-inquisitore»¹²⁵.

La degenerazione del sistema penale, dunque, segue la degenerazione dei principi cardinali dello Stato di diritto che si sono venuti sfaldando per una serie di ragioni¹²⁶, tra le quali vanno sicuramente annoverate la sempre più frequente utilizzazione di atti normativi d’urgenza (decreto-legge e decreto legislativo), «attraverso un ricorso pressoché ordinario a ragioni di necessità ed urgenza solo apparenti, o a deleghe legislative costituenti autentiche cambiali in bianco in favore del Governo, con conseguente svuotamento della funzione sovrana del Parlamento e di ogni effettiva potestà di controllo della minoranza parlamentare sulla maggioranza di governo»¹²⁷; ancora, il principio di legalità sta vivendo il momento di maggior crisi «ad opera di una inarrestabile ipertrofia del potere giudiziario di interpretazione (“estensiva”, “teleologica”, “adeguatrice”) della norma penale»¹²⁸; da ultimo, un significativo ruolo lo ha avuto l’alterazione del processo penale da ambito di cognizione del fatto criminoso e della responsabilità del singolo a mezzo tramite cui il potere pubblico agisce sui conflitti sociali, al fine di tutelare i cittadini.

Ebbene, la crisi delle radici liberali del diritto penale apre la strada ai fenomeni populistici: le fondamenta del diritto penale vengono ribaltate. «Dal “diritto penale minimo” si è appunto, giunti al “diritto penale massimo”; dalla tipicità/tassatività/legalità del fatto previsto come reato alla norma “elastica” da affidare al diritto penale giurisprudenziale; dalla predeterminazione del fatto previsto come reato alla (mera) “prevedibilità” del fatto-reato; dalla presunzione di innocenza alla “presunzione” di colpevolezza; dall’ *in dubio pro reo* all’ *in dubio pro republica*; [...] le odierne politiche penali populiste non si preoccupano di eventuali garanzie per il reo (altro che diritto penale come “*Magna Charta* del reo” come voleva von Liszt), ma tendono proprio a sacralizzare la vittima»¹²⁹. Dunque, ciò che ne residua è un diritto penale “massimo” che diventa (anche) “totale”¹³⁰ dal momento che il diritto penale pervade praticamente ogni aspetto della vita sociale sull’assunto che possa

¹²⁵ E. AMATI, *L’enigma penale*, cit., 284.

¹²⁶ Per una, autorevole, rassegna integrale cfr. UNIONE DELLE CAMERE PENALI ITALIANE, *Manifesto*, cit.

¹²⁷ UNIONE DELLE CAMERE PENALI ITALIANE, *Manifesto*, cit.

¹²⁸ UNIONE DELLE CAMERE PENALI ITALIANE, *Manifesto*, cit.

¹²⁹ N. MAZZACUVA, *Dal “Populismo giudiziario”*, cit.

¹³⁰ F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, Bologna, 2019.

essere la panacea di tutte le ingiustizie e i mali sociali: è l'ennesima conferma della distanza che sussiste con il pensiero dei maestri della materia penalistica, se solo si pensa all'illuminante affermazione di Francesco Carrara secondo cui «la pazza idea che il giure punitivo debba estirpare i delitti dalla terra conduce nella scienza penale alla idolatria del terrore»¹³¹.

4.1. *Il ruolo dei “mass media”*

Il contributo che nella crisi del diritto penale liberale hanno avuto i mass media, come sarà ancora più chiaro successivamente¹³², è di straordinaria rilevanza e per tale ragione merita di essere, pur in via cursoria, approfondito. Tale dirompente ruolo dei mezzi di comunicazione è legato a doppio filo con l'introduzione, nel 1988, del codice di procedura penale il quale – è noto - ha individuato nel dibattito il luogo della formazione della prova¹³³: al fine di rendere effettiva questa scelta, è stato previsto il divieto di diffusione della documentazione investigativa e di pubblicazione di atti o immagini e regole *ad hoc* sulla formazione dei fascicoli processuali.

Però, nella medesima contingenza storica, l'intero sistema penale ha subito una rivoluzione e il baricentro, come conseguenza patologica, è tornato inesorabilmente verso la fase delle indagini. Sono molteplici i fattori che hanno influito su questo «silenzioso mutamento, quello derivante dalla strettissima simbiosi che si è venuta a creare tra la magistratura e il potere dei media»¹³⁴: *in primis* la cosiddetta «notiziabilità»¹³⁵ del fenomeno nella prospettiva della ricerca del capro espiatorio; inoltre è stata data grande importanza ai momenti di comunicazione della magistratura inquirente con l'opinione pubblica tramite lo strumento delle «conferenze stampa delle Procure della Repubblica assistite da alti ufficiali

¹³¹ Così F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, (Parte speciale), 1859, Firenze, 1907, X, I, 22.

¹³² Il riferimento è al Capitolo 3, interamente dedicato al rapporto tra mass media e processo penale.

¹³³ In tal senso, per un'opinione autorevole, cfr. UNIONE DELLE CAMERE PENALI ITALIANE, *Manifesto*, cit. in cui si ribadisce che «prima della condanna definitiva, la cronaca giudiziaria deve mantenersi entro binari rispettosi della presunzione d'innocenza: essa deve informare sul processo, non allestirne uno parallelo ad uso e consumo dei mass media».

¹³⁴ E. AMATI, *L'enigma penale*, cit., 34. Tale dinamica è stata anche definita «fattore M» M. CALISE, *La democrazia del leader*, Laterza, Roma-Bari, 2016.

¹³⁵ E. AMATI, *L'enigma penale*, cit., 35.

dei corpi di polizia, spesso privi della qualifica di ufficiale di polizia giudiziaria, ma forniti di una indubbia autorevolezza»¹³⁶; ancora, di grande rilievo è stata «la sapiente fornitura ai mezzi di comunicazione e all'opinione pubblica di documenti accusatori "inoppugnabili"; le fluviali motivazioni dei provvedimenti restrittivi della libertà personale, con molte pagine dedicate alla trascrizione integrale di intercettazioni spesso ininfluenti ai fini delle indagini ma idonee a fornire prova della indegnità morale dei personaggi chiamati in causa»¹³⁷.

Il ruolo dei mass media è parimenti rilevante nella «proiezione massmediatica della vicenda penale, che – se vogliamo – è essa stessa ulteriore pena, per di più preventiva perché ha il suo baricentro nella fase delle indagini»¹³⁸. Tutto ciò ha dei risvolti nella spettacolarizzazione delle vicende processuali dal momento che anche la modalità con cui si valutano i fatti non sono adeguatamente ponderate quanto piuttosto volte ad appagare l'interesse dello «spettatore-fruitori»¹³⁹. Per tali ragioni il sistema penale, oggi, deve fare i conti anche con «la gestione del processo o, più in generale, della vicenda umana da esso scaturente, nella prospettiva strettamente massmediatica»¹⁴⁰. Il maggiore successo riscosso dalla narrazione, alterata, che fanno i media del processo rispetto ad una cronaca fedele ai tempi e ai modi della giustizia deriva dalla circostanza per cui l'informazione e la giustizia hanno delle tecniche espressive e dei tempi diversi: «la narrazione dei media ha un linguaggio semplice, diretto ed emotivo, punta al sensazionalismo [...] il linguaggio della giustizia è un linguaggio freddo, tecnico, propone un ragionamento spesso complesso che intreccia regole logiche e giuridiche. [...] A ciò si aggiunga che la cronaca giudiziaria è spesso corredata da immagini che instaurano con il testo una subliminale sintassi di forte capacità comunicativa»¹⁴¹. L'informazione e la giustizia inoltre hanno dei "ritmi" differenti: «la prima obbedisce alle scansioni del calendario, anzi sempre più a quelle dell'orologio, e misura la sua qualità sulla capacità di interporre il minor tempo possibile tra l'evento e la sua narrazione; la seconda segue il ritmo imprevedibile delle indagini e del processo,

¹³⁶ L. VIOLANTE, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, *Criminalia*, 203, 2014.

¹³⁷ L. VIOLANTE, *Populismo*, cit., 203. L'Autore afferma, inoltre, che «è evidente che il giudizio di indegnità morale è estraneo ai compiti e alle responsabilità della giurisdizione. Per tali vie si costruisce una verità che si ferma ai documenti presentati dall'accusa. Ma il dato emergente è che si costruisce una tesi, accusatoria o assolutoria, sulla base di pochi elementi, senza conoscere l'intero processo, sulla base di valutazioni aprioristiche, parziali e spesso superficiali. Il fine è lo spettacolo, non la verità».

¹³⁸ A. F. TRIPODI, *Dal diritto penale della paura*, cit., 268.

¹³⁹ A. F. TRIPODI, *Dal diritto penale della paura*, cit., 268.

¹⁴⁰ A. F. TRIPODI, *Dal diritto penale della paura*, cit., 268.

¹⁴¹ G. GIOSTRA, *Riflessi della rappresentazione mediatica sulla giustizia "reale" e sulla giustizia "percepita"*, in *Leg. pen.*, 2018, 9, 4.

misurando la sua qualità sulla capacità di assicurare la migliore ponderazione possibile nel passaggio dall'ipotesi di un evento al giudizio sulla sua fondatezza»¹⁴².

Questi patologici rapporti si sono accentuati negli ultimi anni comportando il maggior favore e consenso sociale per le notizie immediate, rapide e che – nei limiti del possibile – dipingano l'indagato come colpevole ma anche la perdita di importanza delle cadenze processuali, le quali hanno dei tempi percepiti come “geologici”. Ciò che prevale è «l'incalzante rapidità dell'informazione»¹⁴³. La notizia è un prodotto di effimero valore dal momento che di notizie si viene sommersi ed è difficile districarsi in tale confuso scenario; stante tale rapidità, è conseguenza naturale che «i riflettori mediatici si possono attardare soltanto sulle primissime indagini»¹⁴⁴. Dunque, è chiaro, da queste brevi e preliminari considerazioni, che le modalità con cui si producono informazioni hanno un impatto relevantissimo sull'incedere dei procedimenti penali nelle aule di giustizia e, per tali ragioni, è estremamente importante che l'informazione giudiziaria sia sobria, essenziale e soprattutto di qualità.

4.2. *La Corte costituzionale come argine*

Si può affermare che «a fronte di un diritto penale sempre più disarticolato dalle sue premesse fondative liberali, un ruolo centrale è ovviamente giocato dalla Corte Costituzionale, alla quale si chiede sempre più spesso di riaffermare i principi fondamentali in materia penale»¹⁴⁵: è in questo modo che tale organo istituzionale, che può essere annoverato tra le istituzioni contro-maggioritarie¹⁴⁶ – insieme al Presidente della Repubblica e all'ordine giudiziario in senso lato -, può fungere da “argine” contro l'impeto del populismo. La Corte svolge un ruolo di preminente importanza dal momento che è, a volte,

¹⁴² G. GIOSTRA, *Riflessi della rappresentazione mediatica*, cit., 4.

¹⁴³ G. GIOSTRA, *Riflessi della rappresentazione mediatica*, cit., 4.

¹⁴⁴ G. GIOSTRA, *Riflessi della rappresentazione mediatica*, cit., 4.

¹⁴⁵ E. AMATI, *L'enigma penale*, cit., 292. Nello stesso senso cfr V. MANES, in *Diritto penale no-limits*, cit., 95 il quale asserisce «in un quadro così scomposto, e a fronte di un diritto penale sempre più disarticolato dalle sue premesse fondative liberali, l'unico freno ad una tale deriva è quello che tenta di opporre la Corte costituzionale, con decisioni che – sintomaticamente – interpellano sempre più spesso, di recente, principi fondamentali, riaffermati con forza e rigore indubbiamente inconsueti».

¹⁴⁶ Dell'importanza di tali istituzioni è conscio M. BARBERIS, *Dal populismo digitale si guarisce? Tre possibili rimedi*, in *"Ragion pratica, Rivista semestrale"*, 2020, 1, 13 che afferma «la seconda cosa da fare per difendere la democrazia è appunto impedire ai governi populistici di occupare istituzioni contro-maggioritarie come magistratura, Presidenza della Repubblica, autorità indipendenti. È all'autonomia di queste istituzioni che sono appese le sorti delle democrazie consolidate ma ancor più di democrazie meno solide, come quella italiana. La democrazia produce pace e benessere non grazie alla regola di maggioranza, ma proprio in virtù delle istituzioni contro-maggioritarie».

chiamata a vagliare la compatibilità con la Costituzione dei provvedimenti legislativi populistici potendo così, nella maggior parte dei casi, ricondurli sui binari del rispetto dei diritti costituzionalmente garantiti.

L'azione della Corte si è misurata con diversi provvedimenti negli ambiti più disparati i quali spaziano dalla tutela di soggetti deboli a quella delle minoranze - quali i detenuti e gli immigrati - o ancora dalla materia degli stupefacenti¹⁴⁷ ai *market abuse*; non è questa la sede più adatta per addentrarsi nelle singole pronunce ma ciò che si può pacificamente asserire è che «nel complesso, pur a fronte di talune decisioni di segno diverso – e più “compromissorie” – l’approccio della Corte appare indubbiamente rigoroso, e sempre più impegnato nello sforzo di salvaguardare – o controbilanciare – le spinte deformanti»¹⁴⁸ cui è sottoposto il sistema penale oggigiorno. Alcune decisioni che hanno suscitato un significativo clamore nella collettività sono state quelle inerenti la concessione di benefici penitenziari a soggetti reclusi, ovvero l’applicazione di ordinarie regole del diritto penitenziario, cosa che ha provocato un’ondata di sgomento: ciò dipende dalla considerazione per cui il momento dell’espiazione pena – specie per gravi delitti – deve essere governato da criteri stringenti in un’ottica in cui la sicurezza della collettività è di gran lunga più importante dei diritti fondamentali delle persone (anche, e soprattutto, se detenute) che, nell’ottica populistica, hanno anche perso la loro dignità dopo la commissione di un reato. Per tale ragione, i detenuti meriterebbero delle sofferenze ulteriori alla privazione della libertà personale: «talvolta il “senso comune” – storica stratificazione dei pregiudizi – accetta come conseguenza naturale che la condanna alla detenzione implichi sofferenze ulteriori, oltre quelle, inevitabili, derivanti dalla mancanza di libertà. La Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell’uomo hanno ripetutamente contraddetto questa crudele convinzione “popolare”. [...] La prevalenza delle esigenze securitarie e di difesa sociale su ogni altro principio costituzionale ha introdotto, e continua ad introdurre, nel “senso comune” la convinzione che l’asprezza delle condizioni in cui si sconta la pena abbia un’efficacia dissuasiva supplementare rispetto alla misura detentiva, in sé e per sé considerata»¹⁴⁹.

Ciò non vuol dire che la Corte costituzionale debba essere insensibile a ciò che viene avvertito come pressante dalla società in un determinato momento storico ma, come ha

¹⁴⁷ In proposito cfr. E. ANTONUCCI, *Dalla Consulta arriva un segnale forte e chiaro contro il populismo penale*, Il Foglio, 8 marzo 2019.

¹⁴⁸ Cfr. V. MANES, in *Diritto penale no-limits*, cit., 97.

¹⁴⁹ G. SILVESTRI, *Corte costituzionale, sovranità popolare e “tirannia della maggioranza”*, in *Quest. Giust.*, 2019, 1, 26.

ribadito esemplarmente Giorgio Lattanzi¹⁵⁰, «la Corte è un giudice e da giudice deve comportarsi, anche quando, per il suo ruolo, sulla scena sociale e politica diventa necessariamente protagonista. È un protagonista che non deve mai trasformarsi in una parte. È importante che la Corte sia immersa nella società e sia consapevole delle idee, dei sentimenti e degli umori che si agitano ed eventualmente dominano nel Paese, ma non dipendere da questi nei suoi giudizi sulle leggi. Le sue direttrici la Corte non può che trarle dalla Costituzione e solo quelle direttrici deve seguire, avendo cura di evitare anche scostamenti momentanei dai principi costituzionali»¹⁵¹. Dunque, salvaguardare l'autonomia e la distanza di tale organo dall'agone politico è compito imprescindibile di ogni studioso del diritto penale: si è affermato, in tal senso, che «il primo rimedio al populismo penale è, allora, di tipo istituzionale o costituzionale e consiste nel difendere le istituzioni contro-maggioritarie distintive della liberaldemocrazia»¹⁵².

Che ruolo può, in tale frangente, ricoprire la Corte costituzionale? Può, davvero, essere un argine? Si può partire dalla considerazione per cui «l'opera di freno della Consulta – necessariamente e strutturalmente parziale, specie in un sistema a “controllo accentrato” – ha un margine di azione limitato, non solo perché dipende da una certa composizione della Corte e dall'autorevolezza, indipendenza ed equilibrio dei suoi giudici (e di chi è chiamato a sceglierli, direttamente o indirettamente); ma anche e soprattutto perché la Corte – è stato da tempo evidenziato – è pur sempre un «decisore politico nazionale», come tale non certo immune da condizionamenti»¹⁵³; poi bisogna tenere bene a mente che è necessario un avanzamento culturale dell'intero sistema e di tutti i poteri dello Stato così da poter, ugualmente, confidare che «nel contesto di una produzione penale sempre più compulsiva e sempre più indifferente ai principi costituzionali, invero, il nuovo baricentro giurisprudenziale sembra restituire alla valenza democratica (in passato assolutizzata) della riserva di legge, una rinvigorita forza garantista. L'orizzonte, insomma, è quello dove la “certezza dei diritti” sembra invadere prepotentemente la scena, ponendosi in posizione di assoluta centralità, ed imponendo un sindacato più penetrante: anche a costo di mettere in secondo piano la discrezionalità del legislatore e la stessa “certezza del diritto”»¹⁵⁴. La Corte

¹⁵⁰ G. LATTANZI, *Costituzione e carcere. Il “viaggio nelle carceri” della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 22 ottobre 2018.

¹⁵¹ Dello stesso avviso è G. SILVESTRI, *Corte costituzionale*, cit., 26 secondo cui «Il giudice costituzionale – come qualsiasi altro giudice – non cerca il consenso immediato di folle incattivite e rumorose, ma mantiene saldo il proprio ancoraggio ai principi, almeno sinché non venga messo a tacere con la forza o con leggi autoritarie».

¹⁵² E. AMATI, *L'enigma penale*, cit., 291.

¹⁵³ V. MANES, in *Diritto penale no-limits*, cit., 97.

¹⁵⁴ E. AMATI, *L'enigma penale*, cit., 298.

costituzionale è, fino a questo momento, rimasta distante dagli “umori” del popolo - che invece hanno prepotentemente assorbito gli organi legislativi e governativi – e si è orientata alla valorizzazione dei diritti in maniera armonica con la Carta Costituzionale: la speranza è che non venga anch’essa coinvolta in tali dinamiche e che la Consulta possa proficuamente proseguire con la sua attività di diffusione culturale nei confronti della collettività di temi quali il carcere e la pena; e che, contestualmente, possa riavviarsi quel cammino volto a rendere l’intero sistema penale pienamente conforme ai dettami costituzionali.

5. *Populismo penale e ruolo della magistratura*

La stagione populistica in Italia affonda le sue radici in delle vicende storiche e sociali che possono essere fatte risalire alla nozione di “populismo giudiziario”: si è affermato, come anticipato, che il populismo penale è nato in Italia con Tangentopoli¹⁵⁵ i cui eventi hanno visto come protagonisti, tra gli altri, tre importanti magistrati inquirenti, tre pubblici ministeri. Al fine di tratteggiare quello che si auspica possa essere il ruolo dei giudici - di merito e di legittimità, costituzionali e sovranazionali - rispetto alle politiche populiste, bisogna in via preliminare indagare su quello che storicamente è stato l’atteggiamento dell’ordine giudiziario nei confronti di tale fenomeno: è stato acutamente osservato, e da qui è utile muovere, che il populismo penale è «una espressione di “demagogia penalistica” equamente ripartita tra legislazione, politica e magistratura, dove la magistratura, che lo ha avviato, si assume anche il paradossale compito di contenerlo»¹⁵⁶. La stagione del populismo giudiziario, concetto utilizzabile con riferimento ai casi in cui «il magistrato pretende di assumere un ruolo di autentico rappresentante o interprete dei reali interessi e delle aspettative di giustizia del popolo (o della cosiddetta gente), al di là della mediazione formale della legge e altresì in una logica di supplenza se non addirittura di aperto conflitto con il potere politico ufficiale»¹⁵⁷ ha come “protagonista” il «magistrato-tribuno»¹⁵⁸, il quale si rapporta direttamente con i cittadini o con alcuni gruppi sociali dei cui interessi si fa portatore; in tale maniera, fa dipendere dal consenso sociale la bontà del suo agire innescando un meccanismo chiaramente patologico.

¹⁵⁵ M. DONINI, *Populismo penale*, cit., 4.

¹⁵⁶ M. DONINI, *Populismo penale*, cit., 13.

¹⁵⁷ G. FIANDACA, *Populismo politico*, cit, 105.

¹⁵⁸ G. FIANDACA, *Populismo politico*, cit, 105.

Un contributo fondamentale, nella crescita del populismo giudiziario, è stato fornito dai media i quali, in quel determinato momento storico, hanno fatto da cassa di risonanza delle pulsioni populiste: Tangentopoli ha rappresentato uno degli eventi simbolo della storia della Repubblica italiana ed ha avuto effetti “a lungo termine”, contribuendo all’ascesa di movimenti politici autenticamente populistici. L’atteggiamento di “sottomissione” della politica al potere giudiziario ha convissuto, in alcune fasi della vita politica del Paese, con un più o meno accentuato atteggiamento di competizione (se non di vera e propria contrapposizione) con la magistratura, talvolta alimentando un clima di legalismo anti-giudiziario e di “rivalsa” della legge sul giudice. Si può affermare che vi è un rapporto profondo e significativo tra potere politico e potere giudiziario nell’alveo del populismo, dato che nelle «legislature della legalità»¹⁵⁹ la magistratura è rappresentata come troppo morbida nella “lotta” alla criminalità (o, quantomeno, di alcuni tipi della stessa) ed insensibile alla domanda di sicurezza dei cittadini; il sentimento popolare di fondo, che emerge chiaro nella riforma della legittima difesa, è permeato dall’avversione nei confronti di questa eccessiva indulgenza e mancanza di severità¹⁶⁰ – cause dell’ineffettività del sistema penale – e questi meccanismi sono «un profilo costitutivo del populismo penale, consistente nella sfiducia nei confronti delle competenze tecniche e nella svalutazione di orientamenti normativi percepiti come esclusiva espressione di élite autoreferenziali»¹⁶¹.

«Il pubblico ministero o il giudice, come è proprio delle fasi populistiche, diventano magistrati di scopo»¹⁶² e vengono direttamente caricati di responsabilità – di dubbia natura – nel raggiungimento degli obiettivi voluti dal popolo. Il rapporto tra potere politico e potere giudiziario, un frangente in cui il potere politico tende a voler assumere un ruolo di protagonista nell’opera di “moralizzazione” della società, vive una nuova stagione nella quale accade che il primo trasmette al secondo – attraverso politiche penali «populistissime»¹⁶³ – messaggi di carattere intimidatorio. Ciò che caratterizza le politiche penali contemporanee è la necessità dell’esercizio concreto di un’azione repressiva: ciò significa presenza imponente del pubblico ministero (e, ancor prima, forze dell’ordine¹⁶⁴), il

¹⁵⁹ E. AMATI, *L’enigma penale*, cit., 69.

¹⁶⁰ J. SIMON, in *Il governo della paura.*, cit. afferma che il populismo penale considera i giudici «troppo teneri con la criminalità, complici dei criminali e dunque nemici delle vittime».

¹⁶¹ E. AMATI, *L’enigma penale*, cit., 70.

¹⁶² L. VIOLANTE, *L’infesto riemergere*, cit.

¹⁶³ La definizione è di C. SOTIS, *Il diritto penale*, cit., 8.

¹⁶⁴ Per la considerazione secondo cui «la visuale populista predilige la polizia non solo per la sua vicinanza, ma anche per la sua maggiore visibilità operativa che soddisfa il bisogno di violenza reattiva da parte dei cittadini. Le forze dell’ordine “puniscono” subito i criminali con gli arresti e le perquisizioni, non come i magistrati che hanno bisogno dei tempi lunghi per stabilire con il bilancino cosa si deve fare nei confronti di

quale affascina e conferisce sicurezza alle pulsioni popolari¹⁶⁵. Di questi meccanismi la lotta alla corruzione – come visto nel § 3 – è un esempio dato che si è proceduto ad eliminare la prescrizione, implementare la figura dell'agente infiltrato per colpire il “sommerso” della corruzione, ampliare il perimetro di utilizzo delle intercettazioni (anche attraverso i c.d. *Trojan*) e soprattutto ad aumentare le pene creando norme sempre più vaghe, cosicché il pubblico ministero può utilizzare tutte le misure cautelari a sua disposizione, aumentando nella collettività l'aspettativa della condanna. «Oggi il potere giudiziario è corteggiato e osteggiato. È corteggiato fin tanto che raggiunge l'effetto utile (nell'ottica “giustizia = condanna”); è osteggiato quando delimita la portata applicativa delle norme in chiave garantista e in senso conforme alla Costituzione o alla CEDU»¹⁶⁶.

Le radici di questi meccanismi patologici stanno nella crisi del principio fondante ogni democrazia liberale, ovvero la separazione dei poteri: la c.d. «disintermediazione»¹⁶⁷ può portare ad un'asimmetria non solo nei rapporti tra Parlamento e Governo ma – più in generale – nell'intera architettura istituzionale e così anche l'ordine giudiziario rischia di risultare coinvolto in questo spostamento delle direttrici istituzionali. Il rischio tangibile per la magistratura è, in conclusione e volgendo lo sguardo al futuro, che «dietro alla *nouvelle vague* politico-criminale vi sia una implicita – e forse perseguita – deresponsabilizzazione della politica e, parallelamente, una iper-responsabilizzazione della magistratura. [...] In filigrana, si intravede dunque una progressiva e pericolosa sovraesposizione della giurisdizione che – non è difficile prevederlo – comporterà, prima o dopo, un fatale *redde rationem*, dove la magistratura – avuta “carta bianca” nel contrasto alla criminalità – sarà chiamata a dare conto dei risultati conseguiti – e/o degli obiettivi (eventualmente) mancati – alla politica o, forse peggio, alla “folla in tumulto”; e dove il giudice vedrà abbandonate le sue decisioni, sempre più, al “bacchanale delle opinioni”, senza più il riparo del bagaglio tecnico di garanzie e principi che le guidano e proteggono: garanzie e principi volti da un lato, a neutralizzare la fallibilità del decidere e a proteggere la sfera di libertà dei singoli, ma

un indagato in manette. Infine, la polizia fa battere di più il cuore di leghisti e pentastellati perché non si lascia andare al buonismo dei magistrati. Accade anzi – questo l'adagio popolare – che mentre il poliziotto mette i ferri ai polsi dell'arrestato, il magistrato, pubblico ministero o giudice, trova spesso il cavillo che conduce a rimetterlo in libertà consentendogli di riprendere la sua attività criminosa» v. E. AMODIO, *A furor di popolo*, cit., 139.

¹⁶⁵ Alcuni magistrati inquirenti hanno fatto proprio lo stile comunicativo tipico dei populistici e, dal momento che tali soggetti ricoprono delle posizioni di carattere istituzionale e dispongono della forza della coercizione, hanno contribuito a dare risalto mediatico alle pulsioni, talvolta vendicative, del popolo. Per considerazioni analoghe, che hanno fatto parlare di «populismo mediatico», v. L. ORSI, *Istantanee del populismo*, cit.

¹⁶⁶ E. AMATI, *Insorgenze populiste*, cit.

¹⁶⁷ E. AMATI, *L'enigma penale*, cit., 191.

tesi, dall'altro ed al contempo, a garantire appunto l'accettazione sociale della sentenza di condanna o di assoluzione»¹⁶⁸.

È d'uopo, considerando quanto detto, interrogarsi su quale possa essere il ruolo della magistratura nei confronti dei fenomeni populistici: l'assunto, paradossale, da cui muovere è che «se in Italia, da un lato, il populismo politico trova la sua genesi nel populismo giudiziario, dall'altro, proprio le giurisdizioni ordinarie, costituzionali ed europee sembrano oggi rappresentare l'ultima difesa contro l'involuzione autoritaria del diritto penale contemporaneo»¹⁶⁹. Ebbene, il ruolo del giudice risulta essere di fondamentale rilevanza dal momento che ogni membro dell'ordine giudiziario nella sua attività quotidiana, allontanandosi dagli umori del popolo e rigettando le pulsioni vendicative pure pressanti, può e deve svolgere un ruolo di carattere quasi pedagogico nel recupero della dimensione più garantistica del diritto penale, in maniera armonica con la Carta costituzionale. «Il giudice è dunque una sorta di vivente antidoto contro ogni pretesa di segno populista di condizionare impropriamente la giustizia e le altre istituzioni di controllo e di garanzia. E tale dovrà rimanere anche nella stagione del populismo trionfante»¹⁷⁰: è una affermazione forte e da tenere bene a mente perché bisogna sempre considerare che, sebbene il populismo intenda il giudice come interprete della morale contingente, il rapporto tra giurisdizione e morale è diverso e più complesso e richiede al giudice – in una prospettiva deontologica - di avere «il senso del limite», ovvero la capacità di resistere alle pressioni che promanano dalla società¹⁷¹.

Avviandosi alla conclusione di queste considerazioni, un ultimo, vibrante, monito da tenere a mente è che «non ci sarà retorica populista o appello al popolo – e alla sua volontà interpretata dal *leader* di turno – che possa far dimenticare ai magistrati italiani che nelle aule di tribunale il giudice ed il pubblico ministero si misurano e continueranno a misurarsi con “casi” e con “persone”, accertando fatti, riconoscendo diritti e valutando responsabilità»¹⁷². Per tale ragione, non vi possono essere dei precostituiti “nemici” o “amici” del popolo, i quali debbano, rispettivamente, soccombere al giudizio popolare o sottrarsi al procedimento giurisdizionale. Infatti, «nelle aule di giustizia entrano solo esseri

¹⁶⁸ Queste lucide osservazioni sono di V. MANES, in *Diritto penale no-limits*. cit., 99.

¹⁶⁹ E. AMATI, *L'enigma penale*, cit., 14.

¹⁷⁰ N. ROSSI, *Giudici*, cit., 19.

¹⁷¹ F. PALAZZO, *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura penale*, 2020, 3, 1276.

¹⁷² Così N. ROSSI, *Giudici*, cit., 20.

umani, persone con un comune corredo di garanzie e di diritti e non amici o nemici del popolo»¹⁷³.

L'assunto da cui è partire è, però, che il rapporto tra popolo e giustizia penale è sempre problematico. Un importante studioso, in un recente contributo¹⁷⁴, ha affermato che «vale la pena in proposito ricordare quanto Leonardo Sciascia scrisse ormai non pochi anni fa: “insomma, quando un uomo sceglie la professione di giudicare i propri simili, deve pur sempre rassegnarsi al paradosso – doloroso per quanto sia - che non può essere giudice tenendo conto dell'opinione pubblica, ma nemmeno non tenendone conto”. Meglio non si potrebbe dire! Sta proprio qui uno dei nodi più problematici e tormentosi della funzione giudiziaria, su cui ha posto di recente l'accento anche il presidente della Repubblica Sergio Mattarella: rendere giustizia in modo “comprensibile” per il pubblico, ma senza al tempo stesso assumere le aspettative popolari o delle stesse vittime a criterio principale di decisione. Per contemperare in modo equilibrato comprensibilità e indipendenza di giudizio, non sono ovviamente precostituibili principi o regole generali validi una volta per tutte: occorre uno specifico talento, che trascende le competenze tecnico-giuridiche e poggia in non piccola misura sulla sensibilità personale (ed è proprio questo il problema, non essendo questo tipo di sensibilità facilmente acquisibile attraverso i corsi di formazione professionale!)». La magistratura deve, da un lato, dimostrare piena consapevolezza dell'importanza del suo ruolo e per tale ragione essere sensibile alle legittime richieste di giustizia nell'ottica di cercare e creare una rete diretta con la società, ma dall'altro «non mostrare cedimenti nella difesa dei valori della giurisdizione e della democrazia, non rifuggire dal difficile confronto con la complessità del presente e con tutte le paure e le incertezze che oggi fanno ingresso nelle aule di giustizia. Una nuova e piena consapevolezza è necessaria per riconoscere le insidie del momento»¹⁷⁵.

Il potere giudiziario è in bilico tra due opposte tentazioni: la volontà di ricercare un'eccessiva consonanza col sentire sociale - facendosi portatore dell'interesse del popolo e della nazione - e l'azzardo di rifugiarsi nei tecnicismi e formalismi giuridici, sottraendosi al confronto con la realtà. Mantenere il sapiente equilibrio tra questi due estremi è l'arduo compito che spetta ai giudici italiani.

¹⁷³ N. ROSSI, *Giudici*, cit., 20.

¹⁷⁴ G. FIANDACA, *Mani pulite trenta anni dopo: un'impresa giudiziaria straordinaria; ma non esemplare*, in *Giustizia Insieme*, 16 febbraio 2022.

¹⁷⁵ M. GUGLIELMI, *Il giudice nell'Europa dei populismi*, in *Questione Giust.*, 2019, 1, 231.

6. *Populismo penale e presunzione di innocenza*

Uno dei principi fondamentali del diritto processuale penale che viene sovente sacrificato dalle politiche populistiche è senza dubbio il principio della presunzione di innocenza, *recte* di non colpevolezza *ex art. 27, comma 2 Costituzione*: si è già detto del «tendenziale colpevolismo dell'opinione pubblica»¹⁷⁶ e di come le garanzie in generale – e quelle processuali in particolare – non rientrino nel patrimonio culturale dei populistici¹⁷⁷; ma ciò non sorprende se ci si cala nell'ottica dell'esaltazione punitiva, dell'esigenza di massima certezza della condanna e della pena esemplare, del carcere come luogo per assicurare la sicurezza collettiva. «La presunzione di innocenza è evidentemente incompatibile con un programma di riforme che mette al primo posto la sicurezza collettiva e reclama che ogni interesse dell'individuo chiamato a rispondere davanti alla giustizia penale sia subordinato all'esigenza di soddisfare il diritto delle vittime di veder comunque vendicato, in tempi brevi e con il massimo rigore, il torto subito»¹⁷⁸: la pratica è quella del capro espiatorio. Adottando tale punto di vista può essere brevemente¹⁷⁹ approfondita la torsione che tale principio garantistico, «pietra d'angolo di una giustizia penale e liberale»¹⁸⁰, ha subito a causa della

¹⁷⁶ L. FERRAJOLI, *Il populismo penale*, cit., 79.

¹⁷⁷ In tal senso cfr. E. AMATI, *L'enigma penale*, cit., 143, secondo il quale «l'indifferenza populista per chi viene assoggettato al processo dimostra che si condivide la plausibilità di una reazione punitiva su un soggetto su cui, indipendentemente dall'esistenza di prove della sua colpevolezza, si concentrano l'odio e il disprezzo, sentimenti figli della paura».

¹⁷⁸ V. E. AMODIO, *A furor di popolo*, cit., 132.

¹⁷⁹ Per una lettura più approfondita del principio e dei rapporti con il populismo penale v. Capitolo 2.

¹⁸⁰ V. MANES, in *Diritto penale no-limits*, cit., 93. In termini analoghi cfr. O. MAZZA, *La presunzione di innocenza messa alla prova*, *Dir. pen. cont.*, 9 aprile 2019 secondo cui «La presunzione d'innocenza è sempre stata considerata una garanzia dell'accusato, addirittura la più rilevante garanzia processuale. Ciò è indubbiamente vero, ma non esaurisce la portata del principio. La presunzione d'innocenza è, infatti, consustanziale all'idea stessa del processo penale e ne delinea limpidamente l'unica legittima finalità che è quella cognitiva. Il processo serve per conoscere, per verificare l'ipotesi d'accusa, e siffatta verifica non può dirsi compiuta fino a quando non sopravviene una sentenza di condanna definitiva che consacra in modo irrevocabile la validità della tesi accusatoria. Questo è certamente il significato più profondo dell'affermazione costituzionale per cui nessuno può essere considerato colpevole fino alla condanna definitiva. Se non fosse sancita la presunzione d'innocenza, non solo l'imputato sarebbe privato della più importante guarentigia, ma il processo penale perderebbe la sua stessa ragion d'essere, per assumere diversi connotati che lo trasformerebbero in strumento schiettamente repressivo. La presunzione di non colpevolezza è legata a doppio filo al modello garantista della giurisdizione penale, “costituisce la prima e fondamentale garanzia che il procedimento assicura al cittadino”, essendo il postulato fondamentale della scienza processuale e il presupposto di tutte le altre garanzie, ma è anche “un corollario logico del fine razionalmente assegnato al processo”, l'essenza stessa del processo penale, nel senso che il verificare l'ipotesi di colpevolezza assume un preciso valore proprio perché nessuno può essere considerato colpevole fino alla condanna definitiva, come recita, appunto, l'art. 27 comma 2 Cost.; [...] ogni sua limitazione o riduzione porta con sé una limitazione e una riduzione non solo del tasso di garantismo di un sistema processuale, ma anche, se non soprattutto, della capacità cognitiva del processo penale. Sotto il profilo teorico, il principio costituzionale può dirsi ormai consolidato. [...] La presunzione di innocenza funge da catalizzatore di tutte le altre più rilevanti garanzie del

degenerazione del sistema penale. Il deterioramento di tale principio ha interessato entrambi gli aspetti, la presunzione come regola di giudizio e come regola di trattamento: in relazione al primo aspetto, la crisi del principio va di pari passo con la crisi della tipicità legale. Infatti, nei processi penali odierni, dato che a livello sostanziale non è più avvertita la necessità di adottare fattispecie ben delineate e tassative in ossequio al principio di determinatezza, l'oggetto della prova risente di ciò e per tale motivo è forte il rischio che la prova possa basarsi su meri argomenti presuntivi e non già – come vorrebbe il paradigma imposto dal Codice di rito – su fatti empiricamente verificatisi.

Ma è soprattutto la presunzione intesa come regola di trattamento a “subire” gli effetti più significativi di tale mutamento di paradigma; a tal proposito si possono analizzare due interventi normativi adottati nel biennio 2018/2019 dal governo giallo-verde. *In primis* si può fare riferimento ad una norma quale l'art. 10 - rubricato «Procedimento immediato innanzi alla Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale» - del decreto-legge 4 ottobre 2018, n.113 (poi convertito in legge 1° dicembre 2018, n.132)¹⁸¹ che dispone testualmente «1. Al decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, sono apportate le seguenti modificazioni: a) all'articolo 32, dopo il comma 1, è inserito il seguente 1-*bis*: Quando il richiedente è sottoposto a procedimento penale per uno dei reati di cui agli articoli 12, comma 1, lettera c), e 16, comma 1, lettera d-*bis*), del decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, e successive modificazioni, e ricorrono le condizioni di cui all'articolo 6, comma 2, lettere a), b) e c), del decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142, ovvero è stato condannato anche con sentenza non definitiva per uno dei predetti reati, il questore ne dà tempestiva comunicazione alla Commissione territoriale competente, che provvede nell'immediatezza all'audizione dell'interessato e adotta contestuale decisione. Salvo quanto previsto dal comma 3, in caso di rigetto della domanda, il richiedente ha in ogni caso l'obbligo di lasciare il territorio nazionale, anche in pendenza di ricorso avverso la decisione della Commissione. A tal fine si provvede ai sensi dell'articolo 13, commi 3, 4 e 5, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286». È evidente, dunque, che in caso di sottoposizione a procedimento penale o di condanna anche non definitiva per taluni reati, la Commissione territoriale competente a valutare la richiesta di protezione internazionale debba pronunciarsi con “procedimento immediato”; in caso di diniego della domanda si procede subito a

processo, come il diritto di difesa, il contraddittorio, l'imparzialità del giudice, ma la stessa presunzione sembra attenuarsi nel suo valore cogente lungo lo sviluppo processuale, portando con sé una graduazione delle altre garanzie di contesto implicate dal principio».

¹⁸¹ Si segnala, per completezza, che tale modifica normativa che incideva sul decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25 è stata abrogata dal successivo articolo 2 del decreto-legge 21 ottobre 2020, n.130.

espulsione: è assolutamente evidente la presenza di svariati problemi di compatibilità con l'art. 27, secondo comma, Costituzione¹⁸².

Un altro frangente in cui si sono stati evidenziati dei profili critici è stata la previsione della “sterilizzazione” della prescrizione del reato dopo la sentenza di primo grado: come è stato anticipato, certamente tale modifica ha costituito il “manifesto ideologico” dell’abbandono della presunzione di innocenza: «con una scelta di campo che tramanda una idea di “giustizia assoluta” – secondo il principio *fiat iustitia et pereat mundus*, che non tollera limitazioni temporali, utilitaristiche, proporzionate quali quelle imposte dalla “pena utile” e da una idea “secolarizzata” – si adotta un modello tanto esasperato da far ricadere sull’imputato (persino dopo una assoluzione in primo grado) il passaggio del tempo e le inefficienze della giustizia»¹⁸³. Ma il progressivo abbandono di tale supremo principio dell’ordinamento costituzionale è evidente anche in altre disposizioni della legge 3/2019. In relazione alle deroghe al *nullum crimen sine iudicio*, bisogna osservare attentamente il riformulato art. 578-*bis* c.p.p. che recita: «Quando è stata ordinata la confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell'articolo 240-*bis* del codice penale e da altre disposizioni di legge o la confisca prevista dall'articolo 322-*ter* del codice penale, il giudice di appello o la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o per amnistia, decidono sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato». Nel 2019, dunque, è stata aggiunta l’ipotesi di cui all’art. 322-*ter* c.p. – in base al quale, «nel caso di condanna, o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per uno dei delitti previsti dagli articoli da 314 a 320, anche se commessi dai soggetti indicati nell'articolo 322

¹⁸² Sottolinea tale pericolo V. MANES, in *Diritto penale no-limits*. cit., 94 che, in relazione ai profili di possibile lesione della garanzia di cui al 27, comma 2 Costituzione, aggiunge «se ne ha traccia evidente nella progressiva anticipazione degli “effetti del procedimento penale” sulla sfera giuridica dell’imputato: in una campionario di esempi crescente e sempre più variegato, basti pensare alle diverse incapacitazioni e limitazioni che incidono – nelle diverse sequenze processuali, ed in linea di principio a partire dalla sentenza di condanna “anche non definitiva” – sui diritti politici (si pensi alle incandidabilità a cariche elettive previste – in attuazione della legge Severino – dal d.lgs.n. 235 del 2012), economici o lavorativi (si pensi alle cause ostative previste nel codice degli appalti, ma anche ai requisiti di onorabilità previsti per le società quotate, ovvero ancora alle inconfiribilità di incarichi presso pubbliche amministrazione previsti, sempre in attuazione della legge n. 190 del 2012, dal d.lgs. n. 39 del 2013), o sugli stessi diritti civili (come recentemente previsto dal citato dl. n. 113 del 2018 (conv. in legge n. 132 del 2018), rispetto al richiedente asilo internazionale che sia anche solo “sottoposto a procedimento penale”, o condannato anche con sentenza non definitiva (per reati tra i quali compare anche quello – di limitata gravità – di violenza o minaccia al pubblico ufficiale, ex articolo 336 cp56); tutte limitazioni imposte al prezzo di una contrazione della presunzione di innocenza, ritenuta soccombente rispetto ad altri interessi». Sottolinea tale profilo anche M. RUOTOLO, *Il decreto sicurezza e immigrazione alla prova dei vizi formali*, in GENNARO SANTORO (a cura di), *I profili di illegittimità costituzionale del Decreto Salvini*, Antigone edizioni, 2018.

¹⁸³ V. MANES, in *Diritto penale no-limits*. cit., 95.

bis, primo comma, è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto o il prezzo, salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando essa non è possibile, la confisca di beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a tale prezzo o profitto. [...] Nei casi di cui ai commi primo e secondo, il giudice, con la sentenza di condanna, determina le somme di denaro o individua i beni assoggettati a confisca in quanto costituenti il profitto o il prezzo del reato ovvero in quanto di valore corrispondente al profitto o al prezzo del reato» - agli altri casi¹⁸⁴ nei quali la confisca può essere applicata dal giudice dell'impugnazione il quale, pur dichiarando estinto il reato per amnistia o prescrizione, abbia accertato la colpevolezza dell'imputato. Il preciso richiamo alle confische previste per i reati contro la P.A. ha inserito un altro tassello nel delicatissimo tema della confisca in assenza di una condanna nell'ottica della presunzione di innocenza. Sono evidenti le problematiche legate alla (in)compatibilità del principio – di matrice giurisprudenziale¹⁸⁵ - ratificato dall'art. 578-bis c.p.p. con la presunzione d'innocenza: al fine di trovare un equilibrio tra la disposizione codicistica e quella costituzionale si è, perciò, precisato che nel caso di una sentenza di primo grado che prevede una confisca poi ribaltata da un'assoluzione in appello circa la sussistenza del fatto di reato, la Cassazione, annullando la sentenza di appello, non può applicare per la prima volta la confisca medesima¹⁸⁶. Una lettura giurisprudenziale di questo tipo si attaglia a decisioni che hanno ad oggetto beni col carattere della pertinenzialità rispetto al fatto di reato oggetto di accertamento e non alla confisca per equivalente: il legislatore del 2019 è sembrato conscio di tali profili di frizione e, per tale ragione, non ha previsto la possibilità di comminare in una sentenza di proscioglimento per prescrizione la confisca allargata per equivalente dell'art. 240-*bis*, co. 2, c.p., dato che la norma processuale rinvia soltanto al comma 1 della stessa norma.

¹⁸⁴ Si riporta il testo dell'art. 240-*bis* - in merito alla confisca c.d. "allargata" - che ha trasposto nel Codice Penale i principi di base della disciplina di cui all'art. 12-*sexies* d.l. n. 306 del 1992, prevedendo testualmente «Nei casi di condanna o di applicazione della pena su richiesta a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per taluno dei delitti previsti dall'articolo 51, comma 3-*bis*, del codice di procedura penale, dagli articoli 314, 316, 316 *bis*, 316 *ter*, 317, 318, 319, 319 *ter*, 319 *quater*, 320, 322, 322 *bis*[...] è sempre disposta la confisca del denaro, dei beni o delle altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica. [...] Nei casi previsti dal primo comma, quando non è possibile procedere alla confisca del denaro, dei beni e delle altre utilità di cui allo stesso comma, il giudice ordina la confisca di altre somme di denaro, di beni e altre utilità di legittima provenienza per un valore equivalente, delle quali il reo ha la disponibilità, anche per interposta persona».

¹⁸⁵ Il riferimento è a Cass., sez. un., 26 giugno 2015, Lucci.

¹⁸⁶ Tale principio è stato sancito da Corte e.d.u., Grande Camera, 28 giugno 2018, *G.i.e.m. s.r.l. e altri c. Italia*.

Stando così le cose, si può affermare che la modifica apportata è sicuramente problematica e pone svariati dubbi¹⁸⁷: viene esteso il potere già accordato dall'art. 578-*bis* c.p.p. al giudice d'appello o alla Cassazione rispetto alla confisca "allargata" ex art. 240-*bis*, co. 1, c.p. anche alla confisca speciale di cui all'art. 322-*ter* c.p. Come corollario di tali considerazioni, ne deriva che, purché la colpevolezza del reo sia stata acclarata in un precedente grado di giudizio, la confisca - anche quella per equivalente - in materia di reati contro la pubblica amministrazione potrebbe essere applicata nonostante l'intervenuta estinzione del reato per prescrizione. Tale applicazione della "confisca senza condanna" ai casi di confisca per equivalente è presumibilmente in contrasto con la qualificazione sanzionatoria di siffatta sanzione ablativa, e perciò difforme rispetto al dettato costituzionale. Dunque, «l'art. 578-*bis* c.p.p., nel prevedere l'applicazione di una sanzione punitiva, non rispetta il "nucleo assiologico" della presunzione di innocenza: in assenza del provvedimento formale e non solo sostanziale di condanna, che "istituzionalmente" cristallizza l'accertamento della responsabilità penale, si lede inevitabilmente il diritto dell'imputato prosciolti a non vedersi "macchiato", socialmente stigmatizzato, da una sanzione afflittiva, comunque qualificata»¹⁸⁸. Tali preoccupazioni, pur di assoluta importanza, risultano – in base alle previsioni sulla prescrizione della medesima legge – non di attuale interesse dal momento che, alla luce della controversa disposizione sulla sospensione della prescrizione dopo la statuizione – di assoluzione o di condanna – di primo grado, per i reati commessi a partire dal primo gennaio 2020, i margini di operatività dell'art. 578-*bis* c.p.p. saranno pressoché nulli: «Nel caso di ribaltamento della sentenza di condanna di primo grado, infatti, non potrà più verificarsi in concreto la principale situazione processuale prefigurata dall'articolo 578-*bis*, che riguarderà esclusivamente la remota ipotesi in cui sia concessa un'amnistia. Il diritto all'oblio dell'imputato cede il passo all'obbligo del giudice del gravame di decidere, in ogni caso, o per la condanna formale e sostanziale con la confisca o per un proscioglimento senza confisca e ciò senza limiti di tempo»¹⁸⁹.

¹⁸⁷ In tal senso cfr. anche V. MANES, in *Diritto penale no-limits*, cit., 94 che afferma «la relativizzazione della presunzione di innocenza sembra, persino, tematizzata in forma compiuta, quando si accetta – con l'avallo della Corte costituzionale e persino della Corte Edu – che misure a contenuto afflittivo (e "sostanzialmente penali" quali sono talune ipotesi di confisca) siano disposte a fronte di un mero accertamento sostanziale della responsabilità, condotto *in itinere iudicii*, e pur in presenza di un proscioglimento determinato da una sopravvenuta causa di estinzione del reato come la prescrizione: con una "licenza" rispetto al principio *nullum crimen sine iudicio* che – è stato autorevolmente rilevato – sembra rievocare formule medievali come quella che voleva l'imputato *à moitié acquitté*».

¹⁸⁸ Così G. VARRASO, *La decisione sugli effetti civili e la confisca senza condanna in sede di impugnazione. La legge n.3 del 2019 (c.d. "spazzacorrotti") trasforma gli artt. 578 e 578-*bis* c.p.p. in una disciplina a termine*, *Dir. pen. cont.*, 4 febbraio 2019.

¹⁸⁹ L'osservazione è di G. VARRASO, *La decisione*, cit., 2019.

7. Quali antidoti al populismo penale?

Giunti a tale punto dell'analisi, è assolutamente necessario interrogarsi su quali possano essere i rimedi, gli "antidoti"¹⁹⁰ da contrapporre a questo fenomeno. La necessità di agire in qualche modo, sentita come pressante in maniera diffusa nel mondo giuridico – tra Avvocatura, Magistratura e Accademia¹⁹¹ –, deve muovere da alcune considerazioni riguardanti l'assetto sociale in senso lato.

Ciò che, dal punto di vista socio-culturale, bisogna valorizzare è l'esistenza di una pluralità di culture e minoranze nel tessuto sociale italiano e la circostanza per cui è impossibile ridurre la complessa – e frammentata – società italiana ad una riduttiva nozione quale quella di "popolo"¹⁹²; tale prospettiva va altresì coniugata con un necessario intervento della magistratura – nell'alveo e nel rispetto dei poteri della stessa – incaricata del compito di salvaguardare tali formazioni sociali. A tal proposito si è evidenziato che «i magistrati saranno chiamati a garantire la libertà e i diritti fondamentali degli appartenenti alle molte minoranze, per così dire trasversali, che compongono una società che resta pluralista ed articolata come quella italiana. Libertà e diritti fondamentali non possono essere compressi o negati né in nome del popolo-nazione, inteso come un tutto organico plasmato dalla storia

¹⁹⁰ Parla anche di «anti-corpi democratici» L. FERRAJOLI, *Il populismo penale*, cit., 83.

¹⁹¹ A tal proposito cfr. UNIONE DELLE CAMERE PENALI ITALIANE, *Manifesto del diritto penale liberale e del giusto processo*, 2019; v. anche G.D. CAIAZZA, *Ucpi, Il diritto penale deve essere liberale oppure non esiste*, in *Guida dir.*, 2019, 27, 9 in cui si afferma, a proposito del Manifesto, «l'impegno di tutti noi sarà ora diffondere la conoscenza del diritto penale liberale e del giusto processo, sollecitarne lo studio, l'approfondimento, la discussione e il confronto critico nelle Università, nelle scuole, in Parlamento, nella politica, nei media. È questo l'obiettivo che si prefigge il Manifesto delle Camere penali italiane, candidato a essere il punto di riferimento e di coagulo di tutti coloro che, nella comunità dei giuristi come nelle istituzioni, credono alla forza dei principi costituzionali e liberali della presunzione di non colpevolezza, eccezionalità della privazione della libertà personale, proporzionalità della sanzione, finalità rieducativa della pena, ragionevole durata di un processo».

¹⁹² È conscio di tale affermazione e della reazione populistica a questa prospettiva M. BARBERIS, *Dal populismo digitale si guarisce?*, cit., 13 il quale asserisce «i populistici ignorano molte cose, ma la più enorme, il vero elefante che non entra nella loro immaginazione, è il pluralismo: l'idea che il mondo è bello perché è vario, e che la realtà è terribilmente più complessa di quanto pensino loro. I populistici ignorano, in particolare, che non tutto è politica: che non tutto è soggetto a valutazioni, controlli e governo politici. E lo ignorano anche perché molti di questi sedicenti cultori dell'anti-politica in realtà hanno sempre vissuto di politica. La manifestazione più imbarazzante del populismo italiano sta nel fatto che quando sono colpiti da critiche tecniche – economiche, finanziarie, costituzionali... – i populistici rispondono invitando i critici a presentarsi alle elezioni. [...]; i populistici ignorano, o almeno fingono di ignorare, il pluralismo: l'esistenza di una pluralità di valori, concetti e criteri diversi – giuridici, morali, economici, religiosi, estetici... – per ogni differente sfera dell'agire. La prima cosa da difendere contro l'arroganza populista, allora, è proprio questa ricchezza. Le civiltà muoiono quando vengono assoggettate a un solo valore: come l'isola di Pasqua, deforestata per erigere statue agli dei».

o dalla tradizione, né in nome della “volontà generale”, comunque rilevata o registrata»¹⁹³. Ancora, «la società delle molte minoranze, che nel giudice ripongono la loro unica speranza, il movimento dei lavoratori nella sua ritrovata unità; la rete pluralistica della società italiana che non accetta di farsi omologare e travolgere nell’indistinto universo populista: queste ed altre realtà collettive saranno il sostegno sociale necessario – insisto “necessario” – alla giurisdizione ed alla magistratura per non farsi snaturare e continuare ad assolvere alla loro funzione in un futuro che si preannuncia difficile»¹⁹⁴. Dunque, è evidente quanto importante possa essere il ruolo della magistratura – ordinaria e costituzionale¹⁹⁵ - per fare da “argine”¹⁹⁶ al dilagare del populismo: contrapponendosi ad un legislatore che adotta provvedimenti non rispettosi dei canoni della scienza penalistica liberale, i giudici hanno il compito di interpretare tali norme in senso costituzionalmente orientato e ricondurle così nell’alveo del testo costituzionale¹⁹⁷. Dunque, la funzione della magistratura quale istituzione contro-maggioritaria è evidente: a tal proposito è assolutamente necessario «spiegare al popolo che sono proprio gli organi contro-maggioritari a fare i suoi interessi: non i governi populistici che, come tutti i governi, fanno soltanto i propri interessi. Le istituzioni contro-maggioritarie non sono contro il popolo, ma contro i governi»¹⁹⁸.

Di conseguenza un’esigenza di assoluta necessità è «difendere le istituzioni contro-maggioritarie distintive della liberal-democrazia. Nella storia, la democrazia è sempre durata relativamente poco: nata nelle città antiche, trapiantata negli Stati nazionali, oggi rischia di estinguersi dopo il suo ulteriore trapianto sul web. Il primo rimedio, puramente negativo, è allora mettere in sicurezza le istituzioni contro-maggioritarie: magistratura, stampa indipendente, gli stessi media»¹⁹⁹. Ovviamente, ciò non è abbastanza perché «l’attuazione del diritto è infatti un’impresa collettiva, e nessuno dei protagonisti di quest’impresa dovrebbe avere – almeno in teoria – un ruolo nettamente prevalente»²⁰⁰. Partendo da tale premessa, bisogna anche porre l’attenzione sulle modalità e sui contenuti dei provvedimenti legislativi, nello specifico di quelli penali: il legislatore dovrebbe perseguire il compito di

¹⁹³ N. ROSSI, *Giudici*, cit., 20.

¹⁹⁴ N. ROSSI, *Giudici*, cit., 21.

¹⁹⁵ In relazione alla quale v. *supra* § 4.2.

¹⁹⁶ Il termine è stato sapientemente usato da E. AMATI, *L’enigma penale*, cit., 287.

¹⁹⁷ In tal senso, è fondamentale ricordare il § 13 del *Manifesto*, il quale recita «Tutti sono uguali di fronte alla legge. L’interpretazione della legge è uguale per tutti». Quello che poi, secondo N. ROSSI, *Giudici*, cit., bisogna sottolineare è che «è necessario ribadire che l’esistenza di uno “scarto”, di una divaricazione tra le decisioni dei giudici e il sentire popolare non è un segno di ostilità politica ma piuttosto un’evenienza che l’ordinamento considera possibile e per più versi fisiologica».

¹⁹⁸ M. BARBERIS, *Dal populismo digitale si guarisce?*, cit., 12.

¹⁹⁹ M. BARBERIS, *Dal populismo digitale si guarisce?*, cit. 12.

²⁰⁰ Così G. FIANDACA, *Populismo politico*, cit, 119.

produrre leggi maggiormente rispettose dei canoni costituzionali, più equilibrate e che rispondano a delle problematiche oggettivamente urgenti e non meramente percepite come tali. Il potere legislativo deve essere pienamente inserito in un'architettura dai caratteri liberali e, proprio perché unico potere legittimato dal punto di vista democratico, deve giustamente dare ascolto alle esigenze della popolazione ma non in maniera irrazionale²⁰¹ bensì filtrando tali bisogni; devono essere chiari l'importanza ma anche i limiti dell'agire legislativo. Dunque «occorre spiegare e far comprendere che lo Stato per difendere la sicurezza dei propri cittadini non deve e non ha bisogno di sacrificare i fondamentali principi di libertà intorno ai quali abbiamo scritto il nostro patto sociale; che il diritto e il processo penale non sono strumenti per sconfiggere il “nemico” di volta in volta individuato, ma sono invece un complesso armonico di principi volti a regolare e limitare il più formidabile potere pubblico, che è quello di accusare, processare e punire un cittadino, privandolo del suo bene più prezioso, che è quello della sua libertà. Questa è la ragione per la quale il diritto penale “o è liberale, o non è”»²⁰².

Un ambito in cui sicuramente il legislatore deve mutare il suo *modus operandi* è quello che in senso lato riguarda la sicurezza e l'immigrazione, settori in cui sarebbe preferibile non intervenire frequentemente con lo strumento penalistico bensì adottare politiche di inclusione sociale e di lotta ai fenomeni di disuguaglianza; bisogna, tuttavia, sottolineare che un tale cambiamento non è immediato da ottenere dato che necessita di molteplici azioni su piani diverse (e non solo su quello penalistico) ma «investono la lotta alla marginalità ed alle disuguaglianze attraverso il potenziamento delle misure sociali, l'ulteriore modernizzazione delle politiche migratorie, il ripristino di un servizio pubblico di informazione di qualità e via dicendo»²⁰³. Riguardo ai provvedimenti penali, poi, bisogna affrontare una strada impegnativa che sia idonea a demolire l'intero apparato repressivo degli ultimi anni; e per percorrere la stessa, «risulta fondamentale accompagnare l'opera degli interpreti - chiamati a correggere le più macroscopiche storture legislative in via esegetica o attivando il controllo di legittimità delle Corti superiori - con un'operazione di tipo culturale, capace di rivendicare

²⁰¹ A tal proposito cfr. G.D. CAIAZZA, *Governo populista*, cit., 592 il quale, a tal proposito, afferma: «in questa temperie autoritaria e populista, il compito dei giuristi è quello di coltivare e mantenere vivo il pensiero critico, mettendo a nudo - di fronte all'esibizione muscolare - la sostanziale incapacità del legislatore di governare i fenomeni criminali. Davvero, pena più severa significa maggiore tutela? Come ci ricorda magistralmente Domenico Pulitanò, “al legislatore che fa leva sulle minacce di pena, giocando al rialzo, va chiesto che cosa prevede di ottenere. [...] Le pene inflitte e da eseguire seguono all'inosservanza della legge, a un non funzionamento della tutela. Segnalano problemi non risolti”. Ridotta la politica penale, la politica criminale “è una fuga dalle responsabilità di governo politico di fenomeni sociali”. I consensi facili guadagnati oggi saranno, inesorabilmente, i fallimenti di domani».

²⁰² G.D. CAIAZZA, Ucp, *Il diritto penale*, cit., 9.

²⁰³ Così S. ZIRULIA, *Il diritto penale nel “Decreto Lamorgese”*, cit., 579.

la maturità della nostra democrazia rispetto alle sollecitazioni di stampo populista, riportando al centro del discorso pubblico l'idea di un rapporto tra Stato e società strumentale all'autentica cura degli interessi di quest'ultima; un rapporto scevro da contaminazioni autoritarie che rispecchiano ideologie ormai superate e comunque non compatibili con l'assetto costituzionale contemporaneo»²⁰⁴.

Dunque, bisogna ripensare il modo di agire e del potere legislativo e del potere giudiziario nell'ottica di un maggiore equilibrio tra essi e di un distacco da storture non tollerabili; tale ripensamento, però, deve avvenire con cautela dal momento che «assecondare la deriva verso un diritto penale senza regole, nell'ingenua illusione che la predisposizione di una macchina punitiva totipotente e priva di limiti possa garantire maggior effettività al contrasto alla criminalità – e che debba, in questa prospettiva, attribuire ulteriore centralità all'istanza giurisdizionale –, significherebbe assecondare questa deresponsabilizzazione della politica e, simmetricamente, la sovraesposizione della magistratura rispetto a compiti impropri, e ad obiettivi che, prima o dopo, rappresenteranno l'orizzonte di valutazione dell'operato del magistrato, con le prevedibili conseguenze in caso di mancato raggiungimento degli obiettivi prefigurati»²⁰⁵.

Oltre ad un, necessario, cambiamento che si auspica avvenga all'interno del potere giudiziario e legislativo/esecutivo bisogna anche che la dottrina si impegni realmente per opporre la profonda conoscenza delle questioni giuridiche alle riduzioni semplicistiche operate dai populistici: tale reazione non può che passare da una divulgazione di tali conoscenze, soprattutto tramite quell'Istituzione di cruciale importanza che è l'Università, con finalità di sensibilizzazione: non a caso si è affermata la necessità di «contrastare in maniera energica queste forme distorsive, che rischiano di trasformare una sia pur imperfetta democrazia in una oligarchia, *rectius* tecnocrazia. Strumento necessario a tal fine è la

²⁰⁴ Per tali considerazioni v. S. ZIRULIA, *Il diritto penale nel "Decreto Lamorgese"*, cit., 579. Concorde anche L. FERRAJOLI, *Il populismo penale*, cit., 83 secondo il quale «il primo antidoto contro la corruzione del senso comune e del senso morale prodotta dall'ostentazione dell'immoralità e della disumanità operata da questo Governo a sostegno delle sue politiche anti-migranti consiste nel chiamare queste politiche con il loro nome: si tratta di violazioni massicce dei diritti umani costituzionalmente stabiliti e, in molti casi, di veri e propri reati. È questa l'importanza civile, ancor prima che giuridica, svolta dalle denunce e dalle iniziative giudiziarie contro queste politiche, al di là dei loro esiti processuali: la creazione della percezione sociale della loro illegalità, oltre che della loro immoralità, in grado di arginare la loro accettazione acritica o peggio il loro aperto sostegno. Non è facile, giacché oggi l'opinione pubblica è portata a indignarsi assai più per un fatto di corruzione che per una strage di 117 migranti. Ma questa è una ragione di più della necessità di questa battaglia. [...] È precisamente questo il terzo e forse il più importante anticorpo. Esso consiste nella cattiva coscienza che dobbiamo creare intorno all'enorme contraddizione tra le attuali politiche contro l'immigrazione e tutti i valori costituzionali. Consiste perciò nella scelta che la questione dei migranti impone alla coscienza civile di tutti: se i diritti umani e la dignità delle persone vadano presi sul serio o se si ridurranno, a causa delle loro massicce violazioni, in una vuota e insopportabile retorica».

²⁰⁵ Cfr. V. MANES, in *Diritto penale no-limits*, cit., 100.

diffusione di una cultura delle garanzie costituzionali che allo stato attuale spesso manca anche fra le persone istruite, e che costituisce un efficace antidoto rispetto alle derive populiste. In definitiva, qui non si tratta di scegliere tra una impostazione “tradizionale”, garantista ed impostazioni più *à la page*. Qui si tratta di difendere con coerenza il cuore pulsante della Costituzione, ossia i principi di garanzia»²⁰⁶.

È necessario rimettere al centro di tutto i principi costituzionali e ciò deve essere fatto da tutti coloro che avvertono tali fenomeni come assolutamente intollerabili; infatti «la salvezza e la realizzazione storica di una Nazione non vengono dal potere giudiziario, vengono dalla società civile e dalle istituzioni che la esprimono. Dobbiamo dunque tutti sentirci uniti, magistrati inclusi ma non *vedettes*, in una nuova forma di resistenza civile allo statualismo dell’obbedienza laica a una religione penale di massa, sostitutiva di un’etica pubblica che non c’è»²⁰⁷. Questo movimento, che è stato definito di «resistenza civile»²⁰⁸, deve essere diffuso nella società civile, la quale deve attribuire una diversa e rinnovata attenzione alla legalità e deve far propria l’idea del rifiuto del diritto e del processo penale quali strumenti di lotta politica; è necessario riconciliare tale approccio con la riscoperta dei valori liberali dal momento che «prendere sul serio l’ethos liberale implica il prendere le distanze dalla pretesa che la contingente valutazione di un ordinamento giuridico, o la nostra valutazione personale, siano la giustizia punitiva *tout court*, la giusta misura o la migliore di tutte. Lungi dall’esonerare da riflessioni e argomentazioni sulla giustizia dei modi del minacciare e punire, l’irriducibile discutibilità dei modelli punitivi dovrebbe essere tematizzata dalle teorie sulla pena, come premessa uno stile di riflessione e discussione che

²⁰⁶ M.L. FERRANTE, *Il pericolo del populismo* cit., 33. Cfr. anche Cfr. V. MANES, in *Diritto penale no-limits*. cit., 100 che auspica come prossima «una stagione dove diverrà urgente (non promuovere, bensì) difendere la Costituzione – da parte dell’intera comunità di giuristi – da una aggressione ai suoi contenuti minimi, e di preservare l’eredità giacente del diritto penale costituzionalmente orientato dagli sfregi inferti da questo nuovo trend di overdose punitiva (selettivamente) illimitata, proteggendo il prezioso sedime frutto dell’impegno comune di magistratura e dottrina, e del dialogo tra Corte costituzionale, giudici comuni e avvocati. Questa – a mio avviso – è la vera prova di resilienza che attende la nostra democrazia penale».

²⁰⁷ M. DONINI, *Populismo penale*, cit., 16.

²⁰⁸ Avverte la medesima esigenza anche E. AMATI, *L’enigma penale*, cit., 316 secondo cui «si deve, dunque, recuperare quella vocazione all’apertura culturale e alla permeabilità politica che ha caratterizzato la penalistica civile italiana – che vedeva il diritto penale come strettamente legato alla società e alla politica – nel tentativo di far entrare la società nell’esperienza della scienza giuridica». Conforme L. VIOLANTE, *Populismo*, cit., 207 secondo il quale «ora bisogna evitare lo slittamento. Forse i penalisti possono avere una funzione civile in questa opera, segnalando con autorevolezza e ricchezza di argomenti i limiti e i costi della espansione eccessiva del diritto penale, il carattere improvido del ricorso al penale come politica pubblica restauratrice d’ordine, la necessità di politiche di risanamento che abbiano al centro non il carcere ma la dignità delle persone e delle istituzioni».

tenga conto delle differenze fra le concezioni di giustizia penale presenti nella società, e della differenza concettuale (e del possibile scarto concreto) fra diritto e giustizia»²⁰⁹.

Il cambiamento che appare più pressante è, dunque, di tipo culturale - a tal proposito, si è affermato, «forse bisognerà ripartire da un compito culturale, forse ancora più duro: quello di una ralfabetizzazione al lessico dei diritti civili e delle istituzioni democratiche, ma ne varrà la pena»²¹⁰ - nel senso che passa dalla riscoperta dei valori democratici e liberali dell'ordinamento penale italiano²¹¹: «non si tratta di celebrare i riti consunti di uno stantio populismo “dottrinale”, troppo lontano – del resto – dalla macchina del consenso sociale per intercettarne il funzionamento, né di opporre un fiero ma sterile atteggiamento di purezza “ideologica”, in nome di una mitologia cieca ed inconcludente; bensì di non dispendere, comunque, nel dispiegarsi del dibattito attuale sulla politica e sulla giustizia penale ove la “liquidità” e il relativismo sono gli ingredienti più *à la page*, le indicazioni che provengono dal prezioso tema identitario – questo sì congenito – dell'ormai antica materia, che la connota

²⁰⁹ Cfr. D. PULITANÒ, *Tempeste sul penale*, cit., 250.

²¹⁰ L'affermazione è di G. INSOLERA, *Il buio oltre la siepe. La difesa delle garanzie nell'epoca dei populismi*, in *Giust. pen.*, pt.1, 59, 2019.

²¹¹ In tal senso cfr. le acute considerazioni di A. CERETTI, R. CORNELLI, *Del diritto a non avere paura*, cit., 1481 secondo i quali «al fine di fare un salto di qualità da questa strettoia occorre dunque aggredire alla radice la questione democratica, riconnettendo principi e regole a una dimensione di futuro. Come? Proveremo a indicare tre strade tra loro connesse: ricostruire fiducia, ridare valore al conflitto e fare memoria della storia delle democrazie per immaginare un progetto di cittadinanza. Azioni, misure e progetti che si pongano l'obiettivo, anche nel campo penale e della sicurezza, di accrescere la fiducia sociale e istituzionale sono fondamentali se si vuole contrastare le spinte populiste, sia perché la fiducia è un antidoto alle paure, sia per la sua dimensione intrinsecamente collettiva. [...] Restituire un significato politico ai conflitti sociali è essenziale per recuperare fiducia nella democrazia. [...] Si finisce così per rimuovere ogni esterofilia che cerca spazio, riconoscimento e rappresentanza e per riversare nella sfera penale, lasciandoli irrisolti, conflitti e tensioni che altrimenti potrebbero dare nuova linfa al sistema democratico, ridefinendo i campi conflittuali in cui si gioca il riconoscimento dei diritti. A ben vedere, è la storia dell'affermazione delle democrazie occidentali a indicare l'importanza di un concetto di sicurezza caratterizzato dall'inclusione di nuove soggettività nella sfera dei diritti. Le liberal-democrazie sono spesso descritte come sistemi in cui il trade-off tra libertà individuali e sicurezza pubblica trova un equilibrio accettabile nell'ingerenza repressiva dello Stato solo nelle situazioni in cui le libertà sono minacciate dal comportamento di altri. Questa concezione moderna e liberale considera, dunque, l'intervento dello Stato come una sorta di male necessario ai fini di una convivenza pacifica. Sta di fatto che nelle liberal-democrazie l'affermazione di tale difficile equilibrio è avvenuta attraverso la fissazione di un ordine sociale facente perno sul diritto di proprietà e, nei fatti, sull'esclusione delle masse, da un lato, e degli schiavi (o non-cittadini), dall'altro, dalla possibilità di accedere al sistema delle protezioni statuali. In un certo senso si potrebbe dire che la sicurezza di alcuni si fondava sull'insicurezza politicamente invisibile dei molti. C'è chi afferma che non sia possibile e che l'unica soluzione sia garantire benessere a chi sta dentro i confini delle democrazie ricche del pianeta, riproponendo nei fatti il trade-off delle prime liberaldemocrazie tra sicurezza di alcuni versus insicurezza dei molti. È il cuore del progetto sovranista, che si afferma nella misura in cui, connettendosi alle istanze populiste, promette ciò che a tutti gli effetti appare illusorio: arrestare le trasformazioni che stanno ridisegnando le geografie del mondo nel solo aspetto che riguarda le mobilità umane. Noi pensiamo, al contrario, che la sfida della democrazia sia quella dell'apertura alle trasformazioni, della capacità di adattarsi per proseguire sulla strada dell'inclusione nella sfera dei diritti di sempre più soggetti, e siamo consapevoli che ciò avviene talvolta lentamente e altre volte con più radicalità. In questo momento critico, proprio per non arretrare e fare piccoli passi nella direzione indicata, riteniamo che sia necessario ancorarsi al progetto europeo e al contempo immaginare i tratti di una democrazia cosmopolita che possa orientare l'azione politica quotidiana in quel contesto».

sin dalla nascita e che si scrive con l'inchiostro indelebile delle garanzie e dell'eguaglianza dei consociati»²¹².

In relazione al ruolo dei giuristi in senso lato, è assolutamente da condividere l'osservazione secondo la quale è necessario «avere sempre a mente che il proprio del nostro lavoro (insegnare e fare ricerca) mantiene una sua funzione sociale e civile importantissima e che il sentimento diffuso e tangibile di impotenza e marginalizzazione, anche nella formazione della classe dirigente, non deve mettere in alcun modo in secondo piano che il fondamentale terreno di impegno civico dello studioso che ha la fortuna di fare questo lavoro. Perché il potere avrà pure gli orologi, ma il sapere ha il tempo»²¹³.

Per concludere, al fine di evitare degenerazioni quali la delegittimazione del sistema processuale, dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura e del diritto di difesa – e al fine di lanciare un messaggio propositivo, di speranza - è necessario che si riparta dalla Costituzione, un testo totalmente contrario a idee di tipo populistico. Nel testo costituzionale sono stati inseriti principi supremi quali la presunzione di innocenza, il giusto processo, l'inviolabilità della libertà personale, la funzione rieducativa della pena: è necessario, dunque, muovere da queste solide basi e fare ciò abbandonando il lessico securitario – tra cui l'infelice richiamo a concetti come «certezza della pena» (ovvero, il carcere) - , dal momento che la politica dovrebbe preoccuparsi di chiarire che c'è sicurezza e sicurezza: c'è una sicurezza progressista e liberale – democratica – e una sicurezza populista, conservatrice e repressiva che conduce dritti all'autoritarismo. E poi tutto ciò si scontra con i dati statistici che evidenziano un aumento significativo della popolazione carceraria negli ultimi trent'anni, pur essendo calati i reati. È necessario uscire dalla “morsa” del populismo penale provando a spiegare che in Italia la pena è certa, che i condannati scontano la loro condanna e che soprattutto, in un sistema basato sull'articolo 27 della Costituzione e sulla funzione rieducativa, i benefici penitenziari – sì affidati alla discrezionalità di un giudice – sono irrinunciabili; è palese che il sistema giudiziario soffre una stagione di crisi, ma quest'ultima non ha a che fare con un eccesso di garanzie per imputati o condannati o con la carenza di poteri coercitivi. La politica deve tornare a ricoprire quella funzione di natura pedagogica, perduta per ricercare il consenso del popolo tramite l'esaltazione di ciò che da esso veniva percepito²¹⁴: bisogna utilizzare il diritto penale con cautela, come *extrema ratio* e soprattutto

²¹² D. BRUNELLI, *Divagazioni sulle dimensioni parallele della responsabilità penale, tra ansie di giustizia, spinte moralistiche e colpevolezza normativa*, in www.penalecontemporaneo.it, 12 ottobre 2016

²¹³ Queste affermazioni di forte impatto sono di C. SOTIS, *Il diritto penale*, cit., 12.

²¹⁴ In merito cfr. E. AMATI, *L'enigma penale*, cit., 320 che afferma «è noto: tra penalisti e consenso sociale non c'è mai stato un buon feeling. La democrazia non è ipso facto pluralista e può cedere alla mistica dell'autorità,

rispondere a esigenze sociali con politiche della medesima natura²¹⁵ e non tramite lo strumento penale; bisogna restituire dignità al principio di legalità, alla funzione – rieducativa – della pena, affinché questa non sia soltanto sinonimo di carcere. Infine, bisogna rovesciare il paradigma del populismo penale tramite l’agire di un potere politico che svolga una necessaria funzione di mediazione, ridimensionando la bolla giustizialista e l’esaltazione della legislazione penale.

alla quale invece proprio i penalisti hanno il dovere di resistere. Nella consapevolezza che la macchina della giustizia è indispensabile, sebbene affetta da congeniti, tremendi pericoli e da immoralità intrinseche, non eludibili, occorre forse rinunciare a perseguire un modello ideale di giustizia. Ma ciò non esime la penalistica dal pretendere, quantomeno, un modello di giustizia penale “decente”».

²¹⁵ In questa prospettiva, molto acute le affermazioni di A. CAVALIERE. *Diritto penale massimo e diversione discrezionale? Un’ipotesi su neoliberalismo e politica criminale*, Riv. trim. dir. pen. econ., 2017, 3-4 che ritiene «difficile prospettare alternative ad un fenomeno dalle origini risalenti, strutturale e globale. Ma esse, a mio avviso, non sono del tutto irrealistiche, perché sono legate ad insopprimibili bisogni degli esseri umani: libertà, democrazia, diritti fondamentali effettivamente eguali, solidarietà. Sono legate alla resistenza o alla richiesta, in Italia ed in altri Paesi, non solo europei, di forme di stato sociale: assistenza sanitaria per tutti, istruzione pubblica aperta a tutti, e così via. E, quindi, all’opposizione a politiche neoliberiste di tagli indiscriminati alla spesa pubblica. Ma sono legate anche al ruolo della cultura: cioè di un ‘discorso’ contrario al modello capitalistico di globalizzazione ed al conseguente, imperante securitarismo, e volto ad assicurare una globalizzazione dei diritti. Quest’ultima passa anche attraverso interventi pubblici sull’economia che rovescino l’attuale primato dei poteri economici globali, come quelli che vorrebbero imporre, senza adeguata legittimazione democratica, trattati di libero scambio che comportino arretramenti nella tutela della salute, dell’ambiente o dei dati personali, in favore delle multinazionali. In diritto penale, occorrerebbe tornare a valorizzare la libertà personale e, quindi, l’idea di *extrema ratio* ed il principio di legalità, che ha anche un chiaro fondamento democratico; e i principi di eguaglianza e solidarietà, valorizzando la prevenzione primaria e, a fatto commesso, la risocializzazione del reo».

CAPITOLO 2: LA PRESUNZIONE DI INNOCENZA

SOMMARIO: 1. Un principio garantistico di civiltà giuridica – 2. La genesi dell’articolo 27, comma 2 Costituzione - 3. Contenuto e portata del principio... – 3.1 ...nell’ordinamento italiano – 3.1.1 Il problematico rapporto con le misure cautelari – 3.2 ...in ambito sovranazionale e internazionale — 4. Il principio tra *law in books* e *law in action* – 5. La tutela del “nemico”: l’esempio americano e la situazione in Italia – 6. L’articolo 27, comma 2 come regola di trattamento dell’imputato fuori dal processo e l’informazione giudiziaria – 6.1. Presunzione di non colpevolezza, informazione giudiziaria e altri diritti costituzionalmente garantiti – 6.1.1 La problematica formulazione dell’art. 114 comma 6-*bis* c.p.p. - 6.2. L’approccio della Corte EDU: alcuni casi riguardo l’articolo 6, par. 2 della CEDU – 7. Rimedi possibili e prospettive future – 7.1 Il dato legislativo nell’Unione Europea: la Direttiva 2016/343 UE - 7.2. L’adeguamento dell’ordinamento italiano alla direttiva: legge 53/2021 e decreto legislativo 188/2021

1. *Un principio garantistico di civiltà giuridica*

«L’imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva»: recita così l’articolo 27, comma 2 della Costituzione italiana. Il principio della presunzione di non colpevolezza (o di innocenza¹) è un principio giuridico secondo il quale un imputato non è

¹ Per la considerazione secondo la quale «distinguere tra “presunzione d’innocenza” e “presunzione di non colpevolezza” appare dunque non solo inutile, ma anche controproducente, perché, indebolendo il valore del principio senza attribuirgli un significato ben determinato, si favoriscono soluzioni arbitrarie sul piano applicativo. Nessuna difficoltà, viceversa, dovrebbe incontrarsi a postulare l’equivalenza delle due formule» cfr. G. ILLUMINATI, voce *Presunzione di non colpevolezza*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, XXVII, 1991. Nello stesso senso cfr. V. GAROFOLI, *Presunzione di innocenza e considerazione di non colpevolezza. La fungibilità delle due formulazioni*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 4, 1169 il quale, pur ravvisando l’esistenza di due tesi diverse alla base della formulazione dell’articolo 27, comma 2, afferma che «le piccole differenze che pure possono cogliersi tra “non colpevole” e “innocente” sono più che altro di tono, e non di sostanza. “Non colpevole”, in altre parole, non inficia l’intimo significato di “innocente”; ne attenua semplicemente l’enfasi, senza alcuna implicazione concreta. E lo fa perché agisce in un contesto diverso rispetto a quello in cui fu elaborata la formulazione originaria: una Costituzione, in verità, è affare ben diverso, anche sotto l’aspetto del registro linguistico utilizzato, rispetto ai libelli polemici dei pensatori illuministici». V. anche O. MAZZA, *La presunzione di innocenza messa alla prova*, in *Dir. pen. cont.*, 9 aprile 2019 che afferma «le questioni terminologiche non sembrano, però, implicare dei seri distinguo semantici, in quanto, dal punto di vista strettamente logico, presunzione di innocenza e di non colpevolezza sono sinonimi a tutti gli effetti». Altresì cfr. G. BELLAVISTA, *Considerazioni sulla presunzione di innocenza*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, I, Milano, 1973, 172 per cui «si è scritto, per esempio, che la nostra Costituzione enuncia solo la formulazione negativa della non presunzione di colpevolezza, e non dice che sussiste una presunzione di innocenza.

considerato colpevole sino a che non sia provato il contrario, oltre ogni ragionevole dubbio², tramite un atto giurisdizionale avente il carattere della definitività³: è già evidente, dunque, l'importanza e la necessità⁴ di tale principio di civiltà giuridica, definito un «vanto secolare delle concezioni democratico-liberali»⁵. La garanzia di matrice costituzionale è strettamente connessa alla natura garantista del procedimento di tipo accusatorio accolto dal legislatore italiano nel 1988⁶: la presunzione di innocenza, infatti, «postula l'adesione ideologica a quella concezione del processo e della politica che riconosce all'individuo un ruolo centrale nei suoi rapporti con l'autorità, rappresentando una decisa opzione a favore della tutela dell'immunità degli innocenti, anche a prezzo dell'impunità di qualche colpevole»⁷. Dunque, tale scelta di carattere “ideologico”⁸ fatta dal Costituente italiano, non senza

Questioni di lana caprina: *qui negat de uno, dicit de altero*. Quando non si è presunti colpevoli, si è presunti innocenti. *Tertium non datur*». Ancora, V. GAROFOLI, *Dalla non considerazione di colpevolezza alla regola dell'oltre il ragionevole dubbio*, *Dir. pen. proc.*, 2010, 9, 1032 che afferma «appare evidente, in un simile contesto, la centralità della presunzione di innocenza elevata a vero e proprio principio epistemologico: l'espressione “non colpevole” e “presunto innocente” sono in un rapporto di sinonimia, con la conseguente fungibilità delle due formulazioni assunte in partenza. Non colpevole non inficia, in altre parole, l'intimo significato di innocente, ma ne attua semplicemente il significato senza alcuna implicazione concreta».

² Su tale carattere insiste G. BELLAVISTA, *Considerazioni sulla presunzione di innocenza*, cit., 169 che afferma chiaramente «l'ombra del dubbio, sovrasta ed è immanente al processo, perché ne investe tutta la tematica che in esso si svolge». Dunque, nell'ottica di salvaguardare uno dei due fini del processo, è fondamentale «la cd. presunzione di innocenza che, in definitiva, esprime la esigenza che per arrivare alla condanna occorra provare, al di là di ogni ragionevole dubbio, la colpevolezza del prevenuto».

³ Il momento in cui, giustappunto, la garanzia di cui si sta discorrendo viene meno è quello individuato dall'articolo 648 c.p.p. che, rubricato «Irrevocabilità delle sentenze e dei decreti penali», al comma 1 prevede che «sono irrevocabili le sentenze pronunciate in giudizio contro le quali non è ammessa impugnazione diversa dalla revisione». Il carattere dell'irrevocabilità è, poi, elemento necessario affinché il provvedimento acquisti anche il carattere della definitività ex. articolo 650 c.p.p.; inoltre, tale riferimento attribuisce portata generale alla garanzia dell'effetto sospensivo delle impugnazioni contro le sentenze penali di condanna ex. articolo 588 c.p.p.

⁴ Della «necessità» di tale principio parla P.P. PAULESU, in *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009, 3.

⁵ Così M. CHIAVARIO, *Diritto Processuale Penale*, Torino, 2018, 207. Concorde anche G. BELLAVISTA, *Considerazioni sulla presunzione di innocenza*, cit., 171 secondo il quale «esso esprime, anche al di là delle scelte politiche, e delle occasionali contingenze, un principio di civiltà processuale penale, una *corner stone* del processo penale moderno, astrattamente irrinunciabile».

⁶ Nello stesso senso cfr. P.P. PAULESU, *Presunzione di non colpevolezza*, in *Dig. disc. pen.*, IX, 1995, 677 secondo il quale «tra i principi fondamentali del processo penale, nessuno, forse, più della presunzione di non colpevolezza dell'imputato, rappresenta l'ideale cartina di tornasole per verificare il tasso di garantismo presente in un determinato sistema processuale». Ulteriormente, O. MAZZA, *La presunzione*, cit., 1 secondo il quale «la presunzione di non colpevolezza è legata a doppio filo al modello garantista della giurisdizione penale».

⁷ Così C. FIORIO, *La presunzione di non colpevolezza*, in G. DEAN (a cura di), *Fisionomia costituzionale del processo penale*, Torino, 2007, 120. Per la considerazione secondo cui «l'art. 27, 2° co., Cost. rappresenta una sorta di clausola generale riassuntiva dei valori dell'individuo sul terreno processuale, e svolge la peculiare funzione di ribadire e consolidare, in tale settore, prerogative individuali contenute in altre norme costituzionali» cfr. P.P. PAULESU, *Presunzione di non colpevolezza*, cit., 687: gli articoli della Costituzione che vengono citati sono l'articolo 2,3 e 21.

⁸ In questo senso cfr. AA.VV., *Fondamenti di procedura penale*, Cedam, 2019, 119 in cui si afferma «una impostazione ideologica di questo tipo, fortemente garantista, è fondata sul seguente sillogismo. Ogni individuo, colpevole o innocente, è sempre esposto al potere di punire. Tale potere si esercita attraverso il

qualche difficoltà, è sicuramente significativa soprattutto se la si analizza nell'ottica di una maggiore protezione del presunto innocente di fronte alla necessità proveniente dal popolo di reprimere i reati.

La presunzione d'innocenza è considerata, storicamente, una delle più rilevanti garanzie processuali: ma ciò non è sufficiente dal momento che, come anticipato, essa è «consustanziale all'idea stessa del processo penale e ne delinea limpidamente l'unica legittima finalità che è quella cognitiva. Il processo serve per conoscere, per verificare l'ipotesi d'accusa, e siffatta verifica non può dirsi compiuta fino a quando non sopravviene una sentenza di condanna definitiva che consacra in modo irrevocabile la validità della tesi accusatoria»⁹. La necessità di tale garanzia è confermata, poi, dalla considerazione in base alla quale se la stessa non esistesse, non soltanto l'imputato non ne godrebbe, ma verrebbe meno la ragion d'essere dell'intero processo penale. Si può per tale ragione affermare che non soltanto la presunzione di innocenza è il presupposto di tutte le altre garanzie¹⁰, ma è appunto elemento logicamente necessario per conseguire il fine assegnato al processo penale, «nel senso che il verificare l'ipotesi di colpevolezza assume un preciso valore proprio perché nessuno può essere considerato colpevole fino alla condanna definitiva, come recita, appunto, l'art. 27 comma 2 Cost.»¹¹. Argomentando in tal senso, si può a ragione dire che

processo. La potestà punitiva riceve la sua compiuta legittimazione solo con la condanna definitiva. È dunque necessario, prima di tale momento, proteggere adeguatamente chi ancora non l'ha subita».

⁹ In questi termini O. MAZZA, *La presunzione*, cit., 1. Concorde anche G. BELLAVISTA, *Considerazioni sulla presunzione di innocenza*, cit., 173 che afferma acutamente «la presunzione di innocenza è connaturale alla ragion d'essere del processo penale ed agli scopi per i quali esso è. Qual è, infatti, la regola teleologica che lo domina? *Impunitum non relinquit facinus, innocentem non condemnare*. Su questo binario “procede” il *processus iudicii*. [...] Nasce appunto da una situazione di incertezza. Il suo dramma è questo, anzitutto. Il processo nasce perché il dubbio è il suo prologo; ed una certezza, una giudiziale certezza (sulla cui relatività non occorre fermarci), vorrebbe essere il suo epilogo». Ulteriormente, cfr. P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 9 che asserisce «in questa particolare prospettiva, si ritiene che la presunzione di non colpevolezza costituisca l'ineludibile *guide-line* per la costruzione di un moderno accertamento processuale di tipo tendenzialmente accusatorio, perché ispirato ai valori dell'individuo e della legalità, e, in definitiva, la naturale risposta alla domanda: *come giudicare?*». Chi, prima di tutti gli autori citati, ha colto tale nesso è stato C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), Rizzoli, Milano, 2014, 74 il quale afferma che nel «processo offensivo, gl'indizi alla cattura sono in potere del giudice; perché uno si provi innocente deve esser prima dichiarato reo».

¹⁰ A tal proposito, cfr. P.P. PAULESU, *Presunzione di non colpevolezza*, cit., 679 che parla di «un valore dalla portata riassuntiva». Ulteriormente cfr. G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, 2 secondo cui «occorre tener presente, soprattutto, che solo riportando il processo nell'alveo della disciplina imposta dalla Costituzione è possibile restituire ad esso il suo autentico compito, avviando a soluzione la crisi che da tempo lo travaglia. Si constaterà allora come la presunzione d'innocenza possa veramente assurgere a valore preminente: non solo in un'ottica individualistica, ma soprattutto sul piano della funzione sociale del processo».

¹¹ Così O. MAZZA, *La presunzione*, cit., 2. In termini simili cfr. A. PASTA, *Lo scopo del processo e la tutela dell'innocente: la presunzione di non colpevolezza*, in *Arch. pen.*, 2018, 1, 9 secondo cui «da decenni si sostiene che l'esser accusati non deve determinare “uno status di *capitis deminutio*” dell'individuo. Ma se con l'espressione si allude alla possibilità di essere sottoposto a una misura cautelare, o di essere oggetto di un rinvio a giudizio, o di una sentenza di condanna, la “*capitis deminutio*” è inestricabilmente connessa con la previsione del processo penale come istituto della vita civile. Se non è logicamente possibile pensare di

una limitazione o lesione di tale principio costituisce anche una diminuzione della sfera garantista del processo penale considerato nel complesso: tale prima e fondamentale garanzia assicurata dalla legge processuale, infatti, può essere considerata come una clausola di salvaguardia della giurisdizione dato che, si accennava, l'accusa è solo un'ipotesi da verificare e il processo serve proprio ad accertare la fondatezza dell'accusa.

Da queste considerazioni deriva che tale garanzia può ritenersi pienamente compatibile soltanto con un procedimento di carattere pienamente accusatorio e non già meramente misto¹² – ad esempio il codice di procedura penale Rocco, del 1930 - o ancor meno di natura inquisitoria; è, infatti, sulla base solida della presunzione di innocenza che possono innestarsi ed essere resi effettivi aspetti fondamentali del processo accusatorio quali un rapporto paritetico tra le parti, la terzietà del giudice, e il rispetto del contraddittorio¹³; inoltre, la presunzione di innocenza è il «più immediato ed efficace antidoto all'errore giudiziario»¹⁴ e anche per tale ragione va assolutamente preservata. Per tali motivi, va detto che la presunzione di non colpevolezza, dal momento che essa «ha necessariamente un fondamento politico-normativo nel contesto politico-costituzionale di uno Stato di diritto»¹⁵, non può essere ridotta ad una prospettiva meramente psicologica; va, al contrario, tenuto a mente che

eliminare il concetto di accusato senza eliminare anche quello di processo, si può però decidere che trattamento riservargli».

¹² Di tale considerazione è convinto V. GAROFOLI, *Dalla non considerazione di colpevolezza*, cit., 1030 che afferma «accogliere in un dato ordinamento il principio in questione significa ben altro, o comunque molto di più, che disegnare in certi termini “la posizione dell'imputato rispetto all'accusa”. Significa invece, e molto più impegnativamente, abbracciare una specifica visuale processuale ed insieme una filosofia politica, ove assume un ruolo centrale il rapporto tra individuo e potere. Si coglie, così, lo stretto legame tra non considerazione di colpevolezza e metodo della giurisdizione. Non ha cittadinanza, il principio in parola, in un contesto di stampo autoritario o totalitario, ove cioè, si persegue massimamente la punizione di tutti i colpevoli, piuttosto che la tutela di tutti gli innocenti. Qualora - ed è opportuno ribadire la natura etica della scelta - si intraprenda la via dello Stato di diritto; [...] qualora la tutela dell'innocente sia sopra ogni cosa privilegiata, anche a costo dell'immunità di qualche colpevole, allora occorre partire proprio dal principio della non considerazione di colpevolezza per tracciare le linee guida di un processo penale in tale senso orientato. Chi non ha avuto timore di cimentarsi in questa impegnativa quanto nobile impresa, dalla Scuola Classica fino ai nostri giorni, ha elevato il principio in questione a postulato etico di riferimento, in quanto “corollario logico del fine razionalmente assegnato al processo”».

¹³ Concorde in merito G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza*, cit., 5 in accordo col quale «far riferimento alla presunzione di innocenza vuol dire soprattutto ristabilire la giusta prospettiva, e la corretta funzione del processo penale. [...] L'affermazione di tale principio, se intesa nel suo pieno significato, rappresenta il cardine dell'ordinamento processuale moderno, poiché ad esso sono evidentemente collegate le più importanti garanzie che tutelano, direttamente, l'imputato e, mediatamente, la correttezza dell'accertamento. Il diritto alla difesa e al contraddittorio, l'inviolabilità della libertà personale, la riserva di giurisdizione e l'imparzialità del giudice possono, senza sforzo, vedersi riassunte nella presunzione d'innocenza dell'imputato, o comunque in essa trovano la motivazione di fondo e l'elemento unificatore». In termini parzialmente differenti P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 9 secondo cui valori quali il diritto di difesa, il contraddittorio e l'imparzialità del giudice rappresentano «le opportune “garanzie di contesto” che permettono alla presunzione di non colpevolezza di trovare la sua più ampia e significativa estrinsecazione».

¹⁴ V. AA.VV., *Fondamenti*, cit., 119.

¹⁵ Così R. ORLANDI, *Provvisoria esecuzione della sentenza e presunzione di non colpevolezza*, in *Ind. pen.*, 2000, 1, 109.

«il principio della presunzione di innocenza richiede, fondamentalmente, una vera e propria opzione di sistema»¹⁶, chiaramente nell’ambito di un procedimento penale di tipo accusatorio. Tenendo conto, poi, degli ultimi sviluppi legislativi e giurisprudenziali che hanno interessato tale principio, si è parlato di una «*vis expansiva*»¹⁷ dello stesso: se è necessario e vero che ogni valore costituzionale deve essere adeguato al mutamento della coscienza socioculturale del paese, «occorre riconoscere oggi anche un’ulteriore caratura, che potrebbe definirsi come “diritto di non essere rappresentati come colpevoli prima della decisione definitiva”»¹⁸; e proprio questo aspetto è stato valorizzato dalla Corte costituzionale con la sentenza 30 luglio 2021, n. 182¹⁹ nella dimensione endoprocessuale. Anche sulla scorta di tali precisazioni, se si intende rendere concretamente operante tale principio – volendo dare il giusto peso alla disposizione contenuta nell’art.27, secondo comma Cost. nell’ottica dei valori politico-processuali – è necessario che ci si impegni «in una ricerca dei significati pratici a questa ricollegabili»²⁰, adoperandosi affinché «i contenuti della norma riescano a tradursi in congegni pratici idonei a costituire una risposta storicamente motivata e tecnicamente precisa alle esigenze di tutela fatte proprie dal garantismo costituzionale»²¹.

¹⁶ Così O. DOMINIONI, *sub art. 27 comma 2 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. BRANCA, *Rapporti civili. Art. 27-28*, Bologna-Roma, 1991, 220. Negli stessi termini anche G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza*, cit., 80 che afferma «il principio in discorso rappresenta dunque una opzione di fondo, che indica l’unico modo politicamente accettabile di impostare la ricerca giudiziale: tanto da diventare quasi, nello Stato di diritto, un principio di ragione, più che una scelta normativa contingente». Nel medesimo senso cfr. M. CATERINI, *Presunzione di elementi della fattispecie versus presunzione di non colpevolezza*, in *Ind. pen.*, 2016, 2, 468 secondo cui «la presunzione d’innocenza e i diversi contenuti ad essa attribuiti, sono infatti il portato di precise opzioni ideologiche alla base di una data organizzazione politica della società, che oscillano a seconda della più o meno pregnante scelta assiologica a favore della repressione dei reati o della protezione dell’innocente».

¹⁷ Così C. CONTI, *Cronaca giudiziaria e processo mediatico: l’etica della responsabilità verso nuovi paradigmi*, *Arch. pen.*, 2022, 1.

¹⁸ Cfr. C. CONTI, *Cronaca giudiziaria*, cit., 2.

¹⁹ Per un commento a tale sentenza cfr. E. GRISONICH, *Verso una tutela integrata dei diritti fondamentali dei prevenuti: doppia pregiudizialità, Carta di Nizza e direttive di Stoccolma alla luce di un rilevante approdo della Consulta in relazione all’art. 578 c.p.p.*, in *Sistema penale*, 21 settembre 2021.

²⁰ Cfr. v. E. MARZADURI, *Considerazioni sul significato dell’art. 27, co. 2, Cost.: regola di trattamento e regola di giudizio*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di F.R. DINACCI, Milano, 2010, 308.

²¹ In questi termini O. DOMINIONI, *sub art. 27 comma 2 Cost.*, cit., 162. Questa esigenza è stata tenuta in considerazione anche nell’ultima “tappa evolutiva” di questo principio, ovvero l’adozione del decreto legislativo 188/2021.

2. La genesi dell'articolo 27, comma 2 Costituzione

Il principio costituzionale della presunzione di non colpevolezza ha una solida tradizione giuridica alle sue spalle: procedendo con un breve *excursus* storico si può notare che il primo testo in cui formalmente si sancisce tale principio è la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789, il cui articolo 9 recita «*Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable*»: è evidente il contributo apportato dalle idee di matrice illuministica, sia degli studiosi francesi che degli autori italiani²², a tale formulazione. Dopo tale solenne enunciazione, però, tale principio per tutto il corso del XIX secolo non ha riscosso grande successo e non è stato riconosciuto né nello Statuto Albertino né nelle Costituzioni degli altri Stati europei: l'influenza delle vicende politiche che hanno coinvolto l'Europa in quel periodo si fecero sentire anche portando a restrizioni nelle garanzie dei singoli cittadini.

In tale frangente, all'interno della dottrina italiana idee di segno opposto furono portate avanti dalla Scuola Classica i cui membri²³ hanno attribuito a questo principio un valore di carattere politico autonomo, generale e a favore di ogni persona; a tali idee si opposero, però, gli studiosi facenti parte della Scuola positiva i quali, in linea con la svolta autoritaria ottocentesca, ne svilivano la portata²⁴. «Ed è tale *humus* a segnalare l'esclusione del principio prima dal codice del 1913, poi da quello del 1930, nella cui *Relazione* il Guardasigilli bollava la presunzione quale “stravaganza derivante da quei vietati concetti, germogliati dai principi della rivoluzione francese, per cui si portano ai più esagerati e incoerenti eccessi le garanzie

²² Il riferimento non può che andare a C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), cit., 67 in cui si afferma solennemente che «un uomo non può chiamarsi reo, prima della sentenza del giudice. E, ancora, C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), cit., 76 «la carcere è dunque la semplice custodia d' un cittadino finché sia giudicato reo, e questa custodia essendo essenzialmente penosa, deve durare il minor tempo possibile e dev'essere meno dura che si possa».

²³ Il rappresentante più significativo è, senza dubbio, F. CARRARA la cui attenzione al principio della presunzione di innocenza è enfatizzata da M. CHIAVARIO, *Presunzione d'innocenza e diritto di difesa nel pensiero di Francesco Carrara*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 356. Anche V. GAROFOLI, *Presunzione di innocenza*, cit., 1175 riconosce che «la Scuola Classica ha avuto il merito di sviluppare scientificamente le intuizioni del pensiero illuminista, riconducendo dapprima la presunzione d'innocenza ad una generica esigenza di legalità delle procedure, per poi valorizzarla – soprattutto ad opera di Francesco Carrara – attraverso un notevole allargamento della sua portata operativa (regola di trattamento dell'imputato, disciplina dell'onere della prova, regola di giudizio), senza mai disconoscere – ed anzi mettendo in risalto – la fondamentale valenza politica».

²⁴ Negli stessi termini cfr. P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 43 in cui si afferma «gli ideali della teoria liberale classica vengono radicalmente rovesciati in nome di una differente concezione dell'intervento repressivo statale, intrisa di pan-giudizialismo e di cinico pragmatismo», frangente in cui «l'obiettivo da perseguire non è più la protezione dell'individuo ma la difesa della società dal delitto». Icasticamente cfr. anche Cfr. M. CHIAVARIO, *Presunzione d'innocenza*, cit., 358 che asserisce «ma sarebbero poi venuti tempi nei quali, con Manzini e con Rocco, la presunzione d'innocenza doveva diventare il primo bersaglio del sarcasmo contro le idee “demo-liberali” nell'ambito della procedura penale».

individuali”»²⁵: emblematico, in tal senso, il dibattito tra sostenitori e detrattori di tale garanzia durante i lavori preparatori del codice Finocchiaro-Aprile del 1913 durante il quale prevalse l’idea del codice di procedura penale come fondamentale strumento di difesa sociale contro i delitti (e non di strumento che possa tutelare l’innocente)²⁶. La situazione non mutò neppure durante l’approvazione del Codice di procedura penale Rocco del 1930²⁷: in quel momento storico, anzi, le idee autoritarie di stampo fascista erano quanto di più lontano dalla considerazione di principi quali quello di cui si discorre; si arriva, dunque, ad un processo di svilimento di tale solenne dipendente, più che dall’assenza di norme, da limiti culturali diffusi anche tra gli studiosi. È, infatti, necessario attendere la Costituzione del 1947-1948 per veder sancito solennemente tale principio fondamentale, con l’avvertenza che nemmeno la Costituzione «ha avuto poi avuto il coraggio di consacrare la presunzione d’innocenza nella sua espressione più genuina. Perché l’ordinamento italiano venisse ad avere, nel suo interno, una formula normativa improntata alla versione più pura della presunzione d’innocenza, sarebbe dovuta giungere la ratifica della Convenzione europea dei diritti dell’uomo e poi quella del Patto internazionale sui diritti civili e politici. Ed è un dato, questo, che forse spiega perché si siano dovuti aspettare tanti anni per vedere abolita la formula assolutoria per insufficienza di prove»²⁸. I lavori preparatori della Costituzione Italiana, sebbene si abbiano poche notizie in relazione a tale argomento²⁹, restituiscono uno

²⁵ Cfr. C. FIORIO, *La presunzione di non colpevolezza*, cit., 124.

²⁶ Per una rassegna dei lavori preparatori v. A. GHIARA, *Presunzione di innocenza, presunzione di “non colpevolezza” e formula dubitativa, anche alla luce degli interventi della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, 1, 78.

²⁷ A. GHIARA, *Presunzione di innocenza*, cit., 80 afferma che «con l’affermarsi del regime fascista, è naturale che il principio di cui trattasi dovesse subire una decisa sconfessione: il ministro Rocco giunse a definirlo “assurdo”; [...] i motivi addotti per giustificare il rifiuto della “presunzione” erano quelli (di carattere logico-giuridico) già prospettati dal Manzini». Concorde anche F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012 che ha icasticamente affermato che il codice di procedura penale del 1930 fu «squadrato “a colpi d’ascia” dallo stesso Manzini». Il pensiero di quest’ultimo, di cui si ha traccia in V. MANZINI, *Istituzioni di diritto processuale penale*, Padova, Cedam, 1946, lo ha portato ad affermare che «inesatto e incoerente è il criterio che le norme processuali penali siano essenzialmente dirette alla tutela dell’innocenza; [...] si verrebbe ad affermare quel che in pratica è assolutamente falso ed in teoria assurdo: che cioè, di regola, siano destituiti di fondamento ed arbitrari i sospetti di colpevolezza che dal pubblico ministero si elevano contro gli individui indiziati. Sono idee antiquate, fallaci ed ingiuste, che più o meno coscientemente provengono da quel modo demagogico di pensare, per cui nella pubblica Autorità si ravvisa una perfida e sfrenata insidiatrice degli interessi individuali. [...] Da quanto abbiamo detto risulta che nulla di più incongruente e paradossale può immaginarsi di quella pretesa presunzione d’innocenza. [...] La imputazione si fonda sempre e necessariamente sopra indizi di colpevolezza, e però, se una presunzione generica dovesse aversi, in relazione all’imputato, non potrebbe essere evidentemente che una presunzione di reità».

²⁸ Cfr. M. CHIAVARIO, *Presunzione d’innocenza*, cit., 358.

²⁹ Un’ “avvertenza” in tal senso proviene da P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell’imputato*, cit., 52: «considerato che il materiale relativo alla gestazione dell’art. 27 comma 2 Cost. si rivela lacunoso, e che i resoconti dei lavori dell’Assemblea costituente non consentono di individuare l’esatto significato e l’estensione che si voleva attribuire al principio contenuto nell’art.27 comma 2 Cost., sembra preferibile, nell’approccio a quel dibattito, rifuggire da posizioni troppo radicali». Per tali ragioni «nel contempo, però,

spaccato significativo della, complessa, situazione tra gli studiosi della materia: la versione dell'articolo 27, comma 2 della Costituzione non è sempre stata quella che si legge attualmente ma, anzi, è stata più volte modificata sia in sede di prima sottocommissione, sia di Comitato dei diciotto, sia di discussione generale in Assemblea. La Costituzione repubblicana accoglie senza indugi il principio e ne rafforza la legittimazione politica: «è il nuovo contesto giuridico, oltre che politico, a giustificare una simile scelta»³⁰; in precedenza si è affermato che la scelta del legislatore costituzionale è stata una scelta di forte impatto ideologico dal momento che «elevare un principio a dignità normativa equivale, cioè, a selezionarlo tra i vari esistenti, in virtù di una maggiore preferibilità etica»³¹: non a caso si è detto che l'affermazione di tale principio ha rappresentato uno dei maggiori punti di distacco dalla tradizione giuridica precedente. Se il Costituente da un lato ha risolto il problema inerente l'arco temporale di durata del principio (che, si è detto, essere sussistente fin quando il provvedimento di condanna passa in giudicato), ciò che non è risultato chiaro immediatamente dopo il varo della Carta è stato il rapporto tra la “non colpevolezza” e l’“innocenza”: «l'accoglienza che viene riservata alla norma non è delle più entusiastiche»³², è stato affermato, dal momento che diversi autori ne hanno sminuito la portata facendo leva soprattutto sulla formula della “negazione passiva” adottata dal Costituente³³; l'operazione che viene compiuta da questi autori è quella di recuperare i giudizi negativi su questo principio dei decenni precedenti al fine di attenuare l'impatto della garanzia nel processo penale; tuttavia è stato problematico fare ciò in un rinnovato contesto storico in cui vi è addirittura una norma di rango costituzionale a tutelarla. In tal senso la formula “negativa” scelta dal Costituente nell'art. 27, 2° co., Cost., sebbene *prima facie* univoca, ha suscitato molte discussioni: l'imputato, anziché “innocente”, è definito “non colpevole” e tale dinamica ha creato non poche contraddizioni; anche per tale ragione, sono stati fatti opposti tentativi al fine di individuare, nell'enunciato costituzionale, «ora una autentica presunzione di innocenza, in linea con i sistemi accusatori più evoluti, ora una più “sbiadita” presunzione di non colpevolezza»³⁴. La formula della “non colpevolezza”, infatti, è stata ritenuta

resterebbe probabilmente deluso chi pretendesse di ricavare, dai lavori preparatori dell'art.27 comma 2 Cost., limpide e definitive conferme alle proprie convinzioni».

³⁰ Così V. GAROFOLI, *Presunzione di innocenza*, cit., 1178.

³¹ Così V. GAROFOLI, *Presunzione di innocenza*, cit., 1179.

³² In questi termini O. DOMINIONI, *sub art. 27 comma 2 Cost.*, cit., 194.

³³ Critico su tale impostazione C. FIORIO, *La presunzione di non colpevolezza*, cit., 126 il quale parla di «errore prospettico, dovendo la legge ordinaria essere interpretata alla luce della norma costituzionale e non già questa essere distorta nell'errato ossequio di una legislazione che non sia stata tempestivamente adeguata ai principi fondamentali dell'ordinamento.»

³⁴ Cfr. P.P. PAULESU, *Presunzione di non colpevolezza*, cit., 679.

maggiormente in grado di attenuare le frizioni con altri istituti processali fondamentali, quali le misure cautelari³⁵ (che trovano il loro fondamento nell'articolo 13 della Costituzione): l'opinione diffusa era quella secondo la quale «la Costituzione, insomma, sancirebbe sì il divieto di considerare l'imputato colpevole prima della condanna definitiva, ma non lo presumerebbe innocente»³⁶. Tali, diffuse, concezioni volte a «banalizzare»³⁷ la portata di tale principio hanno trovato conforto nell'esegesi, orientata ad attenuare il principio³⁸, adottata dalla Corte costituzionale³⁹, che non ha valorizzato adeguatamente l'importanza della garanzia; tale circostanza è, tra l'altro, corroborata dal fatto che non è (quasi) mai stata pronunciata declaratoria di illegittimità costituzionale sulla base della violazione dell'articolo 27, comma 2 Costituzione in relazione ad istituti fondamentali del processo: dunque «la Corte ha voluto evitare, per quanto possibile, prese di posizione troppo categoriche, che sarebbe poi stato difficile non portare alle estreme conseguenze; inoltre c'è stata forse una sorta di autolimitazione, trattandosi di un principio di così vasta portata, riguardante il modo stesso di concepire il processo»⁴⁰. Le idee portate avanti dalla Corte Costituzionale sono ben riassunte in una pronuncia, relativa alla presunta illegittimità costituzionale dell'articolo 479, comma 3 c.p.p. del 1930, dei primi anni '70 (sentenza 124/1972) con cui la Corte dichiara la q.l.c. infondata: nella medesima si leggono alcune considerazioni significative, come quella per cui la Consulta «ha avuto occasione di

³⁵ Per cui v. *infra* § 3.1.1.

³⁶ Cfr. P.P. PAULESU, *Presunzione di non colpevolezza*, cit., 679.

³⁷ Tale affermazione è di P.P. PAULESU, *Presunzione di non colpevolezza*, cit., 680.

³⁸ Secondo P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 50 «gravi responsabilità pesano, giova rimarcarlo, sulla Corte Costituzionale, che non ha mai fornito alcun limpido contributo all'affinamento concettuale e funzionale della garanzia *de qua*; [...] troppo spesso la Corte si è limitata a generiche ed astratte enunciazioni prive di ogni apprezzabile rilievo sul terreno esegetico e culturale». Ancora, P.P. PAULESU, *Presunzione di non colpevolezza*, cit., 680 afferma che è «indubbio che l'azione riduttiva condotta sull'art. 27, 2° co., Cost. dalla Corte costituzionale intendesse salvaguardare le modalità di trattamento dell'imputato nel corso del processo dalle censure di illegittimità. Palese il vizio metodologico: interpretare la norma costituzionale alla luce della legge ordinaria preesistente, un codice ideologicamente ostile alla presunzione di non colpevolezza. Quando la conciliazione tra i due ordini di disposizioni si è rivelata irrealizzabile, non è restato che sbarazzarsi della norma costituzionale facendo leva sulla sua debolezza semantica». Concorde anche S. SILVERIO, *La garanzia costituzionale della presunzione di non colpevolezza*, in *Rass. parl.*, 2015, 4, 866 secondo la quale «la Corte sembra aver fatto mancare il suo apporto a una sicura costruzione tecnica della garanzia costituzionale in esame. Il che è stato possibile anche perché, fino alla riforma del 1988, il processo penale “misto” si è rivelato strutturalmente incompatibile con il principio della presunzione di non colpevolezza. Con il passaggio al sistema accusatorio, invece, viene meno quell'incompatibilità, almeno da un punto di vista formale. [...] Ma la Corte è rimasta latitante». Concorde anche C. FIORIO, *La presunzione di non colpevolezza*, cit., 121 secondo cui «proprio sul versante applicativo, il giudice delle leggi non ha evidenziato “il salto di qualità” rispetto alla giurisprudenza caratterizzante il periodo di vigenza del codice Rocco. [...] La Corte costituzionale non ha mai posto la presunzione di non colpevolezza a fondamento di sentenza di illegittimità costituzionale, avallando – talora – istituti che, sicuramente efficaci dal punto di vista delle opzioni di politica criminale e giudiziaria, destano, però, più d'una perplessità se posti in riferimento al complesso delle garanzie espresse dall'art. 27, comma 2, Cost.».

³⁹ Il riferimento è soprattutto a sentenza Corte cost., 22 giugno 1972, n. 124, in *Giust. pen.*, 1973, III, 34.

⁴⁰ Così G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, cit., 12.

affermare (sia pure a fini diversi da quello che viene oggi in questione) che la disposizione dell'art. 27, secondo comma, Cost., nel dichiarare che l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva, vuol garantirgli l'esclusione della presunzione di colpevolezza durante tutto lo svolgimento del rapporto processuale [...]. E ciò, sia alla stregua del concetto stesso di colpevolezza (*lato sensu*), che per la dottrina generale del reato è comunemente intesa come presupposto indispensabile per l'applicazione della pena; sia in conformità alla espressione testuale usata dall'Assemblea costituente, che, nel contrasto delle opinioni, non ha sancito la presunzione d'innocenza, ma, con l'emendare l'originaria proposta della I Sottocommissione, ha voluto presumibilmente asserire che durante il processo non esiste un colpevole, bensì soltanto un imputato»⁴¹. Ulteriormente, i giudici costituzionali asseriscono che «nel nostro sistema e nella terminologia corrente, dunque, la condizione di non colpevole non sembra identificarsi con quella d'innocente: chi durante il processo, è non colpevole può essere giudicato, con la sentenza definitiva, innocente oppure colpevole. Se fosse vero il contrario, sarebbe illegittima ogni misura di carcerazione preventiva, che è, invece, ammessa dall'ultimo comma dell'art. 13 Cost.»⁴². La Corte, poi, utilizza altri argomenti al fine di pervenire alla dichiarazione di non fondatezza della q.l.c. ovvero ritiene che l'assoluzione per insufficienza di prove non contrasta col principio di non colpevolezza ma anzi lo convalida; e ancora, opera un parallelismo con l'art. 6, paragrafo 2 della CEDU nel senso di ritenere allineato l'articolo 6 all'articolo 27 (e non viceversa) «dato che la Convenzione contiene norme sulla carcerazione preventiva (art. 5, lett. b e c), che sembrano incompatibili con la presunzione di innocenza, ma conciliabili con la presunzione di non colpevolezza»⁴³.

Dunque, la formulazione – definita «di compromesso»⁴⁴ - adottata dal Costituente⁴⁵, che ha suscitato molteplici dubbi, ha creato delle divisioni all'interno della dottrina processualpenalistica: in prima battuta è stata avanzata, da Giovanni Leone, la nozione di «non presunzione di colpevolezza» come concetto distinto dalla «presunzione d'innocenza»;

⁴¹ Corte cost., n. 124 del 1972, cit., par. 1 Considerato in diritto.

⁴² Corte cost., n. 124 del 1972, cit., par. 2 Considerato in diritto.

⁴³ Corte cost., n. 124 del 1972, cit., par. 5 Considerato in diritto. Su questo punto, in senso critico, cfr. G. ILLUMINATI, voce *Presunzione di non colpevolezza*, cit., 2 che afferma «la Corte costituzionale, nella citata sentenza n. 124 del 1972, ha riconosciuto all'art. 6, n.2, della Convenzione europea un significato sostanzialmente uguale all'art.27, 2° co., Cost.: ha però tenuto a "livellare" le due disposizioni nel senso della "non colpevolezza". La conclusione non può non lasciare perplessi: viene attribuito al precetto internazionale un significato che, avendo anche riguardo alle sue origini e alla sua collocazione, non trova alcuna corrispondenza nel testo».

⁴⁴ Cfr. G. ILLUMINATI, voce *Presunzione di non colpevolezza*, cit., 2.

⁴⁵ Tuttavia, secondo O. DOMINIONI, *sub art. 27 comma 2 Cost.*, cit., 196, «il Costituente, insomma, non mirava a immettere nell'ordinamento una garanzia attenuata; manifestava, al contrario, la consapevolezza di quanto profondamente dovessero mutare, su quella spinta, i rapporti fra potere punitivo e individuo nel sistema processuale penale».

secondo questa tesi, la Costituzione avrebbe adottato una posizione di mezzo tra il canone della presunzione d'innocenza e l'opposto principio della presunzione di colpevolezza accolto durante il regime fascista. Un'ulteriore interpretazione, fatta propria da autori come Giuliano Amato e Vittorio Grevi, è quella che intende il principio – in maniera strettamente letterale – come «presunzione di non colpevolezza»: pur accogliendo la portata innovativa del principio, la Costituzione avrebbe inteso attribuire rilevanza alla formulazione negativa dell'art. 27, comma 2, Cost., sia perché nell'espressione adottata dal costituente è insito un compromesso che deve essere necessariamente tenuto in considerazione sia al fine di rendere meno problematico il rapporto tra tale principio e altri istituti processuali altrimenti incompatibili. La tesi che però, oggigiorno, è prevalente è quella portata avanti da autori come Giulio Illuminati e Pier Paolo Paulesu⁴⁶: tale garanzia deve essere intesa come una piena «presunzione di innocenza», considerazione necessitata dalla lettura armonica della Costituzione italiana con le varie disposizioni sovranazionali⁴⁷. Tale ultima interpretazione ha trovato sicuramente l'effetto propulsivo nell'adozione del Codice di procedura penale del 1988 il quale ha introdotto vari istituti, tra cui la razionalizzazione del sistema delle cautele, la soppressione della formula dubitativa *ex art. 530 c.p.p.* nonché l'introduzione del parametro dell'oltre ogni ragionevole dubbio con la modifica dell'articolo 533 c.p.p.⁴⁸.

⁴⁶ Più specificamente cfr. P.P. PAULESU, *Presunzione di non colpevolezza*, cit., 681 secondo cui «la dicotomia “innocenza” “non colpevolezza” va definitivamente superata perché non ha ragione di esistere né da un punto di vista logico-concettuale né tantomeno sotto un profilo squisitamente funzionale. Del resto, la matrice ideologica del principio lo pone al riparo da interpretazioni «letterali» che rischiano di limitarne le valenze garantiste». Ancora «le espressioni “innocente” e “non colpevole” costituiscono solo varianti semantiche di un identico concetto che si giustificano o alla luce di matrici storico-culturali differenti, oppure in ragione di mere opzioni lessicali contingenti. L'esprimersi in termini di “non colpevolezza”, perciò, è scelta motivata esclusivamente da un'esigenza di fedeltà lessicale al dettato costituzionale».

⁴⁷ Per una rassegna delle quali, *v. infra* § 3.2.

⁴⁸ Concorde anche A. PASTA, *Lo scopo del processo*, cit., 40 che afferma «in questa ottica liberale, pragmatica e ragionevole, si è posto il legislatore del 1988, il quale non solo ha consentito la restrizione della libertà personale sul presupposto, tra l'altro, del pericolo di reiterazione del reato, ma ha anche attuato nel migliore dei modi il principio contenuto nel secondo comma dell'art. 27 co. 2 Cost., andando ben oltre il significato attribuito al principio dalla giurisprudenza costituzionale; [...] si osserva come il legislatore, a tutela del presunto non colpevole, abbia innanzitutto previsto la separazione tra autorità che richiede la misura limitativa della libertà e quella che la applica. [...] Inoltre, proprio alla luce dei principi costituzionali di riferimento – segnatamente, il principio di inviolabilità della libertà personale (art. 13, co. 1, Cost.) e la presunzione di non colpevolezza (art. 27, co. 2, Cost.), ha previsto che la disciplina delle misure cautelari debba essere ispirata al criterio del “minore sacrificio necessario”: la compressione della libertà personale va contenuta, cioè, entro i limiti minimi indispensabili a soddisfare le esigenze cautelari del caso concreto. Ciò impegna il legislatore, da una parte, a strutturare il sistema cautelare secondo il modello della “pluralità graduata”, predisponendo una gamma di misure alternative, connotate da differenti gradi di incidenza sulla libertà personale; dall'altra, a prefigurare criteri per scelte “individualizzanti” del trattamento cautelare, parametrate sulle esigenze configurabili nelle singole fattispecie concrete». [...] Canoni ai quali non contraddice, la disciplina generale del codice di procedura penale, basata sulla tipizzazione di un “ventaglio” di misure di gravità crescente (artt. 281-285 c.p.p.) e sulla correlata enunciazione del principio di “adeguatezza” (art. 275, co. 1, c.p.p.), al lume del quale il giudice è tenuto a scegliere la misura meno afflittiva tra quelle astrattamente idonee a soddisfare le esigenze cautelari ravvisabili nel caso concreto e, conseguentemente, a far ricorso alla misura “massima” (la custodia cautelare in carcere) solo quando ogni altra misura risulti inadeguata (art. 275, co. 3, primo periodo,

Insomma, «in definitiva, occorre convincersi che insistere ancora sulle possibili differenze concettuali e applicative tra il postulato di “innocenza” e il postulato di “non colpevolezza” significa arenarsi nelle secche di un falso problema semantico»⁴⁹.

Ebbene, ciò premesso, è abbastanza pacifica la considerazione per cui tale principio stia attraversando un periodo di crisi⁵⁰: le ragioni di fondo di tale decadenza del principio - sebbene i giuristi non possano approfondire le cause della crisi culturale della società odierna, che possono essere ben riassunte con l'emergere di espressioni quali «populismo penale» o «giustizia mediatica» - in un ambito più ristretto in senso giuridico sono state individuate in quattro fattori⁵¹, che, interagendo tra loro, hanno messo a dura prova l'idea stessa dell'imputato quale presunto innocente⁵². All'interno di tale ricostruzione, che bene enuclea dei problemi della giustizia penale in senso ampio, un fattore rilevante è stato sicuramente l'aver attribuito grande importanza all'efficienza processuale, concetto che per tale motivo è stato ritenuto bilanciabile, a livello costituzionale, con la presunzione di innocenza e le altre garanzie fondamentali⁵³; ancora, ciò che ha messo in crisi questa fondamentale garanzia è «la crescente tendenza anticognitiva del processo»⁵⁴. Un ulteriore

c.p.p.)). Per tali ragioni, la presunzione di non colpevolezza «è invece fondamentale per guidare le mani del legislatore nello stabilire la legislazione in ambito cautelare e nella strutturazione del processo di cognizione». Cfr. anche C. CONTI, *Cronaca giudiziaria*, cit., 4 secondo la quale «la predetta forza espansiva si percepisce da tempo sotto il profilo terminologico: a fronte di una norma costituzionale che reca la locuzione “non è considerato colpevole” si parla di “presunzione di innocenza” ed in questa espressione non c'è soltanto la consapevolezza che “non colpevole” e innocente sono “antonimi disgiunti”, non c'è soltanto il fascino evocativo insito nella proclamazione costituzionale di un diritto fondamentale, ma si radica oggi anche la forza giuridica del metodo dell'al di là del ragionevole dubbio».

⁴⁹ Cfr. P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 57.

⁵⁰ In tal senso cfr. O. MAZZA, *La presunzione*, cit., 1 che, tentando di spiegare le ragioni della crisi, afferma che «la risposta è tutto sommato semplice: dall'entrata in vigore del codice del 1989, la presunzione di non colpevolezza è caduta in un progressivo oblio dottrinale, considerata poco più che una questione retorica, di sapore vetero illuminista, che non sollecitava più l'interesse speculativo rivolto alle rutilanti novità del giusto processo. Nel frattempo, però, il peso del principio si è progressivamente ridotto tanto nelle dinamiche applicative quanto nelle scelte legislative fino a che, oggi, la crisi, forse irreversibile, della presunzione d'innocenza è superata solo da quella, ancor più grave, della legalità alla quale da sempre il nostro Paese si mostra refrattario». Per un'opinione diversa cfr. A. PASTA, *Lo scopo del processo*, cit., 55 secondo il quale «se si volesse azzardare un bilancio sul grado d'attuazione dell'art. 27 co. 2 Cost. limitando l'analisi alle disposizioni legislative attualmente in vigore, si dovrebbe essere piuttosto soddisfatti. Adottando la doverosa lettura costituzionale dei vari articoli direttamente riconducibili all'art. 27 co. 2 Cost., quelle relative alle prove, ai criteri di giudizio, e alle misure cautelari, si giungerebbe a intravedere un quadro tutto sommato roseo».

⁵¹ Per tale ricostruzione cfr. O. MAZZA, *La presunzione*, cit., 5.

⁵² In relazione alla, problematica, diffusione del principio nella collettività cfr. G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza*, cit., 7 che afferma «il problema maggiore, del resto - e ciò non è privo di conseguenze sulle scelte del potere politico - è la scarsa sensibilità della coscienza sociale nei confronti del principio. È anzi possibile riconoscere, se mai, una tendenza addirittura opposta, di pregiudizio nei confronti dell'imputato, facilmente assimilato, quando non effettivamente confuso, con il colpevole. [...] Prende il sopravvento, allora, una non ingiustificata preoccupazione per il reato commesso, e il desiderio di una reazione dell'autorità pubblica pronta e rassicurante, costi quel che costi».

⁵³ Concorde, in una prospettiva più acuta, è P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 15.

⁵⁴ Così P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 20.

causa è costituita dal ricorrere sempre più di frequente a meccanismi di tipo special preventivo sia dentro che fuori dal processo, soprattutto delle misure di prevenzione.

Da ultimo, un altro motivo di erosione del principio è il progressivo “movimento” dell’asse processuale dalla sfera della tutela dell’imputato a quella della tutela della vittima⁵⁵. Ciò che, più di altre motivazioni, è alla base di tale crisi è l’«intempestività endemica della risposta giudiziaria: accertare la colpevolezza dell’imputato – il fine cognitivo del processo – rappresenta una questione complessa che richiede tempi dilatati, soprattutto nello sviluppo ordinario che può essere su tre o più gradi di giudizio, in caso di annullamenti con rinvio»⁵⁶; e tale considerazione può essere allargata, si diceva, all’intera giustizia penale che è materia tanto necessaria quanto sensibile che non può per tale ragione per poter essere risolta con un sommario accertamento di tipo amministrativo ma richiede invece una regola di giudizio rigorosa che si può riassumere con la formula della colpevolezza provata oltre ogni ragionevole dubbio. Se, dunque, permane una «sensibile divaricazione tra teoria e prassi, tra aspettative e risultati»⁵⁷ in relazione al principio di cui all’articolo 27, comma 2 Costituzione la “reazione” che si può auspicare deve essere tutta di carattere culturale nel senso di permettere alla presunzione di esplicitare quella sua funzione di «garanzia volta a rappresentare un orientamento legislativo fondamentalmente “liberale”»⁵⁸ nei confronti dell’imputato⁵⁹. Dunque, è d’uopo che la presunzione di non

⁵⁵ Chiaro sul punto è P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 23 che afferma «come è noto, si parla ormai da tempo di “scoperta della vittima” per denotare la nuova centralità che questa figura è venuta assumendo nell’ambito del diritto e del processo penale. [...] Oggi le vittime dei reati tendono a rivendicare autonome forme di tutela giurisdizionale che si affianchino alla tradizionale protezione offerta dal pubblico ministero».

⁵⁶ Per tale ricostruzione cfr. O. MAZZA, *La presunzione*, cit., 5.

⁵⁷ V. P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 51.

⁵⁸ Cfr. P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 61.

⁵⁹ Si può, brevemente, anticipare che il legislatore italiano – su impulso di quello europeo – ha fatto un passo (abbastanza timido) in questa direzione: nell’ottica di recepire nell’ordinamento italiano la Direttiva (UE) 2016/343 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali del 9 marzo 2016 del Parlamento Europeo e Consiglio, sono stati adottati prima la legge 53/2021 e in seguito il d.lgs. 188/2021. Tra le novità introdotte da tali atti normativi, spicca il nuovo articolo 115bis c.p.p. rubricato «Garanzia della presunzione di innocenza». Sulle previsioni del decreto acutamente pur se in un momento precedente l’effettiva adozione dello stesso, da parte di N. ROSSI, *Il diritto a non essere “additato” come colpevole prima del giudizio. La direttiva UE e il decreto legislativo in itinere*, in *Quest. Giust. Online*, 3 settembre 2021, si è affermato «è principalmente sul versante mediatico e della motivazione dei provvedimenti giudiziari che, nel nostro paese, la presunzione di innocenza può essere contraddetta e vulnerata. Ed il pericolo maggiore proviene dal corto circuito che può istituirsi tra le “parole” - dettate dal pregiudizio o solo sbrigative, incaute, disinvolute - pronunciate nei confronti degli indagati e degli imputati da “autorità pubbliche” e la successiva diffusione, amplificazione, reinterpretazione o alterazione di tali “parole” ad opera dei diversi organi di informazione. È questo il messaggio centrale racchiuso nello schema di decreto legislativo, destinato a rafforzare alcuni aspetti della presunzione di innocenza, inviato il 6 agosto dal Governo alle Camere per acquisirne il parere. Il segnale va salutato con favore e accolto con sollievo da tutti coloro che sentono l’arbitrarietà e la violenza di anticipati giudizi di colpevolezza, dei “pregiudizi” di cui sono infarcite alcune cronache giudiziarie, delle condanne sommarie e feroci emesse sul web, dei processi imbastiti nelle televisioni, talvolta anche con la partecipazione di magistrati, in spregio al chiaro invito

colpevolezza torni a ricoprire quella sua funzione «assiomatica»⁶⁰: bisogna, perciò, adoperarsi affinché sia possibile assicurare la preminenza di un interesse fondamentale e al fine di proteggere l'imputato da quel pressante potere che è l'esercizio della potestà punitiva da parte dello Stato.

3. *Contenuto e portata del principio...*

3.1 *...nell'ordinamento italiano*

Come già è stato anticipato, nell'ordinamento italiano la copertura costituzionale di tale fondamentale principio si trova nell'articolo 27, comma secondo: in questa norma costituzionale si adotta la formula della “negazione passiva” che, come si è detto, tuttavia non toglie pregnanza semantica al principio. «Si tratta di una garanzia polifunzionale»⁶¹ dal momento che ha, come è noto, la duplice valenza di regola di trattamento e di regola di giudizio: la presunzione di innocenza opera sia come criterio informatore della condizione di cui è destinatario l'imputato durante il processo, sia come effettiva regola di giudizio nella veste di regola probatoria e di regola decisoria sul fatto incerto. Riguardo la prima sfera, è necessario che l'individuo non venga assimilato, *in itinere iudicii*, al colpevole e per tale ragione è vietata qualsiasi limitazione della libertà basata su una semplice prognosi di colpevolezza; è proprio in tale ottica che si innesta la frizione tra l'articolo 27, comma 2 della Costituzione e l'articolo 13 della stessa. In relazione al secondo aspetto, la disposizione costituzionale sancisce in capo al magistrato inquirente l'onere di provare la colpevolezza dell'imputato, predeterminando il contenuto – assolutorio – della decisione in caso di dubbio (*in dubio pro reo*). Si è a ragione affermato che «i due modi di intendere la presunzione di

contenuto nel codice etico ad astenersi da tali discutibili performance». Ferma tale considerazione, tuttavia, «l'adesione di fondo all'ispirazione del decreto legislativo ancora in itinere non implica peraltro la rinuncia a ragionare – anche criticamente – sui differenti aspetti del testo normativo (in particolare di quelli attinenti alla motivazione dei provvedimenti), dopo aver accennato alla sua genesi e alle sue radici culturali ed istituzionali».

⁶⁰ Cfr. P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 61.

⁶¹ V. AA.VV., *Fondamenti*, cit., 120.

non colpevolezza si radicano in matrici culturali differenti: la regola di giudizio trae scaturigine dal “pragmatismo” della gnoseologia giudiziaria anglosassone, mentre la regola di trattamento affonda le radici nel “legalitarismo” degli illuministi continentali»⁶². Più in generale, si può dire che negli ordinamenti continentali tale garanzia si è sviluppata maggiormente nell’ambito della regola di trattamento, costituendo così il modello per regolare i rapporti tra l’individuo e l’apparato statale nel processo penale⁶³. Tale impostazione, definita «massimalista», è quella seguita dalla dottrina dominante (basti pensare ad autori come Dominioni, Illuminati, Bellavista, Chiavario) e «mira a riconoscere la natura polivalente del principio, esaltandone tanto la funzione di regola di trattamento quanto la funzione di regola probatoria e di giudizio»⁶⁴. E tale approccio va valorizzato nel senso di respingere la tesi per cui limitare la portata dell’articolo 27, comma 2 alla sola regola di trattamento sarebbe più vicino alla nostra tradizione continentale: non vi è alcuna ragione, di carattere logico o storico o letterale, a sostenere questa conclusione; «al contrario, la presunzione di non colpevolezza come regola di giudizio appare tutt’altro che estranea alla nostra cultura giuridica»⁶⁵.

Ciò premesso, dunque, l’ampiezza di tale garanzia deve essere massima nel senso che bisogna considerarla una norma che sancisce il divieto di assimilare l’imputato al colpevole; e nel senso di onerare l’accusa della prova della colpevolezza, la quale se non provata conduce all’affermazione di innocenza; ed «entrambi i profili sono ricavabili, nella stessa identica misura, sia dalla locuzione “è presunto innocente” (o “è presunto non colpevole”)

⁶² G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza*, cit., 28.

⁶³ Con la precisazione di Cfr. P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 24 per cui, dato il ruolo sempre più significativo della vittima all’interno del processo penale «la tradizionale dicotomia “individuo-autorità” alla quale si è soliti ricondurre tradizionalmente le questioni legate alla salvaguardia della presunzione di non colpevolezza, pur rappresentando ancora un imprescindibile punto di riferimento per comprendere l’effettiva portata di questa garanzia, si rileva forse oggi parzialmente inadeguata a denotare una realtà processuale divenuta assai complessa e frastagliata, e che reclama nuovi assetti e nuovi equilibri.»

⁶⁴ Così P.P. PAULESU, *Presunzione di non colpevolezza*, cit., 683 il quale dà anche dell’esistenza di un’altra prospettiva, definita «minimalista, tendente a restringere la latitudine operativa della norma al solo terreno della libertà personale e del trattamento dell’imputato». In tal senso cfr. G. ILLUMINATI, voce *Presunzione di non colpevolezza*, cit., 2 che afferma «secondo l’opinione più diffusa, che si ricollega alla dottrina liberale classica, la presunzione di non colpevolezza ha un duplice significato: regola di trattamento dell’imputato e regola di giudizio. Le due accezioni, anche se ben distinte, sono strettamente collegate dal punto di vista logico. La regola di trattamento si riferisce alla condizione dell’imputato nel corso del processo e, in particolare, alla libertà personale: l’imputato non deve essere equiparato al colpevole, e non sono ammesse forme di anticipazione della pena. La regola di giudizio attiene alla decisione sul fatto e indica, anzitutto, come va provata la responsabilità e come si risolvono le situazioni dubbie; nonché, consequenzialmente, come deve essere organizzata la raccolta delle prove, a salvaguardia del contraddittorio e della legittimità delle fonti di convincimento. [...] Non è possibile affermare, per contro, che l’art. 27, 2° co., Cost. si riferisca esclusivamente al trattamento dell’imputato. [...] La presunzione di non colpevolezza come regola di giudizio appare tutt’altro che estranea alla nostra cultura giuridica. [...] Il contenuto precettivo del principio, in definitiva, va esteso ad entrambi i significati menzionati, che possono perfettamente coesistere».

⁶⁵ V. P.P. PAULESU, *Presunzione di non colpevolezza*, cit., 683.

sia dalla proposizione “non è considerato colpevole”. Donde una prima conclusione. La presenza o no del termine “presunzione” non incide minimamente sulle valenze operative del principio di non colpevolezza. Discutere se nell'art. 27, 2° co., Cost. sia contenuta una “presunzione” o un “divieto di presunzione”, o qualcosa di diverso è pseudoproblema»⁶⁶. Per affermare una volta di più il carattere polifunzionale della garanzia di cui all'articolo 27, comma 2 è sufficiente pensare alla circostanza per cui se tale articolo non avesse un effetto diretto in ambito di oneri probatori e decisioni sul fatto incerto, non vi sarebbe nulla a tutela dell'imputato: e tale situazione non sarebbe assolutamente accettabile, in un settore fondamentale per il processo penale. «Solo la presunzione di non colpevolezza, quale tassello indefettibile del principio di “stretta giurisdizionalità”, riesce a cogliere la regola dell'onere della prova a carico dell'accusa imponendo di riaffermare l'originaria situazione di innocenza (o di non colpevolezza) nel caso di dubbio insoluto sul fatto»⁶⁷.

Partendo dall'analisi della presunzione di innocenza quale regola di trattamento – uno dei due corollari, si è detto, della garanzia costituzionale – si può affermare che questa opera sia nel processo che al di fuori di questo: riguardo al primo ambito, nel rapporto tra la restrizione della libertà personale prima di una condanna definitiva e la presunzione di colpevolezza, sembra celarsi una antinomia che appare insuperabile e che si basa su un quesito: «come conciliare il divieto di equiparare l'imputato al colpevole sino alla condanna definitiva con una valutazione in ordine alla “probabile colpevolezza” di tale soggetto effettuata nel corso del processo, e necessaria per l'applicazione di una misura cautelare nei suoi confronti? Come è possibile non considerare colpevole un imputato su cui gravano “gravi indizi di colpevolezza” (art. 273 comma 1 c.p.p.)?»⁶⁸» La presunzione di colpevolezza comporta l'assoluto divieto di attribuire alle misure cautelari le funzioni della sanzione⁶⁹. In merito a tale ultima considerazione la Corte costituzionale⁷⁰ ha affermato che «affinché le

⁶⁶ In questi termini si esprime P.P. PAULESU, *Presunzione di non colpevolezza*, cit., 684.

⁶⁷ Cfr. P.P. PAULESU, *Presunzione di non colpevolezza*, cit., 684.

⁶⁸ In questi termini P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 66.

⁶⁹ Si vedano, a tal proposito, le considerazioni di O. DOMINIONI, *sub art. 27 comma 2 Cost.*, cit., 197 secondo cui «la dottrina coglie nell'art.13 Cost. un “vuoto di fini”: con le riserve di legge e di giurisdizione tale norma prescrive come vadano prestabiliti i casi in cui sia consentito limitare la libertà dell'imputato e quale sia l'organo legittimato a provvedervi, ma non dice ancora se la coercizione dell'imputato debba essere rapportata a finalità stabilite in modo tassativo. Le quali, storicamente, si sono manifestate in tre direzioni fondamentali. Una prima funzione [...] è l'anticipazione degli effetti della pena; [...] altre due funzioni si sono venute esprimendo in chiave processuale, l'una con l'obiettivo di sventare il pericolo di fuga dell'imputato [...], l'altra polarizzandosi sull'esigenza di garantire i mezzi di prova contro inquinamenti e su quella di assicurare la disponibilità della persona dell'imputato per il compimento di atti istruttori che ne richiedono la presenza fisica». Ulteriormente cfr. R. ORLANDI, *Provvisoria esecuzione*, cit., 97 secondo cui «sappiamo che la distinzione fra misure cautelari e pene corre sul filo delle finalità perseguite: le prime mirano principalmente a salvaguardare il processo e il suo risultato, mentre le seconde puntano alla rieducazione ed emenda del reo».

⁷⁰ Corte cost., 21 luglio 2010, n. 265. Più risalente sentenza Corte cost., 23 aprile 1970, n.64.

restrizioni della libertà personale dell'indagato o imputato nel corso del procedimento siano compatibili con la presunzione di non colpevolezza è necessario che esse assumano connotazioni nitidamente differenziate da quelle della pena, irrogabile solo dopo l'accertamento definitivo della responsabilità». Ancora, la garanzia influenza anche il regime detentivo dell'imputato il quale dovrebbe essere separato, negli istituti penitenziari, dai condannati e ricevere un trattamento diverso, che sia rispettoso della sua situazione di non condannato. Da ultimo, come si è già anticipato, la presunzione di innocenza è legato a doppio filo con l'effetto sospensivo delle impugnazioni che discende dall'articolo 588 c.p.p. in base al quale «1. Dal momento della pronuncia, durante i termini per impugnare e fino all'esito del giudizio di impugnazione, l'esecuzione del provvedimento impugnato è sospesa, salvo che la legge disponga altrimenti 2. Le impugnazioni contro i provvedimenti in materia di libertà personale non hanno in alcun caso effetto sospensivo»⁷¹. Discorrendo di tale corollario si può partire da una considerazione: «il riconoscimento della presunzione di innocenza, come regola di trattamento, ha la consequenzialità di una dimostrazione matematica. Se condizione necessaria per l'inflizione della pena è una condanna pronunciata nei modi di legge, è evidente che senza un simile atto – e fino a quel momento – il cittadino non può in nessun caso essere considerato colpevole, né può essere sottoposto a sanzione»⁷². L'ambito tradizione in cui la regola di trattamento trova la sua più ampia espansione è quello della libertà personale dell'imputato⁷³: se, però, nella teoria è scontato affermare che la disposizione costituzionale vieta qualsivoglia equiparazione dell'imputato al colpevole questa convinzione, nella realtà concreta, non è altrettanto diffusa; la, discussa, scelta operata dal Costituente non è stata poi pienamente attuata dal legislatore del 1988, sebbene si siano fatti significativi passi in avanti. Il terreno della libertà personale è, infatti, quello in cui più

⁷¹ L'importanza di questa affermazione è riconosciuta anche da P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 79 secondo cui «è plausibile ritenere che l'art.27 comma 2 Cost. offra una solida base costituzionale all'effetto sospensivo delle impugnazioni (art.588 c.p.p.)». Lo stesso autore avverte, contestualmente, di una aspirazione, nell'ordinamento italiano, a voler rendere provvisoriamente esecutiva la sentenza che condanna in primo grado sulla scorta di esigenze di sicurezza collettiva e nell'ottica di rendere il sistema processuale più efficiente. Ancora v. E. MARZADURI, *Considerazioni sul significato dell'art. 27, co. 2*, cit., 315 secondo cui «la disposizione costituzionale, attraverso il riferimento ad una condizione dell'imputato che permane sino alla pronuncia della condanna definitiva, "attribuisce una portata generale alla garanzia dell'effetto sospensivo delle impugnazioni contro le sentenze penali di condanna: se ne deduce, infatti, che, se non si vuole trattare come già colpevole il semplice condannato con sentenza non irrevocabile, occorre non dare esecuzione alle condanne ancora impugnabili od impugnate in via ordinaria"».

⁷² Tali parole sono di G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, cit., 77.

⁷³ Cfr. in questi termini S. RUGGERI, voce *Giudicato penale*, in *Enc. dir., Annali*, 2010, III «eppure, a ben riflettere, la disposizione di cui al comma 2 dell'art. 27 cost. "non esaurisce la portata garantistica nell'impedire l'applicazione della pena a chi non è condannato con sentenza definitiva; essa assicura - in certo qual modo, prima ancora - un ombrello protettivo della libertà personale dell'imputato imponendo al legislatore la predisposizione di schemi cautelari costruiti secondo modalità tali da ridurre quanto più è possibile il pericolo di una limitazione della libertà personale di un imputato che non subirà pena"».

acute sono le frizioni tra esigenze di tutela individuale e di difesa sociale: e tale analisi può essere svolta tenendo a mente sia le parole di Francesco Carrara secondo il quale la custodia cautelare rappresenta una «necessaria ingiustizia»⁷⁴ sia che sono comunque diffuse alcune idee secondo cui le norme inerenti le cautele siano «il risultato di una inconfessata concezione inquisitoria del processo che vuole mantenere l'imputato in una condizione di inferiorità rispetto all'accusa, immediatamente oggetto di una punizione esemplare, e, soprattutto, al di là delle virtuose enunciazioni contrarie, presunto colpevole»⁷⁵. Dunque, dal momento che la restrizione della libertà del soggetto imputato è connaturata all'essenza medesima del processo penale bisogna verificare se i criteri, già anticipati, dettati dalla Corte costituzionale siano stati concretamente rispettati dalle varie previsioni legislative⁷⁶. In tal senso, il ruolo effettivo della garanzia costituzionale in tale ambito «non è già porre in discussione l'an del fenomeno cautelare, cioè la legittimità, nel nostro ordinamento, di cautele processuali, quanto, viceversa, delimitare il *quomodo* del fenomeno stesso. Insomma, la presunzione di non colpevolezza opera sul piano della libertà personale proprio perché esiste la custodia cautelare; essa presuppone l'operatività di tale istituto ed interviene quando le istanze di cautela si manifestano, così da circoscrivere l'attività del legislatore prima, e dell'interprete poi, entro precise coordinate garantiste»⁷⁷.

Bisogna poi rammentare che il canone della presunzione di non colpevolezza funge anche da regola di trattamento al di fuori del processo nel senso di evitare il cosiddetto «processo mediatico» all'imputato⁷⁸: più nello specifico, l'indagato/imputato non dovrebbe essere rappresentato o indicato come colpevole prima della pronuncia di condanna (almeno in 1° grado, se si vuole guardare agli ordinamenti stranieri) e anche la diffusione di immagini di soggetti, non condannati, *in vinculis* dovrebbe essere ponderata con la massima attenzione. Tale prospettiva, che si approfondirà in seguito, è quella probabilmente più delicata se si pensa alla difficoltà (di carattere culturale) che sopportano principi garantistici come quello

⁷⁴ Concorde anche G. ILLUMINATI, voce *Presunzione di non colpevolezza*, cit., 3 che afferma, a tal proposito, «l'uso di poteri strumentali di coercizione è del resto indispensabile per l'esercizio della giurisdizione penale. In particolare, occorre che siano predisposti mezzi di tutela cautelare, aventi la funzione di assicurare il raggiungimento del risultato definitivo del processo. Ciò implica l'esistenza di un rischio (l'applicazione non appropriata delle misure cautelare può provocare conseguenze irreparabili), che va ripartito fra lo Stato e l'imputato».

⁷⁵ Così, in senso critico, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989 richiamato da P.P. PAULESU, *Presunzione di non colpevolezza*, cit., 687.

⁷⁶ Tale necessità era già individuata da G. ILLUMINATI, voce *Presunzione di non colpevolezza*, cit., 3 secondo il quale, analizzando il rapporto tra pena e misura cautelare, «dal momento che, sul piano strutturale, è impossibile distinguere il criterio di discriminazione va colto con riferimento alla finalità perseguita che, una volta tradotta in presupposti specifici, non deve risultare in contrasto con la presunzione di non colpevolezza».

⁷⁷ In tali, impeccabili, termini P.P. PAULESU, *Presunzione di non colpevolezza*, cit., 687.

⁷⁸ Per una approfondita analisi v. *infra*, Capitolo 3.

di cui si discorre ad attecchire nella coscienza della popolazione: una volta, dunque, che il soggetto indagato è presentato come tale dai mass media o dai social media sarà per il medesimo estremamente difficile spogliarsi (anche nel futuro) di tale “ruolo”; tale esigenza è da sempre avvertita tra gli studiosi di tale principio – si pensi, esemplarmente, ad affermazioni quali «è necessario l’intervento della norma penale che tuteli, attraverso severa sanzione, l’imputato dal linciaggio morale della stampa *dum iudicium pendet*»⁷⁹ dal momento che «la forza di pressione della quale il c.d. quarto potere dispone, è enorme»⁸⁰ - ma, in una realtà totalmente digitalizzata in cui si ha “fame” di notizie in maniera immediata, va particolarmente tenuta in considerazione.

Riguardo l’ambito della regola di giudizio⁸¹, poi, questa comporta che l’onere della prova grava sull’accusa⁸²; inoltre, è significativa l’influenza sulla regola di prova nel senso dell’esistenza di un divieto di prendere le mosse dalle discolpe dell’imputato e di costruire la prova dell’accusa come una dimostrazione dell’inattendibilità della posizione difensiva⁸³. Ancora, la regola di giudizio caratterizza lo standard probatorio dell’oltre ogni ragionevole dubbio, accolto dall’articolo 533 c.p.p. con la legge 46/2006: l’introduzione di tale criterio, di matrice nordamericana anche se con origini già in Beccaria, ha rappresentato una «svolta “etica”»⁸⁴ dato che ha permesso alla presunzione di non colpevolezza di assurgere a regola

⁷⁹ Tali affermazioni sono di G. BELLAVISTA, *Considerazioni sulla presunzione di innocenza*, cit., 178.

⁸⁰ Cfr. G. BELLAVISTA, *Considerazioni sulla presunzione di innocenza*, cit., 178.

⁸¹ In relazione alle regole di giudizio, è necessaria una considerazione preliminare, secondo F.R. DINACCI, voce *Regole di giudizio (dir. proc. pen.)*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Aggiornamento, VIII, 2014, 644: «per quanto ci si sforzi a disciplinare una regola di giudizio, quest’ultimo resta comunque affidato ad una componente emozionale del giudicante».

⁸² In tal senso cfr. la citata Direttiva (UE) 2016/343, che all’articolo 6 recita «gli Stati membri assicurano che l’onere di provare la colpevolezza degli indagati e imputati incomba alla pubblica accusa, fatti salvi l’eventuale obbligo per il giudice o il tribunale competente di ricercare le prove sia a carico sia a discarico e il diritto della difesa di produrre prove in conformità del diritto nazionale applicabile». Sul punto cfr. P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell’imputato*, cit., 187 secondo cui, in tale ambito, bisogna partire da una considerazione che è anche un postulato, cioè «presumere l’imputato non colpevole significa che il tema della decisione è costituito dalla colpevolezza, non dall’innocenza (o, se si preferisce, dalla non-colpevolezza, secondo la prospettiva sinonimica), la quale, riflettendo una scelta di tipo ideologico, e presentando, quindi, un carattere assiomatico, non ha bisogno di essere confermata, bensì smentita attraverso la condanna. Di qui il rischio della mancata prova a carico dell’accusa».

⁸³ A tal proposito cfr. P.P. PAULESU, *Presunzione di non colpevolezza*, cit., 694 secondo il quale «poiché si tratta di questione di metodo cognitivo, determinerebbe un conflitto con la presunzione di non colpevolezza una tecnica di accertamento che pretendesse di costruire la prova a carico dell’imputato sottoponendo a critica la coerenza e la solidità della sua posizione difensiva ancor prima di aver raggiunto una ragionevole «certezza» sul fondamento dell’accusa».

⁸⁴ Così F.R. DINACCI, voce *Regole di giudizio*, cit., 690. Cfr. anche G. SPANGHER, *Tra resistenze applicative ed istanze restauratrici*, in AA.VV., *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la “legge Pecorella”*, a cura di A. GAITO, Torino, 2006, 252 secondo il quale «è appurato, oramai, che il criterio dell’“oltre ogni ragionevole dubbio” raffiguri il *pendant* gnoseologico di più efficace implementazione della presunzione di non colpevolezza dell’imputato, estrinsecato, nel nostro ordinamento, all’art. 27 Cost.»

epistemologica. Infine, il canone dell'*in dubio pro reo* – in ossequio al quale, se non emergono dagli atti processuali prove sufficienti per formare il convincimento del giudice il dubbio deve andare a vantaggio dell'imputato – è assolutamente connesso a tale garanzia. Tale secondo corollario della presunzione di innocenza, parimenti importante, esplica la sua fondamentale funzione soprattutto nell'ambito dell'onere della prova: ridurre, infatti, tale garanzia solamente al principio dell'*in dubio pro reo* è qualcosa che non dà piena contezza della portata della stessa – anche se è la prospettiva più diffusa nel senso comune – pur essendo connaturato alla funzione del processo. Affinché la regola di giudizio possa avere concretezza bisogna stabilire cosa debba provare ciascuna parte del processo e con che grado di probabilità: cioè bisogna intendere come vada ripartito il rischio della mancata prova. Bisogna, in primo luogo, anticipare il problema inerente la possibilità – non ammessa – di trasporre la regola di cui all'articolo 2697 c.c. al processo penale dal momento che la stessa sembra essere incompatibile col processo penale di carattere accusatorio: tale operazione non è percorribile dal momento che «una simile ripartizione delle conseguenze sfavorevoli del mancato accertamento – perfettamente corrispondente all'equilibrio degli interessi in gioco nel processo civile – non sarebbe compatibile con la presunzione di non colpevolezza, che riconosce all'imputato una posizione di vantaggio»⁸⁵: la presunzione di innocenza, dunque, opera in tale prospettiva come un principio «riequilibratore»⁸⁶ in punto di ripartizione del rischio. Tale assunto si ricollega ad un'altra modalità con cui si intende la regola di giudizio, ovvero l'ambito degli *standards* probatori («cioè del quantum di prova che ciascuna parte deve fornire al giudice per ottenere una pronuncia favorevole»⁸⁷) gravanti sulle parti: l'imputato non ha la necessità di provare la sua innocenza, ma può semplicemente insinuare il dubbio riguardo la presenza di elementi impeditivi; dunque lo standard probatorio per l'imputato è “minore” rispetto a quello gravante sul pubblico ministero dato che il primo - a differenza del secondo – ha una presunzione da oltrepassare⁸⁸. Proseguendo con tale ragionamento, la mancata prova dei fatti impeditivi – e la contestuale prova di quelli costitutivi – implica la condanna dell'imputato; ma se i fatti costitutivi sono provati in maniera insufficiente è necessario assolvere: «in tal modo opera correttamente la regola di giudizio che vieta di utilizzare i fatti incerti a danno dell'imputato»⁸⁹. Un'importante

⁸⁵ In tal senso G. ILLUMINATI, voce *Presunzione di non colpevolezza*, cit., 5.

⁸⁶ Così P.P. PAULESU, *Presunzione di non colpevolezza*, cit., 699.

⁸⁷ Cfr. P.P. PAULESU, *Presunzione di non colpevolezza*, cit., 699.

⁸⁸ G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, cit., 89, è concorde: «si può sempre affermare che l'imputato è presunto innocente fino a prova contraria, ma quel che conta è precisamente l'”entità” di questa prova contraria e il momento nel quale la si considera raggiunta».

⁸⁹ In tal senso P.P. PAULESU, *Presunzione di non colpevolezza*, cit., 699.

evoluzione, nella prospettiva di una più significativa tutela della garanzia di cui all'articolo 27, comma 2, Cost. è derivata dall'introduzione dell'articolo 530, comma 2 e comma 3 c.p.p.: il comma 2 recita «il giudice pronuncia sentenza di assoluzione anche quando manca, è insufficiente o è contraddittoria la prova che il fatto sussiste, che l'imputato lo ha commesso, che il fatto costituisce reato o che il reato è stato commesso da persona imputabile». Tale semplice, ma fondamentale, precisazione ha costituito un ribaltamento rispetto alle regole del codice di procedura penale del 1930 che annoverava l'assoluzione per insufficienza di prove tra le formule assolutorie; i caratteri problematici di tale istituto derivavano dal fatto che «essendo comunque l'assoluzione unico risultato possibile, l'adozione di una formula che riflettesse l'esistenza del dubbio aveva manifestamente il solo scopo di sottolineare che l'innocenza dell'imputato non era stata pienamente riconosciuta⁹⁰». Il comma 3 invece prevede che «se vi è la prova che il fatto è stato commesso in presenza di una causa di giustificazione o di una causa personale di non punibilità ovvero vi è dubbio sull'esistenza delle stesse, il giudice pronuncia sentenza di assoluzione a norma del comma 1»: tale previsione normativa equipara il dubbio riguardante l'esistenza di una causa di giustificazione alla prova positiva riguardante la sussistenza della stessa. Non si può, arrivati a tal punto, non ritenere la presunzione costituzionale di non colpevolezza come un'autentica regola di giudizio, dato che – in quanto tale - orienta la decisione del giudice nei casi dubbi. In conclusione, è possibile enunciare la seguente regola desumibile proprio dall'art. 27, 2° co., Cost.: «finché il pubblico ministero non ha introdotto prove d'accusa, l'imputato ha il diritto alla prova a discarico ma non il correlativo onere. Egli si trova in una posizione di vantaggio rispetto alla parte pubblica, perché la sua eventuale attività probatoria costituisce solamente esercizio di un "diritto", mentre per l'accusa l'attività probatoria costituisce, *ab origine*, anche l'adempimento di un onere, con l'accollo del rischio di un epilogo sfavorevole nel caso di insufficiente contributo in punto di prova»⁹¹.

⁹⁰ In tal senso G. ILLUMINATI, voce *Presunzione di non colpevolezza*, cit., 7.

⁹¹ Cfr. P.P. PAULESU, *Presunzione di non colpevolezza*, cit., 697.

3.1.1. *Il problematico rapporto con le misure cautelari*

Apparirà chiaro, a tal punto, che la relazione tra la garanzia costituzionale dell'articolo 27, comma 2 Cost. e l'applicazione delle misure cautelari – specificamente, la custodia cautelare in carcere (prima, carcerazione preventiva)⁹² – sia problematica e per tale ragione merita di essere approfondita⁹³. Bisogna tenere a mente che, sebbene tra i due istituti (pena e misura cautelare) ci possa essere un'identità strutturale – dal momento che con la seconda si può arrivare anche a limitare la libertà personale dell'imputato, massima sanzione prevista nell'ordinamento italiano – è necessario non renderli simili anche dal punto di vista funzionale: in primo luogo esse devono differire in relazione alla durata⁹⁴ e in secondo luogo, come anche ribadito dalla Corte Costituzionale, bisogna mantenere distinte le finalità dei due istituti. In tal senso è opportuno fare una precisazione: «nonostante la dottrina escluda da tempo che la carcerazione preventiva possa assolvere a qualsivoglia “funzione istituzionale di cautela” contro il pericolo di nuovi reati da parte dell'imputato, il codice vigente, accanto ai *pericula libertatis* [...], annovera il “concreto pericolo” di recidiva (art.274, lett. c) c.p.p.), consentendo, pertanto, che il sacrificio della libertà personale possa essere disposto in nome di finalità di prevenzione speciale»⁹⁵. Chiarito questo concetto,

⁹² A tal proposito, cfr. C. FIORIO, *La presunzione di non colpevolezza*, cit., 135 che afferma che il passaggio da carcerazione preventiva a custodia cautelare «evidenziando il transito – non solo lessicale – dalla “prevenzione” alla “cautela”, intende esprimere l'abbandono della logica anticipatoria (cara ai modelli inquisitori ed estranea al costituzionalmente tollerabile) a favore di una funzione esclusivamente cautelare».

⁹³ Cfr. G. ILLUMINATI, *Presunzione d'innocenza e uso della carcerazione preventiva come sanzione atipica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, 952 che in relazione a tale rapporto afferma: «Cominciano così ad emergere gli elementi di un dilemma insolubile: da un lato l'imputato andrebbe trattato come un innocente, d'altro lato debbono essere anticipate a suo carico misure concretamente assimilabili alle conseguenze dell'eventuale accertamento di colpevolezza. Questa anticipazione si giustifica esclusivamente per motivi pratici. Il processo, infatti, per la sua stessa natura, si svolge lungo un intervallo di tempo: dal momento della sua instaurazione, al raggiungimento del risultato cui tende naturalmente, possono verificarsi eventi che lo ostacolano o lo rendono vano. È inevitabile che siano predisposti mezzi di tutela, aventi la funzione principale di creare situazioni intermedie, le quali anticipano l'effetto definitivo, allo scopo di evitare che questo possa venir meno. Tale è, schematicamente, la configurazione delle misure cautelari processuali, ben note alla procedura civile: si ipotizza un determinato risultato e se ne assicura l'efficacia pratica».

⁹⁴ A tal proposito cfr. P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 122 il quale deduce, dalla lettera dell'articolo 13, comma 5 Cost. – che recita «la legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva» - che «sembra persuasivo il rilievo secondo cui la previsione di limiti massimi della carcerazione preventiva implica la necessità di evitarne la protrazione fino all'atto conclusivo del procedimento. Diversamente, tale previsione non avrebbe alcun senso, in quanto è scontato che non tutti i processi riescano a concludersi entro tali limiti. Quella disposizione costituzionale non chiarisce, però, se i limiti in discorso debbano essere inferiori al tetto massimo editale previsto per il reato in ordine al quale si sta procedendo. E, in effetti, la custodia cautelare potrebbe in astratto oltrepassare quel confine temporale ogni volta in cui il processo dovesse durare più della pena prevista per il reato. Ad impedire di ritenere che una simile prospettiva possa avere cittadinanza nel nostro sistema è la regola di trattamento. [...] Non essendo assimilabile al colpevole prima della condanna definitiva, l'imputato può ancora legittimamente rivendicare, nei confronti dello Stato, il diritto alla propria libertà».

⁹⁵ Così acutamente C. FIORIO, *La presunzione di non colpevolezza*, cit., 136.

bisogna convincersi della compatibilità di un vaglio sulla “probabile colpevolezza” del soggetto imputato – che è operato allo stato degli atti – con tale garanzia, sempre che la scelta delle misure, la cui rosa deve essere molto ampia, sia giustificata dall’esistenza di un pericolo per il procedimento penale⁹⁶.

Partendo dal testo dell’articolo 274 c.p.p.⁹⁷, si può evidenziare che la lettera a) non presenta particolari elementi di frizione con la garanzia costituzionale, e anzi è la finalità che meglio si concilia con la stessa. Tale cautela di tipo probatorio di per sé garantisce lo svolgimento dell’attività di investigazione e non implica anticipati giudizi di colpevolezza. Anche la dottrina non dubita di tali considerazioni poiché l’art. 274 lett. a) agisce soltanto in relazione all’ambito processuale «non implicando alcuna stigmatizzazione in termini di colpevolezza»⁹⁸. Per di più, in relazione al silenzio dell’imputato, dalla disposizione di cui si discorre si evince che «è lo stato di libertà dell’imputato a dover costituire il concreto pericolo per l’acquisizione o la genuinità della prova, non già il suo rifiuto di collaborare alle indagini»⁹⁹. Parimenti compatibile con l’art. 27, 2° co., Cost. è l’esigenza di cautela finale di cui all’art. 274, 1° co., lett. b), la quale si basa sul pericolo di fuga dell’imputato: al fine di privare un individuo della libertà personale sulla base del timore che egli possa sottrarsi, con la fuga, all’esecuzione dell’eventuale pena, bisogna partire dall’idea di una sua possibile condanna; da ciò si deve poi supporre che egli possa ulteriormente fuggire. Si viene così a

⁹⁶ In merito cfr. P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 125 che spiega «quando si restringe la libertà personale dell’imputato per prevenire il rischio che si realizzi un inquinamento probatorio, ad essere valutata è la sola “pericolosità processuale” di tale soggetto, la quale si colloca su un piano diverso ed autonomo rispetto ad un anticipato giudizio sull’imputazione. [...] La realtà fornisce non di rado la dimostrazione che anche un imputato non colpevole può essere indotto ad alterare il quadro probatorio».

⁹⁷ Il testo recita: «1. Le misure cautelari sono disposte: a) quando sussistono specifiche ed inderogabili esigenze attinenti alle indagini relative ai fatti per i quali si procede, in relazione a situazioni di concreto e attuale pericolo per l’acquisizione o la genuinità della prova, fondate su circostanze di fatto espressamente indicate nel provvedimento a pena di nullità rilevabile anche d’ufficio. Le situazioni di concreto ed attuale pericolo non possono essere individuate nel rifiuto della persona sottoposta alle indagini o dell’imputato di rendere dichiarazioni né nella mancata ammissione degli addebiti; b) quando l’imputato si è dato alla fuga o sussiste concreto e attuale pericolo che egli si dia alla fuga, sempre che il giudice ritenga che possa essere irrogata una pena superiore a due anni di reclusione. Le situazioni di concreto e attuale pericolo non possono essere desunte esclusivamente dalla gravità del titolo di reato per cui si procede; c) quando, per specifiche modalità e circostanze del fatto e per la personalità della persona sottoposta alle indagini o dell’imputato, desunta da comportamenti o atti concreti o dai suoi precedenti penali, sussiste il concreto e attuale pericolo che questi commetta gravi delitti con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l’ordine costituzionale ovvero delitti di criminalità organizzata o della stessa specie di quello per cui si procede. Se il pericolo riguarda la commissione di delitti della stessa specie di quello per cui si procede, le misure di custodia cautelare sono disposte soltanto se trattasi di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni ovvero, in caso di custodia cautelare in carcere, di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni nonché per il delitto di finanziamento illecito dei partiti di cui all’articolo 7 della legge 2 maggio 1974, n. 195, e successive modificazioni. Le situazioni di concreto e attuale pericolo, anche in relazione alla personalità dell’imputato, non possono essere desunte esclusivamente dalla gravità del titolo di reato per cui si procede».

⁹⁸ Cfr. P.P. PAULESU, *Presunzione di non colpevolezza*, cit., 690.

⁹⁹ Cfr. P.P. PAULESU, *Presunzione di non colpevolezza*, cit., 690.

costituire «un duplice giudizio di probabilità che passa, inevitabilmente, per una assimilazione, sia pure interinale e presuntiva, dell'imputato al colpevole»¹⁰⁰. Al fine di rendere compatibili le due previsioni bisogna guardare in senso “oggettivo” il pericolo di fuga: dunque, l'eventuale restrizione in carcere dell'imputato è giustificata non già da una presunzione di colpevolezza dell'imputato ma dalla necessità di mettere al sicuro il risultato del processo. «In buona sostanza, il titolo del reato, la sua gravità e gli indizi di colpevolezza [...] non devono condizionare in maniera assoluta la valutazione della concretezza del pericolo, perché, altrimenti, si dovrebbe ritenerlo presuntivamente esistente con riferimento a tutti i reati più gravi. Il ruolo della presunzione di non colpevolezza sta qui nell'impedire che si dispongano misure cautelari sulla base della semplice equazione tra gravità del reato e concreto pericolo di fuga». Oltre a tali rilievi di tipo letterale, un ulteriore annoso problema è l'atteggiamento “ermeneutico”, di alcuni giudici nel momento dell'applicazione delle misure cautelari: «il punto è che, ancora una volta, non è penetrata nella coscienza dell'interprete la consapevolezza della portata dell'art. 27, 2° co., Cost. [...] Il sistema, insomma, non garantisce. [...] Il vero è che, per rompere drasticamente col modello previgente, si è passati dalla giurisdizione senza terzietà del giudice istruttore, alla terzietà senza giurisdizione del gip. La prima inaccettabile, la seconda inutile»¹⁰¹.

¹⁰⁰ Cfr. P.P. PAULESU, *Presunzione di non colpevolezza*, cit., 691.

¹⁰¹ Così P.P. PAULESU, *Presunzione di non colpevolezza*, cit., 689. Nello stesso senso cfr. A. PASTA, *Lo scopo del processo*, cit., 56 il quale ritiene che i problemi inerenti le misure cautelari risiedano «innanzitutto nell'atteggiamento di molti magistrati. [...] Inserire nelle disposizioni selve di aggettivi e nugoli di nomi non serve a molto (nell'art. 274 c.p.p. è stato inserito cinque volte l'attributo “concreti” a proposito dei presupposti applicativi delle misure, dimenticando che “non c'è nulla di più astratto dell'espressione “fatti concreti”). L'impressione è che in ambito cautelare, più che altrove, sia subentrata nei magistrati quella che Piero Calamandrei chiamava “indifferenza burocratica”, che così spesso traspare nelle pagine dei provvedimenti cautelari, la cui inconsistenza logica è pari solo alla noncuranza per le conseguenze che l'atto così modestamente motivato avrà sulle sorti di una persona, magari dimenticata nella casa circondariale settimane dopo la decorrenza dei termini di scarcerazione. Il Consiglio Superiore della Magistratura, che pur qualcosa potrebbe fare al riguardo, non ha probabilmente tempo per occuparsi del problema, essendo troppo indaffarato nell'assicurare il proprio “contributo alla crisi della giustizia”. Taluni magistrati, forse, sono inclini a un uso disinvolto delle misure cautelari». Come è stato rilevato anche da P. FERRUA, *Resoconti stenografici delle indagini conoscitive*, Giovedì 27 settembre 2012, 9 «il problema dell'eccesso della custodia nell'applicazione deriva non dalla legge, che a mio avviso in sé è sufficientemente restrittiva, ma da prassi non virtuose, da abusi e da un uso disinvolto da parte dei giudici - che hanno trasformato la custodia cautelare, che dovrebbe avere finalità di tipo esclusivamente negativo di neutralizzazione di pericoli, in uno strumento che opera in positivo allo scopo di ricercare la prova o di indurre l'imputato alla collaborazione. [...] Un uso parsimonioso della custodia cautelare si avrebbe già soltanto se i giudici interpretassero correttamente le formule della legge. Un pericolo sensatamente interpretato non può che essere attuale e concreto. Siamo di fronte a formule che esercitano un effetto drogante. È un tira e molla fra prassi poco virtuose e il legislatore, che invano tenta di arginare gli abusi rincarando la dose sul piano delle formule. Se vivessimo in un Paese perfettamente civile, basterebbe dire che la custodia cautelare è disposta solo quando c'è pericolo di fuga, di commissione di gravi delitti e di inquinamento delle prove. Ogni altra parola sarebbe, quindi, superflua».

I maggiori problemi però sorgono quando si va ad analizzare l'ultima lettera dell'articolo 274 c.p.p. (c) («quando, per specifiche modalità e circostanze del fatto e per la personalità della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato, desunta da comportamenti o atti concreti o dai suoi precedenti penali, sussiste il concreto e attuale pericolo che questi commetta gravi delitti con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l'ordine costituzionale ovvero delitti di criminalità organizzata o della stessa specie di quello per cui si procede»): tale finalità, di carattere special preventivo, ha da sempre suscitato significativi dibattiti che possono essere racchiusi in due grandi filoni. Secondo il primo, vi sarebbe un insanabile conflitto tra finalità di questo tipo e la garanzia costituzionale: infatti, ciò che vi sarebbe alla base della stessa non è altro che una presunzione di colpevolezza, circostanza che condurrebbe ad «orientare tale istituto verso scopi “sostanziali”, tipici della pena, i quali restano legati ad una valutazione di pericolosità modellata su un postulato di colpevolezza»¹⁰²; un altro orientamento, meno radicale, è disinteressato a distinguere tra scopi cautelari endoprocessuali o extraprocessuali perché volge l'attenzione a che vi siano tutti i rigorosi limiti e controlli nell'applicazione della misura. Inoltre, la finalità di impedire che l'imputato possa commettere reati suscettibili di modificare lo svolgimento ordinato del processo è sicuramente da perseguire, ma non in base alle previsioni di tale disposizione. Infatti «questo scopo, senz'altro legittimo, non può essere perseguito con strumenti atipici. Diversamente, ad esserne stravolta è la stessa funzione del processo, che mira a verificare un'ipotesi di colpevolezza in relazione a reati già perpetrati, non già ad impedire che se ne commettano altri»¹⁰³. Data, soprattutto, la problematica da ultimo evidenziata «a questo punto [...] si deve purtroppo constatare la sostanziale incapacità dell'art.27, secondo comma Cost. ad orientare le scelte normative in termini davvero rispettosi della distinzione tra l'imputato ed il condannato con sentenza definitiva, distinzione che dovrebbe impedire il ricorso a misure cautelari al di fuori della tutela di interessi minacciati dall'imputato non *in vinculis*»¹⁰⁴. Sembra, per concludere, possibile ravvisare un conflitto tra l'art. 274, 1° co., lett. c) e la presunzione costituzionale di non colpevolezza sebbene tale approdo sia condiviso soltanto da parte della dottrina (seppur autorevole)¹⁰⁵.

¹⁰² V. P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 132.

¹⁰³ V. P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 139.

¹⁰⁴ Così E. MARZADURI, *Considerazioni sul significato dell'art. 27, co. 2*, cit., 323.

¹⁰⁵ Si pensi, ad esempio, all'articolo 5 CEDU che, stabilendo che nessuno può essere privato della libertà, ammette come eccezione – alla lettera c) – il caso in cui il soggetto «è stato arrestato o detenuto per essere tradotto dinanzi all'autorità giudiziaria competente, quando vi sono motivi plausibili di sospettare che egli abbia commesso un reato o vi sono motivi fondati di ritenere che sia necessario impedirgli di commettere un reato o di darsi alla fuga dopo averlo commesso.

3.2. ...in ambito sovranazionale e internazionale

Il principio garantistico di cui si discorre, dunque, è patrimonio della cultura giuridica non soltanto italiana bensì di molteplici Paesi europei nonché oggetto di interesse da parte di molti organismi e convenzioni internazionali¹⁰⁶: si è detto, a tal proposito, che «la presunzione di innocenza concorre a realizzare, nel sistema delineato dalle carte internazionali, quella nozione di “giusto processo” inscindibilmente connessa al concetto di giurisdizione»¹⁰⁷. Volendo muovere tale *excursus* dai paesi con una radicata tradizione di *common law*, dunque riferendoci in primo luogo alla Gran Bretagna¹⁰⁸, la prima e più importante pronuncia in tale ambito è la celebre decisione *Woolmington v. Director of Public Prosecutions* (1935) che ha cristallizzato il principio per cui spetta alla pubblica accusa il compito di rendere la prova piena della colpevolezza al fine di poter condannare l'imputato; da tale precedente giurisprudenziale, pur non essendo in quest'ultimo citato direttamente questo fondamentale principio, comunque si ricava tale canone in una ottica di stretto collegamento con il *reasonable doubt*¹⁰⁹. Questa decisione giurisprudenziale ha avuto anche il grande merito di influenzare la successiva giurisprudenza americana: la celeberrima pronuncia *in re Winship*, resa dalla Corte Suprema nel 1970 si è stabilito che, quando un minore è accusato di una condotta che costituirebbe reato se commessa da un maggiorenne, per potersi addivenire ad una sentenza di condanna ogni elemento del fatto deve essere provato oltre ogni ragionevole dubbio, deve infatti la sua esistenza alla decisione inglese del 1935; tale pronuncia è sicuramente da rammentare in quanto è stato sancito che «*the reasonable doubt standard plays a vital role in American scheme of criminal procedure. It is the prime instrument for reducing the risk of convictions resting on factual error. The standard provides concrete substance for the presumption of innocence*».

¹⁰⁶ Per un'approfondita disamina di queste tematiche v. M. CATERINI, *Presunzione di elementi*, cit., 472.

¹⁰⁷ In questi termini C. FIORIO, *La presunzione di non colpevolezza*, cit., 127.

¹⁰⁸ Da ultimo deve osservarsi, secondo M. CATERINI, *Presunzione di elementi*, cit., 473, «poiché, come è noto, nel sistema inglese non esiste una Costituzione scritta, la presunzione d'innocenza non ha tale 'copertura' di rango super-primario. Ciononostante, l'approvazione nel 1998 dell'*Human Rights Act*, in vigore dal 2000, ha comportato una 'incorporazione' selettiva nell'ordinamento inglese della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo³⁵. Una delle possibili implicazioni risiede nell'incidenza sul diritto penale inglese dell'art. 6, co. 2, CEDU, in tema di presunzione d'innocenza, soprattutto in alcuni ambiti ove risultano frizioni più evidenti».

¹⁰⁹ In questa decisione è sancito che «*if, at the end of the case, there is a reasonable doubt, created by the evidence given by either the prosecution or the prisoner [...] the prosecution has not made out of case and the prisoners is entitled to an acquittal*».

Inoltre, discorrendo di altri ordinamenti stranieri è d'obbligo fare riferimento alla Costituzione francese il cui preambolo richiama l'articolo 9 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 dove si afferma che «ogni uomo è presunto innocente fino a che non sia stato dichiarato colpevole». La Costituzione spagnola, poi, all'articolo 24 comma 2 enuncia il diritto del soggetto sottoposto a procedimento penale «a non fare ammissioni contro se medesimi, a non confessare la propria colpevolezza e alla presunzione di innocenza»; analizzando, inoltre, quegli ordinamenti nazionali in cui non vi è il riconoscimento formale ed esplicito del principio¹¹⁰ – sebbene lo stesso ricopra un ruolo fondamentale – è necessario parlare dell'ordinamento tedesco: «nell'ordinamento tedesco, ad esempio, la presunzione di innocenza (*die Unschuldsvermutung*) - da cui si fa derivare anche l'obbligo per il pubblico ministero di indagare a carico e a discarico (par. 160 II *STPO*) – è considerata alla stregua di un naturale corollario del principio dello Stato di diritto enunciato nell'art. 28 del *Grundgesetz*»¹¹¹. Procedendo con una rassegna dei testi normativi internazionali¹¹², nell'ambito dei paesi di *civil law*, è necessario muovere dall'articolo 11 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, adottata dalla Assemblea delle Nazioni Unite (all'indomani della Seconda Guerra Mondiale) dove si prevede che «ogni individuo accusato di un reato è presunto innocente sino a che la sua colpevolezza non sia stata provata legalmente in un pubblico processo nel quale egli abbia avuto tutte le garanzie necessarie per la sua difesa»¹¹³.

Un ruolo di fondamentale importanza è rivestito, in ambito europeo, dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo il cui articolo 6, paragrafo 2 recita «Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente sino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente

¹¹⁰ Un doveroso riferimento è da fare anche al Belgio riguardo in relazione al quale cfr. M. CATERINI, *Presunzione di elementi*, cit., 477 ove si legge «il principio della presunzione d'innocenza neanche in Belgio è consacrato in una norma interna, né ordinaria né costituzionale, ma viene derivato dall'art. 6, co. 2, CEDU. Così la dottrina e la giurisprudenza ritengono il principio pienamente efficace nel diritto interno. Pure in Belgio in tema di prova vale il principio del libero convincimento di coscienza del giudice (*intime conviction*) e il dubbio va a vantaggio dell'accusato. [...] Nella legislazione di questo Paese, d'altronde, esistono fattispecie che, pur invertendo l'onere probatorio a carico dell'accusato, non sono considerate in contrasto col principio di presunzione d'innocenza. In Belgio, dunque, anche mediante il richiamo alla giurisprudenza della Corte EDU, alcune presunzioni sul fatto possono servire come prova, salva restando la possibilità dell'imputato di dimostrare il contrario, senza che tutto ciò susciti la violazione dei diritti di difesa».

¹¹¹ Così P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 6.

¹¹² C. FIORIO, *La presunzione di non colpevolezza*, cit., 126 a proposito di tale garanzia afferma «ascrivibile al novero dei diritti fondamentali della persona umana, la presunzione d'innocenza concorre a realizzare, nel sistema delineato dalle carte internazionali, quella nozione di “giusto processo” inscindibilmente connessa al concetto di giurisdizione».

¹¹³ Sul valore prettamente politico più che giuridico di tale previsione cfr. E. AMODIO, *La tutela della libertà personale dell'imputato nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 842.

accertata»¹¹⁴; fondamentale è anche l'articolo 14, paragrafo 2 del Patto internazionale sui diritti civili e politici in accordo col quale «ogni individuo accusato di un reato ha il diritto di essere presunto innocente sino a che la sua colpevolezza non sia stata provata legalmente» ma anche l'articolo 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza) che prevede che «ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata»¹¹⁵. Procedendo in tale rassegna è necessario fare un breve riferimento all'articolo 66 dello Statuto istitutivo della Corte penale internazionale: «1. Chiunque è presunto innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia dimostrata dinanzi alla Corte, in conformità con la legislazione applicabile. 2. Al Procuratore spetta l'onere di provare la colpevolezza dell'imputato. 3 Per condannare l'imputato, la Corte deve accertare la colpevolezza dell'imputato al di là di ogni ragionevole dubbio». Una volta svolta questa breve analisi, bisogna constatare che tutte queste previsioni di matrice sovranazionale hanno in comune tra loro, e per tale motivo sembrano distaccarsi dalla previsione italiana, il riferimento non già alla «condanna definitiva» - interpretato dalla dottrina sostanzialmente unanime come «condanna irrevocabile» - ma alla «colpevolezza legalmente accertata», dunque anche meramente in primo grado. Tale differenza, che caratterizza il sistema italiano nei confronti di tutti quei sistemi giuridici che prevedono l'esecuzione della sentenza di primo grado, porta con sé il rischio che l'Italia possa divenire il “ventre molle” d'Europa: da ciò si sono avvicinati alcuni, falliti, tentativi di prevedere con legge ordinaria l'esecuzione provvisoria della sentenza di condanna di primo al fine di garantire la funzione simbolica e rieducativa della pena; opzione che non è chiaramente praticabile, data la chiara previsione costituzionale la quale comunque non proibisce in generale che vi possano essere delle differenze tra imputato e condannato in altri ambiti (quali quello della prescrizione). In ogni caso, il problema della differente “durata” della presunzione di innocenza nell'ordinamento italiano è da ridimensionare¹¹⁶ appunto perché «resta fermo che il nostro attuale assetto costituzionale

¹¹⁴ Secondo E. AMODIO, *La tutela della libertà personale*, cit., 843, rispetto alle altre previsioni sovranazionali «la Convenzione di Roma si pone su di un piano notevolmente più avanzato: è all'individuo che nelle singole previsioni normative appare attribuita la veste di titolare della pretesa alla tutela giuridica nei confronti dello Stato. Si potrebbe parlare di una protezione “diretta” dei diritti umani».

¹¹⁵ In relazione a tale articolo la Corte di giustizia ha riconosciuto che la presunzione di innocenza costituisce parte integrante delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

¹¹⁶ In questo senso cfr. P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 82 secondo cui «probabilmente, la vera ragione per cui le disposizioni pattizie non accennano esplicitamente alla durata della presunzione di innocenza risiede nel fatto che essere intendono affidare alla disciplina interna di ciascun paese l'individuazione del momento in cui la colpevolezza può dirsi raggiunta. Senza, peraltro, dimenticare che tali norme sembrano attingere soprattutto alla tradizione culturale di *common law*, dove il termine della pluralità dei gradi di giurisdizione presenta un rilievo secondario rispetto ad altri aspetti del processo penale ritenuti più

non consente di coltivare la prospettiva volta a restringere il confine temporale della presunzione di non colpevolezza ad un momento anteriore alla condanna definitiva»¹¹⁷. Infine, è sicuramente il caso di rammentare la determinante influenza che hanno avuto disposizioni quali l'art. 6, par. 2 CEDU e l'art. 14 PIDCP nell'armonizzazione del principio sancito dall'articolo 27 della Costituzione nel senso del diritto dell'imputato ad una effettiva presunzione di innocenza (superando, così, il tradizionale dibattito portato avanti dalla dottrina italiana)¹¹⁸: tale impostazione, sebbene non condivisa all'unanimità, sembra comunque necessitata dalla lettura integrata ed armonica dei sistemi giudiziari europei, «sicché l'apparente debolezza semantica della formula negativa contenuta nella Costituzione risulterebbe, in ogni caso, rafforzata dall'enunciato positivo di "innocenza" cristallizzato dalla normativa sovranazionale»¹¹⁹.

4. Il principio tra *law in books* e *law in action*

Se si vuole calare il principio costituzionale dell'articolo 27, comma 2 della Costituzione nella realtà concreta, nella prassi giudiziaria, ebbene la situazione non si presenta rosea¹²⁰. Al fine di provare a spiegare questa distanza tra ciò che è prescritto dalla

significativi». In senso concorde E. AMODIO, *La tutela della libertà personale*, cit., 866 che afferma «non è invece da escludersi che un diverso *humus* storico culturale abbia alimentato i due principi, sì da ingenerare differenze anche considerevoli quanto alla portata delle norme in cui essi si trovano attualmente cristallizzati».

¹¹⁷ Concorde G. ILLUMINATI, voce *Presunzione di non colpevolezza*, cit., 2 che afferma «un altro elemento di differenziazione dal dettato costituzionale è rappresentato dal riferimento, come limite di operatività della presunzione, non già alla "condanna definitiva", ma all'accertamento legale della colpevolezza: tale momento potrebbe dunque coincidere anche con una sentenza soggetta ad impugnazione. La prevalenza dell'art. 27 Cost. è fuori discussione; ma non è nemmeno detto che sussista un potenziale conflitto. [...] È opportuno precisare, a questo proposito, che "definitiva" equivale a "irrevocabile": il legislatore non sarebbe autorizzato – a meno di una revisione costituzionale – a considerare come tale una sentenza di primo grado». Ulteriormente cfr. E. AMODIO, *La tutela della libertà personale*, cit., 863 che si esprime nel senso che «si potrebbe dire che prima della sentenza definitiva l'attribuzione della responsabilità di un fatto penalmente rilevante ad un soggetto, non può mai costituire fattispecie, cioè fatto giuridico di per sé produttivo di effetti».

¹¹⁸ Secondo G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, cit., 26 «rispetto alla versione offerta dall'art. 27, comma 2, Cost., le carte internazionali non scontano, infatti, alcuna ambiguità d'ordine letterale: la presunzione d'innocenza viene esplicitamente formulata in termini positivi, senza ambiguità o giri di parole».

¹¹⁹ Così P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 59.

¹²⁰ In tal senso cfr. E. MARZADURI, *Law in the books e law in action: la libertà personale tra rispetto della presunzione di non colpevolezza ed anticipata esecuzione delle sanzioni detentive*, in *Leg. pen.*, 2016, 9 secondo cui «la realtà quotidiana della nostra giurisdizione cautelare, insomma, non consente facili ottimismo, anzi, spinge a considerazioni piuttosto negative sulle sorti dell'inviolabilità della libertà personale, quelle considerazioni che hanno spinto taluno a suggerire come rimedio non altre modificazioni del testo normativo, bensì sistemi di educazione o corsi professionali che aiutino i magistrati a recuperare il senso autentico della custodia cautelare come *extrema ratio*». Nello stesso senso cfr. P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 13 che afferma «non ci si nasconde che la presunzione di non colpevolezza costituisce un principio talmente "impegnativo" da risultare, talvolta, difficilmente gestibile sul piano concreto. Resta però il fatto che la divaricazione tra *law in books* e *law in action* sembra, tuttora, in questa materia,

Costituzione e dal codice di procedura penale – *law in books* - e quanto si registra nella prassi applicativa - *law in action* – non è sufficiente solo criticare l’incapacità del sistema di dare risposte tempestive riguardo l’esecuzione della pena ma è necessario anche porre l’attenzione su un dato di carattere culturale: «le “ansie giustizialiste”, forse, verrebbero, attenuate se il cittadino medio sapesse distinguere tra “accusa” e “sentenza”, “giudice” e “pubblico ministero”, “misura cautelare” e “condanna”, avendo anche la consapevolezza della complessità del lavoro dei magistrati, ai quali i fatti non si palesano come visioni mistiche, comprendendo dunque che una sentenza d’assoluzione non costituisce necessariamente una nota di biasimo agli inquirenti»¹²¹. Quello su cui bisogna orientare l’attenzione è il non attribuire a tale canone costituzionale una “vocazione espansiva” nel senso di renderlo una garanzia dalle potenzialità senza limiti dal momento che questo sarebbe un approccio solo parzialmente condivisibile: infatti, «quella “vocazione espansiva” rischia di tradursi, per una sorta di eterogenesi dei fini, in un’autentica “vocazione dispersiva”, che nella sostanza indebolisce il principio piuttosto che rinforzarlo»¹²². Senza dubbio alcuno, l’attuazione della presunzione di non colpevolezza nel nostro ordinamento è una questione ancora aperta e ciò è dovuto sia a dei fattori che si potrebbero definire “storici” – che si sostanziano in delle resistenze di carattere culturale alla diffusione del principio nella comunità – sia ad altri più “moderni” quali l’esistenza di soluzioni processuali anticognitive o ancora l’esistenza di un “doppio binario” in materia cautelare e probatoria nonché l’esistenza di gravose misure di prevenzione per il contrasto delle associazioni criminali. Tali questioni sono poi accentuate, come si anticipava, dall’emergere di nuovi valori (*in primis* l’efficienza processuale ma anche l’idea del “giusto processo” ex art. 111, comma 2 Cost.) che sono sicuramente confliggenti con il parametro di cui al 27, comma 2, Cost.: questi ultimi sono ben inseriti in una «visione “pragmatico-utilitaristica” del processo penale, che si articola in una tendenza a considerare l’“efficienza” come valore in sé, meritevole di tutela in quanto tale»¹²³.

Ciononostante, è d’uopo che questo rapporto ipoteticamente conflittuale non si risolva in termini di «rigorosa antitesi, di mero conflitto tra scale di priorità differenti, ma va invece ripensato in termini di “necessaria sintesi”, di sapiente armonizzazione tra valori di pari

estremamente significativa, al punto che la presunzione pare destinata a restare imprigionata in una sorta di limbo, ambiguamente sospesa tra l’essere e il dover essere».

¹²¹ In questi termini cfr. A. PASTA, *Lo scopo del processo*, cit., 60.

¹²² Così P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 13.

¹²³ Cfr. P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 14. Anche Corte cost., sentenza 19 ottobre 1995, n. 460 si è pronunciata in tal senso ritenendo l’efficienza della giustizia penale un «bene costituzionalmente protetto».

grado: sia l'efficienza del processo, sia la presunzione di non colpevolezza, infatti, fanno parte della stessa, ampia tavola di garanzie che innerva la struttura del "giusto processo"¹²⁴. Infatti, l'efficienza processuale – se intesa in maniera corretta – potrebbe non essere di per sé confliggente con la garanzia di cui si discorre: considerando che la sola instaurazione di un procedimento penale porta con sé degli effetti negativi, da ciò discende che più si dilungano i tempi processuali, più viene messa a "rischio" la presunzione di non colpevolezza. Ciò posto, in ogni caso, se il rapporto che si crea non è di sapiente equilibrio¹²⁵ è naturale che il principio a soccombere sia proprio la presunzione di non colpevolezza dal momento che è anche meno "sentito" nella coscienza culturale del Paese. I medesimi problemi poi derivano dal rapporto con un altro corollario del "giusto processo", quale la *par condicio* tra le due parti del processo penale, quella privata e quella pubblica, che può condurre ad alcuni casi in cui si potrebbe avere una ripartizione dei rischi tra le stesse in base a criteri di sostanziale equilibrio: tale modo di intendere questo rapporto, forse più rispettoso dell'essenza del processo accusatorio, si pone evidentemente in senso problematico col principio del 27, comma 2 e già per tale ragione va tenuto in considerazione.

Volendo procedere ad una breve analisi di alcune delle tematiche evidenziate, è opportuno analizzare il rapporto tra la presunzione di non colpevolezza prevista nell'articolo 27 della Costituzione e altre fattispecie costituzionali, confidando nel fatto che questa indagine possa servire a comprendere quale sia l'effettivo ambito di applicazione di questa garanzia. Muovendo dai rapporti tra l'articolo 27 e il diritto al silenzio di cui all'articolo 24, comma 2 della Costituzione¹²⁶, è agevole affermare che ciò che bisogna provare nel processo è la colpevolezza dell'imputato, il quale non sarebbe obbligato ad attivarsi se non nel momento successivo a quello in cui l'accusa abbia dimostrato l'esistenza di prove a

¹²⁴ Cfr. P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 15.

¹²⁵ In questi termini cfr. P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 16 secondo cui «il problema di fondo sta nell'individuare il punto di resistenza, il livello di guardia oltre il quale le istanze di efficienza diventano inconciliabili con le esigenze di tutela del potenziale innocente».

¹²⁶ Tale collegamento è valorizzato da G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza*, cit., 193 secondo cui «la presunzione di innocenza si può ritenere rispettata con l'esclusione del dovere di rispondere all'interrogatorio [...]. Ciò implica che l'imputato non va considerato quale depositario di una verità da carpire ad ogni costo, ma è organo di prova solo eventuale, che interviene nell'accertamento per libera scelta e nel proprio interesse difensivo». Su tale rapporto, cfr. di recente Corte cost., n. 84 del 2021: in tale pronuncia la Corte Costituzionale, dopo aver riassunto il giudizio successivo alla pronuncia della Corte di giustizia in sede di rinvio pregiudiziale, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 187-*quinquiesdecies* t.u.f. «nella parte in cui si applica anche alla persona fisica che si sia rifiutata di fornire alla Banca d'Italia o alla Consob risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere punitivo, ovvero per un reato». Si è, dunque, sancito che il diritto fondamentale al silenzio vale anche a cospetto dei poteri d'indagine della Banca d'Italia e della Consob, nei casi in cui dalle risposte alle domande possa emergere la propria responsabilità.

carico dello stesso: tale ricostruzione è anche confermata dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo la quale ha sancito che la garanzia del diritto al silenzio sarebbe vanificata se si facessero discendere conseguenze negative dalla scelta dell'imputato di non rispondere e che comunque l'onere della prova resta sempre a carico dell'accusa. Ciò è corroborato dal fatto che, sebbene vi sia l'obbligo di agire *ex art.* 112 per il pubblico ministero, non vi è un contestuale obbligo di reagire per l'imputato il quale può legittimamente restare silente non dovendo, per ciò solo, temere nulla. Proseguendo, è il caso di ricordare che dall'interazione tra l'articolo 27, comma 2 e il principio di legalità sostanziale di cui all'articolo 25, comma 2, Cost. sembra risolversi il problema inerente al funzionamento e al contenuto della regola di giudizio per risolvere il fatto incerto nel processo: le esigenze di prevedibilità e di certezza che discendono dall'articolo 25, comma 2 «sembrerebbero inconciliabili con una decisione di *non liquet*, mentre parrebbero sottintendere la necessità, per l'ordinamento, di dotarsi di una regola di giudizio per la soluzione del fatto incerto. [...] Questa istanza primaria verrebbe soddisfatta proprio dalla presunzione di non colpevolezza, la quale, in tale ottica, sarebbe in grado di conferire alla regola un contenuto ben preciso, orientandola secondo una prospettiva favorevole all'imputato»¹²⁷. Volgendo l'attenzione ai rapporti tra l'articolo 27, comma 2 e il principio di eguaglianza sostanziale sancito dall'articolo 3 della Costituzione si potrebbe asserire che da questi dovrebbe discendere la necessità del medesimo trattamento di tutte le persone sottoposte al processo penale: tale assunto sembra però scontrarsi con la creazione del cosiddetto “doppio binario” il quale – giustificato da ragioni di spiccato allarme sociale di certi delitti – comunque non convince a pieno. Il legislatore italiano, a partire dagli anni novanta, ha infatti cominciato a differenziare alcune discipline – per esemplificare, disposizioni quali l'articolo 335, comma 3 o 347, comma 3 o ancora il 275 comma 3 c.p.p. – tra un imputato “ordinario” ed un “tipo” di imputato diversificato: in tale ottica, infatti, una previsione come l'articolo 275, comma 3 - che recita «la custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto le altre misure coercitive o interdittive, anche se applicate cumulativamente, risultino inadeguate. Quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli articoli 270, 270 *bis* e 416 *bis* del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari. Salvo quanto previsto dal secondo periodo del presente comma, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui all'articolo 51, commi 3-*bis* e 3-*quater* del presente codice nonché in ordine ai delitti di cui

¹²⁷ In questi termini P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 77.

agli articoli 575, 600 *bis*, primo comma, 600 *ter*, escluso il quarto comma, 600 *quinqües* e, quando non ricorrano le circostanze attenuanti contemplate, 609 *bis*, 609 *quater* e 609 *octies* del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari o che, in relazione al caso concreto, le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure» - introduce una presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere che sviscila la discrezionalità del giudice e, nel caso di commissione di taluni delitti, differenzia il trattamento tra imputati.

Dunque, in un tentativo di – parziali – conclusioni, si può affermare che «se, da un lato, la presunzione di non colpevolezza trae arricchimento e sostegno da alcuni valori strutturali del “giusto processo”, come il diritto alla conoscenza dell’accusa, il diritto alla prova, il diritto al silenzio [...], dall’altro lato la stessa presunzione è chiamata a misurarsi con due valori, l’efficienza del processo e la *par condicio* (anch’essi, come si diceva, riconducibili, all’area del “giusto processo”), che appaiono suscettibili di ridisegnarne in chiave restrittiva i confini e le valenze»¹²⁸. Volgendo l’attenzione ad alcune pronunce della Corte costituzionale in materia di libertà personale la situazione non è parimenti rassicurante «a dispetto dell’indubbia attenzione mostrata nei confronti della proiezione della presunzione di non colpevolezza sulle logiche del trattamento dell’imputato»¹²⁹. Avendo già in parte analizzato l’atteggiamento dei giudici della Consulta nei confronti di tale principio costituzionale, si può fare riferimento ad ulteriori decisioni del Giudice delle leggi: in un’importante decisione¹³⁰ la Consulta, avendo il giudice *a quo* dubitato della legittimità costituzionale dell’art. 1 co. 3 l. 22.5.1975 n. 152, nella parte in cui imponeva, per la concessione della libertà provvisoria, di valutare che «non sussista la probabilità, in relazione alla gravità del reato ed alla personalità dell’imputato, che questi, lasciato libero, possa nuovamente commettere reati che pongano in pericolo le esigenze di tutela della collettività». Questa previsione era sembrata valorizzare una funzione propria della pena in contrasto con l’articolo 27, comma 2 Cost.: la Corte, per tale motivo, pur rinviando alla pronuncia del 1970 la quale si riferiva alla «soddisfazione di esigenze di carattere cautelare o strettamente inerenti al processo», ha scelto di adottare una lettura estensiva degli spazi applicativi della custodia dell’imputato e ha ritenuto di dover negare che vi fosse «sostanziale differenza fra esigenze “strettamente inerenti al processo”, ed altre che comunque abbiano fondamento nei fatti per cui è processo, posto che anche la tutela di

¹²⁸ Così, sapientemente, P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell’imputato*, cit., 17.

¹²⁹ Cfr. E. MARZADURI, *Law in the books e law in action*, cit., 10.

¹³⁰ Cfr. Corte cost., 17 gennaio 1980, n. 1.

queste ultime abbia rilievo costituzionale, e giustifichi quindi il sacrificio della libertà personale dell'imputato»¹³¹. Tale affermazione, evidentemente molto generica, avrebbe potuto legittimare «il riconoscimento normativo di misure *de libertate* giustificate da mere esigenze di esemplarità, desumibili, come richiesto dalla sentenza n. 1 del 1980, dalla gravità e peculiarità dei “fatti per cui è processo”»¹³². Sono parimenti interessanti altre pronunce, tra le quali spicca la già richiamata sentenza numero 265 del 2010, tramite le quali la Consulta è intervenuta sull'ampio catalogo di fattispecie che prevedevano – in base a quanto disposto dal “pacchetto sicurezza” del 2009 – l'operatività della duplice presunzione *ex art. 275, comma 3 c.p.p.*: una presunzione relativa in ordine alla sussistenza delle esigenze cautelari, una presunzione assoluta in ordine all'adeguatezza della sola custodia in carcere. «Abbiamo a che fare con un indirizzo giurisprudenziale senza dubbio meritorio¹³³. Non solo perché si allontana decisamente dal preoccupante assunto»¹³⁴ fatto proprio dalla Corte nel 1995 [...], «ma altresì perché riprende le problematiche sull'ammissibilità delle presunzioni in materia cautelare già considerate nella sentenza n. 64 del 1970, con una ben diversa attenzione alle esigenze di ragionevolezza che devono essere rispettate nella previsione di detti meccanismi procedurali, un'attenzione che non si sviluppa esclusivamente sul terreno del contrasto con gli artt. 3 e 13 co. 1 Cost»¹³⁵. I giudici costituzionali, avendo confermato la centralità dell'articolo 27, comma 2 della Costituzione anche in materia cautelare, hanno sancito che tale garanzia segna «in negativo, i confini di ammissibilità»¹³⁶ delle misure restrittive della libertà personale: tuttavia, tali interventi si sono “limitati” alla sola presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere la quale non è stata *in toto* eliminata «ma soltanto trasformata in una presunzione relativa di adeguatezza, superabile in presenza di elementi specifici, dai quali risulti che le esigenze cautelari nel caso concreto possano essere soddisfatte con altre misure»¹³⁷. I giudici non si sono invece occupati della disciplina, che permane, riguardante una presunzione soltanto relativa di adeguatezza giustificata da una «semplificazione del

¹³¹ Cfr. Corte cost., cit., n. 1 del 1980, § 4 del Considerato in diritto.

¹³² In tal senso V. E. MARZADURI, *Law in the books e law in action*, cit., 12.

¹³³ In questo senso cfr. M. GIALUZ, *Gli automatismi cautelari tra legalità costituzionale e garanzie convenzionali*, in *Proc. pen. giust.*, 2013, 6, 115 secondo cui «l'indirizzo giurisprudenziale così ricostruito è stato salutato in termini generalmente positivi. In particolare, si è apprezzata la valorizzazione della presunzione di innocenza, ricollocata dalla Corte al centro del sistema dei principi costituzionali attinenti alla libertà personale, dopo che alcune pronunce ne avevano sancito l'estraneità alla materia cautelare e la pertinenza al solo ambito probatorio».

¹³⁴ V. M. GIALUZ, *Gli automatismi cautelari*, cit. 115.

¹³⁵ Cfr. V. E. MARZADURI, *Law in the books e law in action*, cit., 13.

¹³⁶ Corte cost., n. 265 del 2010, § 5 del Considerato in diritto.

¹³⁷ In questi termini E. MARZADURI, *Law in the books e law in action*, cit., 14.

procedimento probatorio suggerita da taluni aspetti del fenomeno criminoso considerato»¹³⁸. In sostanza, i giudici della Consulta sembrano permanere ad un livello superficiale, non ravvisandosi dei tentativi volti a confermare «l'esistenza di quegli "aspetti ricorrenti" che dovrebbero legittimare l'ordinaria configurabilità di un *periculum* di massima entità»¹³⁹: insomma, sebbene i principi espressi dalla giurisprudenza costituzionale siano senza dubbi convincenti comunque permangono «alcuni profili di criticità, che investono, tanto il meccanismo quasi obbligatorio, la cui legittimità è stata confermata dalla Corte, quanto quello semidiscrezionale, introdotto proprio con le declaratorie di illegittimità»¹⁴⁰.

5. *La tutela del "nemico": l'esempio americano e la situazione in Italia*

La teoria del diritto penale del nemico, la cui elaborazione si deve principalmente a Günther Jakobs, consiste nell'idea per cui «gli individui sarebbero distinti in persone "giuridiche" (*im recht*) e non; i primi, i cittadini (*Bürger*), godrebbero di tutte le garanzie dello Stato di diritto; i secondi, i nemici (*Feinde*), non godrebbero di tali garanzie (o almeno, non godrebbero di tutte le garanzie proprie dello Stato di diritto)»¹⁴¹. Come conseguenza di questa teorizzazione, accanto al diritto penale tradizionale si verrebbe a creare un diritto penale del "nemico", parallelo e separato rispetto al primo: il diritto penale contro il nemico sarebbe, dunque, strumento di prevenzione contro individui ritenuti pericolosi, contro i quali dovrebbe essere permesso e ammissibile procedere anche prima della commissione di un fatto penalmente rilevante; si arriva a ad affermare che «in casi di necessità, contro il nemico sarebbe accettabile l'uso della coercizione e finanche della tortura»¹⁴². Tali idee, che hanno

¹³⁸ Corte cost., cit., n. 265 del 2010, § 13 del Considerato in diritto.

¹³⁹ Così E. MARZADURI, *Law in the books e law in action*, cit., 15.

¹⁴⁰ In questi termini M. GIALUZ, *Gli automatismi cautelari*, cit. 115.

¹⁴¹ Cfr. P. BRUNETTI, *Diritto penale del nemico: una lettura critica dei presupposti filosofici*, in *Pen. Dir. e proc.*, 2020, 2, 336. P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 95 la definisce come «una posizione massimalista, ispirata ad un sobrio pragmatismo, nella quale si compendiano argomenti giuridici, logici, sociologici, filosofici ed etici». M. PELISSERO, *Contrasto al terrorismo internazionale e diritto penale al limite*, in *Quest. Giust.*, 2016, 99 parla del diritto penale del nemico come «il trattamento che l'ordinamento riserva a chi, tradendo per la sua pericolosità la fiducia dei consociati nell'aspettativa di comportamenti conformi alle norme, si autoesclude dalla comunità, perdendo così il diritto alle garanzie e ad essere "trattato come persona"».

¹⁴² V. P. BRUNETTI, *Diritto penale del nemico*, cit., 336. Secondo P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 95 «in sintesi, la tesi in discorso prende le mosse dal seguente postulato: mentre il cittadino che delinque non si colloca al di fuori dell'ordinamento, poiché non ne contesta i principi ed i valori fondanti, il terrorista rifiuta invece quei medesimi valori, rappresentando quindi una costante e reale minaccia per l'ordinamento stesso e per la sua sopravvivenza. [...] Il terrorista andrebbe trattato non come un cittadino, con il quale si dialoga, bensì come un nemico, con il quale non si dialoga; egli andrebbe conseguentemente

creato un ricco e acceso dibattito in dottrina, e che sono storicamente precedenti agli eventi di matrice terroristica che hanno caratterizzato il III millennio, sono entrate prepotentemente nel dibattito pubblico mondiale proprio dopo quegli accadimenti: il riferimento principale è chiaramente agli eventi del 11 settembre 2001 che hanno profondamente scosso gli Stati Uniti d'America ed in generale l'intero mondo occidentale in senso lato, ovvero ai tragici attentati perpetrati ai danni dei cittadini statunitensi da parte di terroristi appartenenti all'organizzazione terroristica di *Al-Qaida*. E proprio i provvedimenti adottati negli Stati Uniti (e non solo¹⁴³) in risposta a questi eventi¹⁴⁴ hanno come *background* culturale la teoria del diritto penale del nemico, ovvero una serie di idee per cui il terrorista viene collocato in «una dimensione altra rispetto a quella che contraddistingue la comunità di uomini liberi (come tali titolari di diritti), la c.d. “società aperta”, degradandolo al rango di non-persona; [...] un approccio culturale fondato sull'idea di esclusione, di separazione, di alienazione, e orientato su un ben definito *Tatertyp*»¹⁴⁵. Dalla codificazione in atti legislativi di tali principi è derivato l'argomento per cui lo Stato è autorizzato, in tali situazioni di emergenza, a

privato delle garanzie tipiche di ogni Stato di diritto, e, come accade in qualsiasi contesto bellico, semplicemente “neutralizzato” in via preventiva».

¹⁴³ Il riferimento è alla legge tedesca del 2005 sulla sicurezza dei voli (*Luftsicherheitsgesetz*): a tal proposito P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 97 afferma che tale norma «autorizzava il Ministro della difesa a disporre l'abbattimento di un aereo quando “in base alle circostanze si deve desumere” che lo stesso “sarà impiegato contro la vita umana” ed il suo abbattimento rappresenta “l'unico mezzo per allontanare questo pericolo attuale”. Una norma che sottendeva un messaggio dirompente, inquietante, perché infrangeva la regola di civiltà che impedisce allo Stato di sacrificare, per qualsiasi motivo, la vita di cittadini innocenti, e che è stata successivamente dichiarata incostituzionale».

¹⁴⁴ I due più importanti atti sono sicuramente il *U.S.A. Patriot Act*, il cui acronimo sta per *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act*, e che ha previsto tra le altre cose un potenziamento gli strumenti investigativi e di controllo, e al contempo un rafforzamento delle misure di sicurezza.; inoltre si è prevista la detenzione dei cittadini stranieri sospettati di terrorismo, o per lo stesso motivo si autorizzava l'espulsione o il respingimento alla frontiera. Inoltre, ha consentito alle autorità federali di compiere intercettazioni telefoniche, ambientali o via Internet nell'ambito di indagini su terrorismo e frodi elettroniche e permesso inoltre lo scambio di informazioni che coinvolgono servizi di intelligence stranieri con funzionari statunitensi. Accanto a quest'ultimo va annoverato anche il *Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism* che ha previsto la possibilità di processare stranieri sospettati di terrorismo, a discrezione del Presidente, davanti a tribunali militari speciali con procedure *ad hoc* fissate dal segretario alla difesa, che potranno essere segrete. In tali processi, che potranno avere luogo negli USA o all'estero, l'imputato non ha né il diritto di contestare le prove contro di lui né quello di ascoltarle; può non avere accesso ad un difensore di sua scelta; rischia la pena capitale e non avrà diritto all'appello. Entrambi tali provvedimenti sono stati fortemente criticati a causa della possibile lesione di diritti fondamentali quali il diritto alla *privacy*, i diritti umani e la libertà personale in generale. Nello stesso senso cfr. R. KOSTORIS, *Processo penale, delitto politico e "diritto penale del nemico*, *Riv. dir. proc.*, 2007, 1, 7 secondo cui «sappiamo che l'idea di una lotta al terrorismo che contempra l'esclusione dei diritti fondamentali non rappresenta solo il frutto di una tesi provocatoria sostenuta nell'ambito di un dibattito culturale; essa ha ispirato reazioni concrete dopo l'11 settembre 2001 da parte di Stati che pure hanno alle spalle una lunga tradizione democratica come l'America: lo dimostrano provvedimenti come il *Patriot Act* e il riesumato potere presidenziale di definire i terroristi “nemici combattenti”, da confinare in prigionie-lager e da assoggettare a processo senza le garanzie che spettano agli imputati e senza i diritti previsti dalla Convenzione di Ginevra per i prigionieri di guerra».

¹⁴⁵ Così P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 96.

subordinare un interesse fondamentale (quale la vita dei propri cittadini) ad un altro – sicuramente rilevante – che è quello di far fronte alle minacce terroristiche; dunque *a fortiori* «lo Stato medesimo deve ritenersi legittimato a comprimere o a sopprimere garanzie di rango inferiore – come quelle che vengono in rilievo nell’ambito del diritto e della procedura penale – nei confronti di chi ha cagionato quella circostanza emergenziale, cioè il terrorista»¹⁴⁶. Posto ciò, è evidente che il semplice accostamento al concetto di diritto della nozione di nemico è di per sé stridente dato che quest’ultima ha a che fare propriamente con il concetto di forza: il diritto penale del nemico, in questa prospettiva, sembra assumere i contorni di una gigantesca misura di sicurezza che si sostanzia in un processo penale non già rivolto verso una persona ma contro una “non-persona” (in realtà, contro un fenomeno nella sua interezza) andando così a sconfessare l’idea del processo penale come *actus trium personarum*.

La trasposizione di questi concetti nell’ordinamento italiano – che è d’uopo raggruppare sotto la denominazione più appropriata di «diritto penale al limite»¹⁴⁷ - va operata con attenzione dal momento che l’evoluzione del diritto penale italiano nel contrasto al terrorismo non pare rientrare propriamente nelle caratteristiche appena enunciate: più precisamente, «si tratta di scelte di politica penale nelle quali principi e garanzie proprie del diritto penale subiscono flessibilizzazioni che si muovono comunque in un’area limitrofa ad un confine pericoloso, quello al di là del quale si vanificano, in nome della ragion di Stato, garanzie e diritti individuali sui quali si fonda l’ordinamento democratico. È un diritto penale, dunque, legittimo, ma che si muove in un’area dove è sempre alto il rischio che la ragionevolezza delle scelte di incriminazione, delle strategie processuali e delle misure preventive si traduca in forme illegittime di violazione di diritti e libertà fondamentali, perché in tal caso lo Stato di diritto negherebbe se stesso»¹⁴⁸; si tratta, dunque, di un diritto penale che, seppur al limite, “risiede” entro l’alveo di principi quali quello di ragionevolezza e di proporzionalità. Infatti, garanzie quali la *par condicio* tra le parti e l’imparzialità del giudice militano a sfavore della suddetta equazione nel senso di imporre una la necessità di poteri reciproci tra accusa e difesa e l’altra che il giudice non venga coinvolto nella lotta condotta dallo Stato contro il terrorista¹⁴⁹ (che appunto deve essere condotta fuori dal processo e non

¹⁴⁶ In questi termini P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 98.

¹⁴⁷ Così acutamente M. PELISSERO, *Contrasto al terrorismo*, cit., 99.

¹⁴⁸ Cfr. M. PELISSERO, *Contrasto al terrorismo*, cit., 100.

¹⁴⁹ Cfr., in questo senso, P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 101 che rileva «il processo nei confronti del terrorista rischia di trasformarsi in uno strumento di lotta, in un processo contro il terrorista, o ancora peggio, contro il terrorismo».

intaccando l'autonomia dei magistrati). Se infatti si ragiona, giuridicamente, su questi fenomeni si può ricavare l'inquadramento dei differenti terrorismi nelle fattispecie associative previste dal codice penale e per tale ragione è inammissibile che degli Stati di diritto possano permettere che un soggetto venga processato – ed eventualmente condannato – in spregio delle ordinarie procedure previste per legge e al di fuori delle aule di giustizia (come è avvenuto negli Stati Uniti d'America in cui è stata prevista l'istituzione di Commissioni militari *ad hoc* col compito di giudicare *non-citizen* che non avevano alcuna garanzia, nemmeno quella generalissima dell'*Habeas Corpus*). Il reale problema concernente il sistema della giustizia penale è che vi è il rischio che le deroghe più restrittive imposte da tale modo di intendere il diritto penale incidano sugli istituti processuali, e ciò sia perché essi sono estremamente duttili e si prestano ad una «eterogenesi dei fini»¹⁵⁰ che li porta ad assumere caratteristiche che gli stessi non dovrebbero avere; e poiché la fattispecie associativa è una tipologia di illecito per cui «l'alea criminosa persiste durante il procedimento penale»¹⁵¹. Sebbene l'ordinamento italiano abbia già “conosciuto” dei fenomeni di matrice terroristica durante gli anni '70 e '80 dello scorso secolo e li abbia affrontati senza mai allontanarsi da principi base quali la legalità, la presunzione di non colpevolezza e la difesa tecnica, è evidente che la situazione è totalmente diversa riguardo al terrorismo *so called islamic*.

Bisogna partire dall'assunto per cui è difficile pensare ad un «sistema di contrasto a tali tipologie criminali suddiviso in “compartimenti stagni”»: prevenzione *ante delictum*, diritto penale, processo penale, costituiscono gli anelli di una stessa catena che tendono a trasmettere l'uno all'altro i mutamenti che singolarmente li coinvolgono»¹⁵². Le modalità con cui si è venuto a creare un sistema penale diverso e parallelo rispetto a quello ordinario sono molteplici e tra queste vanno annoverate l'anticipazione dell'intervento penale e della tutela attraverso i delitti di attentato: sulla scorta del *crimen laesae maiestatis*, già nel codice Rocco si prevedeva l'anticipazione della punibilità tramite tali delitti, i quali nel corso del tempo hanno perso i loro profili di problematicità ma a questi ultimi se ne sono avvicinati altri. In quest'ottica i più recenti indirizzi di politica criminale hanno rafforzato la tutela penale attraverso l'introduzione di fattispecie preparatorie e collaterali rispetto ai delitti associativi: in tal senso, i delitti di attentato costituiscono «norme di appoggio rispetto

¹⁵⁰ V. P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 100.

¹⁵¹ Cfr. P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 100

¹⁵² V. P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 104.

all'anticipazione dell'intervento penale secondo due tecniche di tutela¹⁵³: ciò avviene o prevedendo come delitto autonomo delle condotte di mera preparazione di un delitto di attentato ovvero tramite la previsione di reati che incriminano specifiche condotte preparatorie rispetto ai delitti di attentato o collaterali al fenomeno associativo. Ancora, e sempre con riferimento ai delitti politici (ovvero delitti terroristici), si può verificare la creazione «per stratificazione legislativa tra norme contro la criminalità organizzata, la mafia, il terrorismo»¹⁵⁴ di «una sorta di intero processo penale speciale, dalle indagini fino alla stessa esecuzione penitenziaria»¹⁵⁵: in maniera esemplificativa si possono citare alcuni indici di tale disciplina processuale differenziata che privilegia la tutela dello Stato a discapito delle garanzie individuali ed essi sono norme come il già citato art. 274 lett. c) c.p.p. col suo riferimento a particolari reati, tra cui quelli di criminalità organizzata e quelli commessi contro l'ordine costituzionale; ancora, «l'art. 275, comma 3°, c.p.p. prevede un rovesciamento del criterio dell'*extrema ratio* nell'applicazione della custodia cautelare in carcere quando si sia in presenza di gravi indizi di colpevolezza di reati di mafia: per evitare la più intensa limitazione della libertà occorre che si dimostri in positivo che non sussistono esigenze cautelari»¹⁵⁶; inoltre, l'art. 303 c.p.p. che prevede dei termini di durata massima della custodia cautelare più lunghi quando il processo riguarda reati di terrorismo o eversione dell'ordine costituzionale. Si possono ulteriormente citare l'art. 407 c.p.p. che indica per gli stessi reati termini massimi più lunghi per le indagini preliminari nonché l'art. 335, comma 3°, c.p.p. Accanto alle previsioni strettamente processuali vi è l'ambito dell'esecuzione penitenziaria con la presenza del notissimo art. 41 *bis* ordinamento penitenziario che consente di sospendere le normali regole di trattamento rispetto ai detenuti che abbiano commesso, tra gli altri, reati di terrorismo in presenza di gravi motivi di sicurezza e di ordine pubblico, e tramite il quale sono possibili colloqui investigativi da parte delle unità antimafia (ma anche da parte della polizia, dei carabinieri e della guardia di finanza a fini di prevenzione e repressione dei reati di terrorismo). Ma è soprattutto quello delle misure di prevenzione l'ambito di elezione con cui il legislatore italiano ha reagito a tali fenomeni o a fenomeni simili (si pensi, tra tutti, al fenomeno delle associazioni a delinquere di stampo

¹⁵³ V. M. PELISSERO, *Contrasto al terrorismo internazionale e diritto penale al limite*, in *Quest. Giust.*, 2016, 106.

¹⁵⁴ V. R. KOSTORIS, *Processo penale*, cit., 3. L'Autore, poco prima, ammoniva anche sul fatto che «la pena è rappresentata dall'effetto di stigma sociale che il circolo mediatico lega al semplice avvio delle indagini preliminari, dove l'informazione di garanzia vale agli occhi dell'opinione pubblica già come una sentenza di condanna. Siamo ad un uso – oltre che improprio – “ostile” del processo: quello di neutralizzare socialmente chi vi è sottoposto per il solo fatto di esservi sottoposto».

¹⁵⁵ Cfr. R. KOSTORIS, *Processo penale*, cit., 3.

¹⁵⁶ Cfr. R. KOSTORIS, *Processo penale*, cit., 4.

mafioso): si intende, tramite questi strumenti, anticipare e neutralizzare l'eventuale attacco terroristico prima della sua verifica¹⁵⁷. L'armamentario del legislatore italiano è molto ricco dato che si va dall'intercettazione preventiva alle attività sotto copertura, dalle espulsioni di stranieri con esecuzione immediata al congelamento dei loro beni; ma soprattutto si va a disciplinare un vero e proprio procedimento di prevenzione. La repressione e prevenzione, come si anticipava, ed entrambe insieme all'esecuzione si influenzano a vicenda, si intrecciano e creano zone nebulose. «La prevenzione si fonda, peraltro, sui due parametri della pericolosità e del sospetto, entrambi incompatibili con il principio di stretta legalità: essa è il regno delle valutazioni opinabili e incontrollabili [...] Occorre, però, evidenziare come una tale "amministrativizzazione" del penale sia cosa ben diversa dalla moderna tendenza ad amministrativizzare gli illeciti penali attraverso la depenalizzazione per deflazionare il sistema punitivo»¹⁵⁸; infatti tramite la prima si conferisce la forza tipica del diritto penale all'esercizio del potere amministrativo-esecutivo, ma in assenza delle garanzie tipicamente penalistiche: ciò che spinge all'utilizzo di questi strumenti è proprio la maggiore incisività degli stessi nell'ottica di una maggiore tutela dello Stato dato che essa guarda anche i fatti del futuro. «Obiettivo della prevenzione è sventare l'attacco terroristico; scopo della repressione è (soltanto) individuare e condannare coloro che l'hanno già realizzato»¹⁵⁹.

In un discorso di tal sorta, è necessario domandarsi qual è il ruolo del principio costituzionale della presunzione di innocenza – che è stato pacificamente sacrificato nella prassi applicativa dei provvedimenti statunitensi – nell'ordinamento italiano: tale valore costituzionale potrebbe essere valorizzato come argine al fine di evitare qualsiasi tipo di strumentalizzazione soprattutto del requisito del sospetto che giustifica le misure di prevenzione e soprattutto «l'esigenza di un recupero della garanzia della presunzione di non colpevolezza nel settore *ante delictum* parrebbe ineludibile in presenza di misure formalmente preventive ma sostanzialmente punitive»¹⁶⁰. Ancora, un uso accorto di questo principio dovrebbe condurre ad una sorta di "compensazione" nell'ottica di limitare le discriminazioni tra imputati facenti parte del medesimo contesto giurisdizionale, anche «al

¹⁵⁷ In questo senso cfr. R. KOSTORIS, *Processo penale*, cit., 4 secondo cui «nel quadro degli strumenti "dinamici" contro i reati politici, terrorismo in testa, lo Stato non mette in campo solo le armi della repressione, che tendenzialmente sono peraltro confinate nell'ambito delle indagini preliminari; un ruolo fondamentale è giocato soprattutto da quelle della prevenzione *ante delictum*: un settore molto incrementato anche nella nostra produzione legislativa successiva alla strage dell'11 settembre 2001».

¹⁵⁸ In questi termini cfr. R. KOSTORIS, *Processo penale*, cit., 5.

¹⁵⁹ Così R. KOSTORIS, *Processo penale*, cit., 5.

¹⁶⁰ Cfr. P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 109.

fine di riequilibrare, sul terreno procedimentale, la massiccia espansione e diversificazione delle attività preventive necessaria per contrastare un fenomeno criminale di tale portata»¹⁶¹. Per tirare le fila di queste considerazioni ci si chiede «quale argine è possibile tracciare per garantire che il diritto penale si muove ai margini della sua legittimazione»¹⁶²: dal momento che il diritto penale al limite è un diritto legittimo, una limitazione delle previsioni garantistiche può essere parzialmente giustificata dalla necessità di contrastare fenomeni criminali particolarmente invasivi e pericolosi; dal momento, poi, che il diritto penale viene utilizzato molto di frequente (anche su impulso delle fonti sovranazionali che impongono l'introduzione di nuove fattispecie incriminatrici) l'argine deve essere costituito dall'interpretazione giurisprudenziale. Infatti «a fronte di un legislatore affannato da scelte fortemente simboliche di anticipazione ed ampliamento della tutela penale manca un corrispondente riscontro nella prassi applicativa di queste nuove fattispecie collaterali; se la loro scarsa applicazione non si tradurrà nel corrispondente ampliamento del reato di associazione con finalità di terrorismo, la giurisprudenza avrà svolto un ruolo di garanzia»¹⁶³. Il compito della magistratura è, dunque, di assoluta importanza al fine di evitare che la necessità di agire in prevenzione possa influire anche sull'interpretazione delle norme, travolgendo in tal modo lo Stato di diritto.

6. *L'articolo 27, comma 2 come regola di trattamento dell'imputato fuori dal processo e l'informazione giudiziaria*

Un ambito in cui, come si è brevemente anticipato, la presunzione di innocenza corre il rischio più elevato di essere continuamente violata e messa alla prova è quello che riguarda il cosiddetto «processo mediatico», ovvero tutto ciò che riguarda una distorta informazione sul processo penale¹⁶⁴: l'assunto da cui partire è quello per cui una notizia inerente a un

¹⁶¹ V. P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 115.

¹⁶² Così M. PELISSERO, *Contrasto al terrorismo*, cit., 112.

¹⁶³ Così M. PELISSERO, *Contrasto al terrorismo*, cit., 112.

¹⁶⁴ Per una ricostruzione del contenuto del processo mediatico cfr. G. SPANGHER, *Informazione giudiziaria relativa al processo penale*, in *Pen. Dir. e proc.*, 29 marzo 2021, che descrive tale processo mediatico come «quello che si celebra parallelamente a quello delle indagini, del dibattimento e della fase delle impugnazioni. Invero, sono molte le situazioni che, nell'epoca della comunicazione molto stratificata e diffusa, si interessano delle vicende processuali dando spazio alle vittime, alle persone offese ed agli imputati/indagati. In tal modo si celebrano, si approfondiscono, si rivivono nei giornali e nelle televisioni le vicende processuali, con l'obiettivo preliminare di influenzare gli orientamenti dell'opinione pubblica e forse anche quello dei giudicanti. Sono molti gli elementi e le modalità attraverso i quali queste attività si estrinsecano: riproduzione della scena del crimine, criminologi che si confrontano, consulenze tecniche di conforto o di confutazione di

procedimento penale – in quanto foriera di possibili effetti pregiudizievoli nella sfera dell'imputato – può costituire una sorta di «sanzione atipica»¹⁶⁵ per quel soggetto che sarebbe in tale frangente sottoposto ad un vera sovresposizione mediatica. Il rapporto tra l'informazione giudiziaria e le vicende inerenti il processo penale è inevitabile quanto complicato dal momento che la vicenda giudiziaria medesima – soprattutto se ha natura penale - è costituita da fatti reali, da emozioni e pulsioni reali che non possono non coinvolgere i protagonisti della stessa e anche chi ne è più lontano: il contenuto di un procedimento penale è «materiale vivo, non una fiction rassicurante proprio perché finzione»¹⁶⁶ e per tale ragione «è inevitabile che tutto ciò richiami interesse, curiosità, compartecipazione, addirittura tifo»¹⁶⁷. E tale circostanza non è un qualcosa che è nato negli ultimi anni¹⁶⁸ – pur essendosi, indubbiamente, acuito in tale periodo – ma è radicata nella coscienza culturale del nostro paese: un cambiamento, tuttavia, lo si può notare sia nella maniera in cui le informazioni vengono selezionate e “restituite” al pubblico ma soprattutto in quello che è stato definito il «paradosso mediatico»¹⁶⁹, ovvero la circostanza per cui tutta

quanto sembrerebbe emergere dall'informazione giudiziaria, più o meno orientate dagli organi inquirenti. Il dato si accentua con la reiterazione delle azioni nei passaggi rilevanti delle cadenze processuali, anche attraverso le mobilitazioni dei media e a volte delle stesse vittime e delle persone sopravvissute. Queste vicende che spesso si sostanziano anche in manifestazioni di solidarietà alle vittime e di demonizzazione degli accusati-colpevoli, in spregio molto spesso per le loro modalità aggressive, al principio della presunzione di innocenza. I riferiti elementi inevitabilmente sia singolarmente considerati, sia complessivamente valutati, finiscono per condizionare, *rectius* possono, meglio ancora, potrebbero condizionare le determinazioni del giudice. [...] Invero, non è difficile capire, il *quantum* di pressione psicologica e di condizionamento che tutto ciò può determinare. [...] Per un verso, infatti, il fatto determinerà un senso di sconcerto nella pubblica opinione e per un altro un senso di rigetto e frustrazione da parte delle vittime che ritengano trattarsi di giustizia negata».

¹⁶⁵ In questi termini P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 159. Cfr., nello stesso senso, C. DE MARTINI, *Cronaca giudiziaria e presunzione di innocenza*, in *Dir. inf.*, 1997, 195 secondo cui «la notizia dell'apertura di un procedimento penale “nasce” assistita da una implicita ed inconsapevole presunzione: se un giudice ha incolpato qualcuno, questi molto probabilmente è colpevole. [...] La notizia dell'apertura di un procedimento penale, se questo concerne una persona per qualsiasi ragione nota, o riguardi reati che per loro natura interessano alla collettività, viene immediatamente diffusa e pubblicata con grande evidenza».

¹⁶⁶ Così F. A. MAISANO, *Processo penale e informazione giudiziaria. Un rapporto complicato*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, 5.

¹⁶⁷ Cfr. F. A. MAISANO, *Processo penale e informazione giudiziaria*, cit., 5.

¹⁶⁸ In questo senso cfr. F. A. MAISANO, *Processo penale e informazione giudiziaria*, cit., 6 che afferma «io inizierei con lo sfatare un luogo comune: questo tifo non è di oggi. Nasce da lontano. C'è sempre stato. [...] I processi ad “alto tasso mediatico” erano quelli che proponevano vicende che, per l'oggetto trattato, i protagonisti (soprattutto) e la “trama” o, come diciamo noi penalisti, “per il fatto da provare”, solleticavano maggiormente l'interesse dell'opinione pubblica. Ed è così che i mezzi di informazione cibavano questo interesse dando la possibilità al lettore di partecipare degli sviluppi di un'indagine o di un processo arrivato in Aula, contribuendo non solo a farsi un'idea ma proprio a farlo compartecipare». Cfr. anche G. BELLAVISTA, *Considerazioni sulla presunzione di innocenza*, cit., 178 che ha affermato ormai svariati decenni fa icasticamente «nel nostro esuberante Paese non c'è processo di qualche risonanza, anche non manifestamente politica, che non veda la stampa anticipare i giudizi».

¹⁶⁹ Così icasticamente P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 163. Cfr. nello stesso senso F. A. MAISANO, *Processo penale e informazione giudiziaria*, cit., 6 secondo cui «mentre in passato era la fase del dibattimento a focalizzare l'attenzione dei media, oggi lo sforzo dell'informazione è focalizzato maggiormente sulla fase delle indagini; e spesso ancor prima, già al momento dell'arresto o dell'informazione

l'attenzione sull'imputato è convogliata nelle primissime fasi investigative a discapito della fase dibattimentale. Un paradosso dal momento che, in base alla *ratio* del codice del 1988, dovrebbe essere proprio la fase dibattimentale ad avere la più ampia diffusione e attenzione mentre la fase delle indagini preliminari dovrebbe essere tendenzialmente segreta.

Dunque, pur essendo mutate le radici di fondo del codice di procedura penale (incentrato sul dibattimento dove vengono acquisite e si formano le prove), l'informazione giudiziaria è a torto limitata alle primissime battute del procedimento penale ovvero alla richiesta di applicazione delle misure cautelari, se non già all'applicazione dei provvedimenti precautelari: e così, già con la sola presenza di indizi di colpevolezza a carico dell'imputato, «il danno è fatto. Enorme e per tutti! Il paradosso si materializza con forza: mentre il nostro sistema costituzionale riconosce il giusto processo accusatorio e lo esalta nel dibattimento, vive e regna il processo mediatico che è inquisitorio puro! Vive delle sole acquisizioni dell'accusa e, per ovvi motivi, finisce col presentare l'indagato come colpevole»¹⁷⁰. Sembra, in tale prospettiva problematica, che sia proprio lo strumento del procedimento penale a dover essere inteso non già come strumento per anticipare una possibile condanna che solo in ipotesi sarà confermata¹⁷¹ ma come fucina di garanzie¹⁷², ovvero l'essenza del procedimento penale medesimo. La presunzione di innocenza, all'interno di tale prospettiva, rileva come regola di trattamento dell'imputato fuori dal processo ed è soggetta a delle tensioni che vedono da un lato la necessità di salvaguardare la segretezza e la riservatezza delle indagini preliminari e dall'altro l'esigenza di garantire un'informazione corretta sulle vicende giudiziarie dal momento che, come recita l'articolo 101 comma 1 Cost., «la giustizia

di garanzia (quando non addirittura al momento della mera iscrizione di una persona nel registro notizie di reato). Ed è un paradosso. Ieri che il processo penale non era improntato al principio che la prova si forma nel dibattimento era proprio il dibattimento ad essere il focus dei commenti della grande stampa. Oggi, invece, che ad essere centrale è il dibattimento -perché luogo deputato alla formazione della prova in contraddittorio tra le parti- accade che l'orientamento dell'opinione pubblica non avviene più seguendo passo passo l'approfondimento processuale bensì prima, molto prima. Quando tecnicamente non prove ma indizi finiranno per segnare già il "destino" (almeno mediatico) del presunto innocente. Lo stillicidio di notizie parcellizzate, ottenute spesso in spregio al segreto d'indagine, è ormai la normalità. Spezzoni di intercettazioni telefoniche che, per essere diffuse, devono necessariamente prima uscire da qualche parte, sono il corredo audio della notizia data in prima serata».

¹⁷⁰ V. F. A. MAISANO, *Processo penale e informazione giudiziaria*, cit., 7.

¹⁷¹ Secondo C. DE MARTINI, *Cronaca giudiziaria*, cit., 196 poi «salvo casi eccezionali, la notizia dell'assoluzione di un imputato – che di per sé è una non-notizia (proprio perché il principio della presunzione di innocenza costituisce, più o meno consapevolmente, un componente del bagaglio culturale di qualsiasi persona civile) – tende ad essere relegata in un canto, poiché non interessa più il lettore».

¹⁷² Nel caso contrario, secondo F. A. MAISANO, *Processo penale e informazione giudiziaria*, cit., 8, «avremmo finito per consumare noi un delitto perché abbiamo distrutto la stessa essenza del processo e magari anche la vita di un uomo innocente».

è amministrata in nome del popolo»¹⁷³: si può considerare, ulteriormente, che «sebbene non esista una indefettibile correlazione tra l'esercizio del diritto di cronaca e la svalutazione della presunzione di non colpevolezza, dato che non si può escludere *a priori* che l'informazione sia corretta e che quindi la pubblicità del processo possa anche giovare all'imputato, balza agli occhi come nella prassi ciò accada assai raramente»¹⁷⁴; ciò di cui, in tale frangente, la presunzione di innocenza sembra difettare è un'ampia diffusione nella coscienza culturale del paese dal momento che essa «può dirsi ben lontana dall'essere recepita, nel nostro paese, come uno dei cardini del processo penale»¹⁷⁵. E un significativo risvolto di tale circostanza è proprio il modo in cui i media “considerano” la presunzione di innocenza, nella loro fondamentale attività di formare l'opinione pubblica¹⁷⁶.

La prassi quotidiana mostra come l'insieme delle suesposte problematiche inerenti al processo mediatico e della cronaca lentezza dei procedimenti penali italiani concorra a creare un *mix* potenzialmente esplosivo e altamente pericoloso per le garanzie dell'imputato, quali appunto la presunzione di innocenza¹⁷⁷: tale diritto, connaturato al processo penale, viene così deteriorato da un processo parallelo a quello che si celebra nelle aule di giustizia «al quale è accomunato sì dall'interesse alla ricostruzione della verità fattuale di una vicenda, ma che ontologicamente vive la sua indubbia difformità, quanto alle regole, ai principi alle singole scansioni temporali e spesso agli effetti che genera»¹⁷⁸. Volendo sorvolare sui profili di differenziazione tra queste due modalità di intendere il processo¹⁷⁹, è interessante analizzare un profilo intrinseco al processo e che riguarda le regole tecniche con cui si costruisce un processo giurisdizionale (come ad esempio le modalità attraverso le quali si

¹⁷³ Sulla necessità che la collettività “veda” come è amministrata la giustizia in suo nome cfr. G. GIOSTRA, *Prima lezione sulla giustizia penale*, Laterza, Roma-Bari, 2020, 25 secondo cui «il convinto affidamento dei consociati nell'amministrazione della giustizia svolge un'importantissima funzione di coesione sociale».

¹⁷⁴ Così P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 163. Sul medesimo punto cfr. G. GIOSTRA, *I rapporti tra giustizia penale e informazione nell'ottica delle valutazioni costituzionali*, *Giur. cost.*, 1984, 1, 1280 che afferma come «una corretta informazione non potrebbe non rafforzare, magari opportunamente ribadendola, la presunzione di innocenza dell'imputato. Non ci si nascondono, certo, le ripercussioni negative, spesso irreversibili, che la mera sottoposizione a procedimento penale determina sull'immagine sociale dell'imputato. Ma il dato sociologico [...] non può e non deve interferire sulla ricostruzione della *ratio legis* di una norma».

¹⁷⁵ Così G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza*, cit., 8.

¹⁷⁶ P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 162 ammonisce che «basta infatti dosare sapientemente le informazioni per realizzare un subliminale “pilotaggio delle coscienze”».

¹⁷⁷ In questo senso cfr. P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 164 secondo cui «è empiricamente assodato che più il processo si dilata cronologicamente e più il valore del principio enunciato dall'art. 27 comma 2 Cost. tende fatalmente a sbiadire nella coscienza collettiva, lasciando spazio ad anticipati giudizi di reità, i quali si ripercuotono a loro volta sulla vicenda giudiziaria». Nello stesso senso cfr. G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza*, cit., 8.

¹⁷⁸ Cfr. F. PERCHINUNNO, *Il difficile bilanciamento tra il diritto all'informazione giudiziaria e altri interessi confliggenti*, *Rivista Aic*, 2020, 2.

¹⁷⁹ Per un approfondimento cfr. Capitolo 3.

può acquisire la prova nel procedimento penale): nel processo di natura mediatica, in tale prospettiva, si ravvisa una delle torsioni più problematiche, «ossia l'assenza di una delle regole basilari su cui si fonda la ricerca della prova, il cui fondamento non si rinviene soltanto nel codice di rito e nelle numerose regole di esclusione e di inutilizzabilità delle prove, ma anzitutto nel principio del contraddittorio nella formazione della prova, consacrato dal novellato art. 111 comma 4 Cost.»¹⁸⁰; il processo mediatico non sembra, dunque, seguire i crismi del processo di natura accusatoria ma al più schemi di carattere inquisitorio. Tali fenomeni di giustizia sommaria, si è detto, vivono nella fase delle indagini preliminari (fase complessa e delicata) la loro più ampia diffusione sia per la possibile adozione di misure cautelari, sia per la segretezza che viene spesso violata da “fughe di notizie”. In tale ottica è evidente come la presunzione di innocenza, che dovrebbe costituire un granitico scudo a difesa dell'imputato anche nei risvolti mediatici, viene totalmente svilita e l'imputato, pur avendo il «diritto di non essere giudicato “in anteprima”»¹⁸¹, viene “consegnato” al colpevolismo dell'opinione pubblica. In una riflessione conclusiva, affinché quella dell'articolo 27, comma 2 non sia «vana e inutile formula»¹⁸², si può affermare che è necessario «pretendere che l'informazione giudiziaria sia rispettosa - anzi, di più, oserei dire, *sponsor!* - della presunzione di innocenza. Equidistante tra le tesi a confronto, rispettosa paladina del dubbio ragionevole; mai partigiana di teoremi che solo la sentenza passata in giudicato riconoscerà come verità processuali definitive. Senza questo sforzo (pur doveroso perché fondato sulla nostra Legge delle leggi) il rapporto, che è inevitabile, sfocerà solo in una gogna brutale e illegittima»¹⁸³.

¹⁸⁰ In questo senso cfr. F. PERCHINUNNO, *Il difficile bilanciamento*, cit., 264.

¹⁸¹ Così G. BELLAVISTA, *Considerazioni sulla presunzione di innocenza*, cit., 179.

¹⁸² Cfr. G. BELLAVISTA, *Considerazioni sulla presunzione di innocenza*, cit., 179.

¹⁸³ V. per tale condivisibile considerazione, F. A. MAISANO, *Processo penale e informazione giudiziaria*, cit., 8. Cfr., ulteriormente, L. CAMALDO, *Immagine dell'imputato in manette, presunzione di non colpevolezza e tutela della libertà morale*, *Cass. pen.*, 2001, 6, 1943 parla di «gogna virtuale».

6.1. *Presunzione di non colpevolezza, informazione giudiziaria e altri diritti costituzionalmente garantiti*

Nell'ambito di cui si sta discorrendo è opportuno distinguere il principio di cui all'articolo 27, comma 2 della Costituzione da altrettante garanzie parimenti rilevanti che, allo stesso modo, entrano in peculiari rapporti con l'informazione giudiziaria: ci si riferisce al diritto alla *privacy*, al diritto di cronaca, diritto all'onore e alla riservatezza. L'assunto da cui partire è quello per cui tra tutte queste garanzie che entrano in rapporto tra loro è necessario operare, come ha anche insegnato la Corte costituzionale – a partire dalla sentenza numero 25 del 1965 -, un equilibrato bilanciamento di valori. In relazione al diritto alla *privacy* è opportuno distinguere: la lesione di quest'ultima garanzia è collegata al tema degli atti segreti e alla loro pubblicazione mentre la garanzia *ex art. 27*, comma 2 tutelerebbe tutti gli atti, a prescindere dalla loro natura, purché tale circostanza possa far supporre la colpevolezza di qualcuno¹⁸⁴ e dunque i due principi operano su piani differenti e hanno copertura legislativa parimenti diversa. La trattazione dei profili riguardanti il rapporto tra il diritto all'informazione giudiziaria e gli ulteriori interessi costituzionalmente garantiti è complessa e piena di profili problematici, su cui non è possibile soffermarsi approfonditamente¹⁸⁵, ma che meritano comunque di essere passati in rassegna: si diceva che «il *punctum dolens* è da ricercarsi nella complessa, ma necessaria opera di bilanciamento tra i vari principi meritevoli di tutela costituzionale»¹⁸⁶.

Senza dubbio, tra i valori costituzionalmente tutelati, viene in rilievo la libertà di manifestazione del pensiero (articolo 21 Cost.) - che racchiude in sé il diritto/dovere di informare e ancor prima di essere informati - il diritto alla tutela della propria libertà morale (art. 2 Cost), della libertà personale e della vita privata (articoli 13 e 14 Cost.), il diritto alla riservatezza e alla libera comunicazione (art. 15 cost.), il diritto di difesa in giudizio (art 24 cost.), oltre alla presunzione di non colpevolezza (art. 27 cost.), e a tutte le garanzie e i principi riconducibili al “giusto processo” di cui all' art. 111 della Costituzione. Operare un

¹⁸⁴ Può essere utile un'esemplificazione proposta da P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 160: «si pensi alla pubblicazione di stralci di intercettazioni telefoniche: l'asettica divulgazione del contenuto di una conversazione può in sé costituire un attentato alla *privacy*, ma perché possa dirsi compromessa anche la presunzione di non colpevolezza occorre che il dialogo captato venga riprodotto con modalità tali da alimentare, nei fruitori della notizia, la sensazione che l'indagato o l'imputato possa risultare verosimilmente colpevole, come accadrebbe, ad esempio, nell'ipotesi in cui il giornalista desse particolare risalto solo ad alcuni passaggi di un determinato colloquio».

¹⁸⁵ Per una approfondita analisi del diritto di cronaca nel rapporto con altri principi costituzionali cfr. G. GIOSTRA, *I rapporti tra giustizia penale e informazione*, cit., 1256.

¹⁸⁶ Così F. PERCHINUNNO, *Il difficile bilanciamento*, cit., 241.

bilanciamento tra questi principi, che è già un lavoro complesso, è un'attività ulteriormente appesantita «dalla presenza di una pluralità di fonti d'informazione e da un processo di incontrollabile ed inarrestabile proliferazione delle stesse che ha determinato il rischio di accrescimento della strutturale divergenza tra notizia e verità»¹⁸⁷. Nelle attuali dinamiche di formazione dell'opinione pubblica, in cui sono preponderanti anche i social media, la funzione di “*watchdog of democracy*”¹⁸⁸ attribuita alla stampa dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo è posta in seria discussione; infatti, i profili riguardanti l'informazione sul processo – ossia «la rappresentazione, attraverso gli strumenti di comunicazione di massa, del modo di amministrare la laboriosa macchina della giustizia»¹⁸⁹ – implicano da un lato l'obbligo di bilanciamento con tutti gli altri diritti e, dall'altro, il dovere di osservare la disciplina del segreto investigativo e altri divieti di pubblicazione di notizie, atti e immagini. Dunque, gli interessi che vengono in rilievo sono la libertà di informazione, un cardine del diritto di libertà, che si esplica nella libertà di stampa la quale ultima racchiude in sé quasi totalmente il contenuto della prima; inoltre, vanno tenuti in considerazione i variegati diritti della personalità quali il diritto alla riservatezza e all'identità personale e la *privacy* (già citata).

Principio cardine in questa discussione è, però, il diritto di cronaca che è esplicitazione della più generale libertà di stampa: l'esercizio di questo diritto deve rimanere all'interno di

¹⁸⁷ Così F. PERCHINUNNO, *Il difficile bilanciamento*, cit., 242.

¹⁸⁸ Cfr., negli stessi termini, G. MANTOVANI, *Processo pubblico e "mass media"*, in *Leg.pen.*, 2020, 145 secondo la quale «il ruolo di “controllore” proprio della stampa è ben espresso dalla nota immagine che la ritrae come “*watchdog*” – “cane da guardia” – della democrazia. Ad essa la Corte europea dei diritti dell'uomo ricorre ripetutamente là dove sostiene la necessità della massima parsimonia e della massima prudenza in ordine alle restrizioni che possono derivare alla libertà di stampa dal complicato gioco del bilanciamento degli interessi. Dunque, “la libertà di informare è la regola e le restrizioni alla stampa sono le eccezioni”. Proprio le rassicurazioni che derivano dall'esistenza di quel “controllo” suggeriscono infatti che, “di tutte le libertà, quella della stampa è forse la sola che sia indispensabile non sospendere mai, poiché essa è la garanzia di tutte le altre”: ove si sospendesse l' *habeas corpus* – esemplificava Benjamin Constant – ma si conservasse la libertà di stampa, quest'ultima servirebbe “a reprimere l'abuso [...] della sospensione dell' *habeas corpus*”; ma, se si sospende la libertà di stampa, ecco che allora “l' *habeas corpus* diventa una garanzia molto poco sicura” poiché sarà ben più difficile scoprirne la violazione».

¹⁸⁹ Cfr. acutamente F. PERCHINUNNO, *Il difficile bilanciamento*, cit., 243. L'Autore afferma più avanti che «vi è poi un dato altrettanto allarmante che attiene proprio al diritto all'informazione ed a quell'accezione passiva che è nella tutela prevista dall'art. 21 Cost. e nell'esigenza di garantire, a chi riceve l'informazione, tutti gli strumenti necessari per ricevere correttamente la notizia, valutarla senza subire influenze e incorrere, passivamente, in erronee valutazioni determinate dalle distorsioni della realtà/verità. Nel caso di specie, poiché l'utente medio non riesce a cogliere, con adeguato senso critico i diversi significati, le diverse garanzie e il diverso grado di affidabilità dei due processi, quello mediatico e quello giurisdizionale, può accadere che si formi un convincimento collettivo radicato al punto che la sentenza emessa dal giudice all'esito del processo perda di autorità, perché divergente da quella stimolata dal processo mediatico, o sol perché non soddisfi le aspettative del pubblico. Senza dire che anche il giudice può essere ricompreso nella sfera delle persone che possono subire un anomalo condizionamento o anche solo illegittime sollecitazioni psicologiche derivanti dalla conoscenza extraprocessuale di elementi conoscitivi derivanti da ricostruzioni della vicenda più volte effettuate dai mass-media».

un alveo che è stato costruito dalla dottrina e dalla giurisprudenza di legittimità. I limiti all'esercizio del diritto ad informare nelle sue diverse manifestazioni sono stati oggetto di una nota decisione della Cassazione che, intervenendo alla ricerca di un punto di equilibrio tra attività giornalistica e tutela della personalità, ha stabilito quali sono i criteri che il diritto di cronaca deve rispettare affinché la divulgazione a mezzo stampa di notizie lesive dell'altrui sfera personale possa considerarsi legittima espressione del diritto alla libertà di manifestazione del pensiero previsto e tutelato dall'art. 21 della Costituzione, impedendo che l'autore possa essere ritenuto civilmente responsabile. Secondo la Cassazione, invero, l'esercizio del diritto di informazione produce l'effetto di scriminare quella condotta – di cui in astratto non può escludersi il connotato della illiceità – integrata dalla divulgazione di notizie in grado di ledere i diritti dell'onore e/o della reputazione del soggetto cui le notizie si riferiscono in presenza di determinate condizioni, quali appunto verità, utilità sociale e continenza espositiva. In proposito, ha infatti affermato la Cassazione¹⁹⁰ che «perché la divulgazione a mezzo stampa di notizie lesive dell'onore possa considerarsi lecita espressione del diritto di cronaca e non comporti responsabilità civile per violazione del diritto all'onore, devono ricorrere tre condizioni: 1) utilità sociale dell'informazione; 2) verità oggettiva, o anche soltanto putativa purché frutto di diligente lavoro di ricerca; 3) forma civile dell'esposizione dei fatti e della loro valutazione, che non ecceda lo scopo informativo da conseguire e sia improntata a leale chiarezza, evitando forme di offesa indiretta». Sulla scorta di tale pronuncia, secondo parte della dottrina sono così tre le condizioni che devono ricorrere affinché possa ritenersi integrata la scriminante del diritto di cronaca, e precisamente: 1) la verità oggettiva ovvero anche solo putativa, purché frutto di un diligente lavoro di ricerca; 2) l'utilità sociale dell'informazione; 3) la c.d. forma civile – sia nell'esposizione dei fatti sia nella loro valutazione – che, in quanto tale, non ecceda lo scopo informativo che la divulgazione a mezzo stampa delle notizie in questione persegue, ed inoltre che esse siano improntate a lealtà e chiarezza, evitando forma di offesa indiretta, cioè il requisito c.d. della «continenza» dell'informazione. E tali considerazioni non possono che valere anche e soprattutto per la cronaca giudiziaria.

¹⁹⁰ Il riferimento è alla nota «sentenza-decalogo» della Corte di Cassazione, I sezione civile, 18 ottobre 1984, n. 5259.

6.1.1. *La problematica formulazione dell'art. 114 comma 6-bis c.p.p.*

Il comma 6-*bis* dell'articolo 114 del codice di procedura penale, come modificato dall'articolo 14, comma 2, L. 479/1999, sancisce che «è vietata la pubblicazione dell'immagine di persona privata della libertà personale ripresa mentre la stessa si trova sottoposta all'uso di manette ai polsi ovvero ad altro mezzo di coercizione fisica, salvo che la persona vi consenta». Bisogna soffermarsi su tale disposizione, introdotta al fine di tutelare la dignità della persona umana mentre (e soltanto quando) si trova *in vinculis* e con un divieto che viene meno se la persona ritratta nell'immagine pubblicata abbia consentito alla sua pubblicazione, dal momento che essa è una degli effetti di quel delicato equilibrio tra diritto di cronaca e rispetto dei diritti della persona; tale inserto normativo, utile a riequilibrare i rapporti tra segreto investigativo, presunzione di non colpevolezza e informazione giudiziaria, «denota una tensione particolare verso la salvaguardia dei diritti della personalità anche nel momento in cui il soggetto viene privato della libertà personale»¹⁹¹, ma comunque non della garanzia della presunzione di innocenza. Infatti, «il comma 6-*bis* dell'art. 114 intende porre un freno a pratiche di “sciacallaggio” giornalistico, inclini a spettacolarizzare operazioni poliziesche di facile presa sul pubblico»¹⁹² dato che dalle medesime potrebbe discendere un rilevante danno «sia all'immagine dell'arrestato, sia, soprattutto, al suo destino processuale»¹⁹³: un individuo presentato in manette può ingenerare nell'opinione pubblica un giudizio di anticipata colpevolezza che sarebbe difficilmente scalfito da una successiva pronuncia – anche definitiva – di assoluzione.

Volendo procedere con un'analisi dei profili più problematici della disposizione, definita norma *minus quam perfecta*, è condivisibile l'opinione secondo cui, in relazione all'ambito applicativo del divieto, «la definizione dei limiti di operatività dell'art. 114 comma 6-*bis* c.p.p. può essere tracciata mediante l'esame di tre diversi profili che investono le persone protette, i mezzi di coercizione fisica utilizzati e gli strumenti impiegati al fine di diffondere l'immagine»¹⁹⁴. In relazione al primo profilo, dal momento che la norma non prevede espressamente delle esclusioni, sono destinatari della stessa sia i soggetti sottoposti ad

¹⁹¹ Così C. FIORIO, *La presunzione di non colpevolezza*, cit., 142.

¹⁹² Così R. ORLANDI, *La giustizia penale nel gioco di specchi dell'informazione* in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, 54. In base alla Relazione al disegno di legge n. 479/99 il divieto di diffondere l'immagine delle persone *in vinculis* è stato introdotto [...] quale imperativo dettato da «questioni di coscienza morale e problematiche di civiltà giuridica», al fine di «porre rimedio a prassi distorsive» che ledono gravemente la dignità della persona sottoposta a misure restrittive della libertà personale.

¹⁹³ Cfr. R. ORLANDI, *La giustizia penale*, cit., 54.

¹⁹⁴ Così L. CAMALDO, *Immagine dell'imputato in manette*, cit., 1944.

arresto o a fermo, sia gli indagati o imputati che si sono visti applicare la misura coercitiva della custodia in carcere o in luogo di cura ovvero degli arresti domiciliari e anche coloro che sono gravati dall'accompagnamento coattivo dell'imputato nei casi previsti dall'art. 132 c.p.p. qualora si ricorra all'uso della forza; ma non pare possano essere ragionevolmente esclusi dai destinatari anche i soggetti che si trovino nella fase esecutiva della pena, ovvero i condannati e gli internati. Infatti, è agevole rinvenire nella *ratio* del provvedimento «l'esistenza di una *voluntas* legislativa volta a garantire la dignità della persona “a tutto campo”, tanto nel processo di cognizione, quanto nella fase di esecuzione della pena o della misura di sicurezza»¹⁹⁵. Riguardo, poi, ai mezzi di coercizione fisica che rientrano nell'ambito di applicazione della norma, si ritiene che sia assistita da questa disposizione anche la persona che viene tenuta, senza manette, a braccetto da agenti o ufficiali di polizia; e sono tutelate anche quelle condizioni restrittive della libertà personale del soggetto che si trovi all'interno delle gabbie nelle aule processuali o dietro le sbarre del carcere. Infine, in relazione al catalogo dei mezzi di comunicazione, è necessario ritenere che il termine «pubblicazione» si riferisca «a tutti i media destinati a raggiungere un numero indefinibile di persone. Il divieto riguarda pertanto carta stampata, fotocopie, ciclostilati, ed anche trasmissioni tele visive, riprese cinematografiche, cassette audiovisive»¹⁹⁶.

La nuova norma deve essere letta nell'alveo delle altre disposizioni che servono a salvaguardare la libera fruizione di tutti i diritti della personalità: in relazione ai provvedimenti cautelari la norma cardine a questo proposito è l'articolo 277 c.p.p. che prevede, nell'ambito delle misure cautelari, che «le modalità di esecuzione delle misure devono salvaguardare i diritti della persona ad esse sottoposta, il cui esercizio non sia incompatibile con le esigenze cautelari del caso concreto»; inoltre, nella fase di esecuzione della pena, un'altra fondamentale disposizione è la disposizione dell'art. 42-*bis* dell'ordinamento penitenziario (introdotta dalla l. n. 492/92) che ai commi 4 e 5 prevede «4. Nelle traduzioni sono adottate le opportune cautele per proteggere i soggetti tradotti dalla curiosità del pubblico e da ogni specie di pubblicità, nonché per evitare ad essi inutili disagi. L'inosservanza della presente disposizione costituisce comportamento valutabile ai fini disciplinari. 5. Nelle traduzioni individuali l'uso delle manette ai polsi è obbligatorio quando lo richiedono la pericolosità del soggetto o il pericolo di fuga o circostanze di ambiente che rendono difficile la traduzione. In tutti gli altri casi l'uso delle manette ai polsi o di qualsiasi altro mezzo di coercizione fisica è vietato. Nel caso di traduzioni individuali di detenuti o

¹⁹⁵ Cfr. L. CAMALDO, *Immagine dell'imputato in manette*, cit., 1945.

¹⁹⁶ Cfr. L. CAMALDO, *Immagine dell'imputato in manette*, cit., 1945

internati la valutazione della pericolosità del soggetto o del pericolo di fuga è compiuta, all'atto di disporre la traduzione, dall'autorità giudiziaria o dalla direzione penitenziaria competente, le quali dettano le conseguenti prescrizioni». Riguardo, poi, all'analisi del bene giuridico protetto dalla norma e per ciò che qui interessa è indubbio che la stessa, volendo impedire la diffusione attraverso i mass media dell'immagine del soggetto in quell'umiliante situazione quale quella in cui si trova la persona in manette o sottoposta ad altro mezzo di coercizione fisica, intenda tutelare la presunzione di non colpevolezza, prevista dall'art. 27 comma 2 Cost. Infatti «l'imputato in manette è oggettivamente presentato nella veste pubblica di un colpevole e la pubblicazione della sua immagine in questa situazione comporta una anticipata stigmatizzazione di colpevolezza»¹⁹⁷.

In tale prospettiva, la previsione è sicuramente opportuna dato che «mira a salvaguardare la presunzione d'innocenza di fronte al "tribunale sociale" dell'opinione pubblica»¹⁹⁸ ma, se indagata nella sua applicazione concreta, risulta priva di efficacia dal momento che l'inosservanza della stessa non è supportata da conseguenze di natura processuale. Tale mancata applicazione può essere anche spiegata dalla presenza nella previsione codicistica di una deroga al divieto, che il comma 6-bis individua nel consenso dell'arrestato a farsi riprendere con le manette ai polsi o comunque in stato di coercizione fisica, che è indubbiamente problematica perché «sembra una singolare concessione all'esibizionismo individuale, anziché – come sarebbe auspicabile – un'apertura al giornalismo d'inchiesta, pronto a documentare eventuali abusi dell'autorità pubblica»¹⁹⁹. Si è affermato²⁰⁰, a tal proposito, che quest'ultima previsione è ammantata da forti dubbi di legittimità costituzionale: la *ratio* dell'art. 114 comma 6-bis c.p.p. poggia sulla tutela di valori estremamente rilevanti quali la libertà morale e la presunzione di non colpevolezza che la Costituzione garantisce in modo assoluto e che dunque sono non disponibili; in tal senso la possibilità di consentire la pubblicazione delle immagini può portare ad una «mercificazione della prestazione del consenso che comporterebbero il sacrificio di diritti "inviolabili" per dettato costituzionale»²⁰¹. Per tali ragioni, questa parte della disposizione può entrare in contrasto con gli articoli 13, comma 4 e 27, comma della Costituzione: può accadere che il consenso prestato dal soggetto in tale situazione umiliante possa essere inteso erroneamente

¹⁹⁷ Cfr. L. CAMALDO, *Immagine dell'imputato in manette*, cit., 1950.

¹⁹⁸ Cfr. R. ORLANDI, *La giustizia penale*, cit., 54.

¹⁹⁹ Così R. ORLANDI, *La giustizia penale*, cit., 55. Le medesime preoccupazioni sono avvertite da L. CAMALDO, *Immagine dell'imputato in manette*, cit., 1951 secondo cui tale previsione può influire sulla varietà di opzioni autodifensive dell'imputato il quale potrebbe non essere in grado di articolare pienamente la sua difesa.

²⁰⁰ Cfr. L. CAMALDO, *Immagine dell'imputato in manette*, cit., 1952.

²⁰¹ Così L. CAMALDO, *Immagine dell'imputato in manette*, cit., 1953.

come un'ammissione di colpevolezza. Per fugare tali dubbi dunque, e per concludere, l'efficacia del consenso deve essere interpretata in modo restrittivo e con dei limiti precisi di tipo oggettivo (la pubblicazione deve rispettare il perimetro del consenso) e soggettivo (riguarda solo i soggetti che lo hanno prestato); inoltre sarà necessario un consenso espresso e inequivoco non essendo sufficiente un consenso tacito.

6.2. *L'approccio della Corte EDU: alcuni casi riguardo l'articolo 6, par. 2 della CEDU*

La presunzione di innocenza, tutelata a livello di Convenzione Europea dei diritti dell'uomo dall'articolo 6, paragrafo 2, ha visto alcune (ma non molte²⁰²) pronunce della Corte Europea volte a perimetrare esattamente i confini di tale garanzia. Al fine di operare una breve rassegna delle stesse, è necessario anticipare che è necessario essere consci delle similarità, e anche delle diversità, che distinguono la sfera operativa della Corte sovranazionale da quella della Corte Costituzionale italiana: inoltre, «tutti sanno che il giudice europeo deve costantemente tener conto di una pluralità di sistemi processuali anche molto diversi tra loro; [...] il che non esclude [...] che in certi casi la censura del comportamento concreto si traduca altresì, più o meno esplicitamente, in censura a una legge; ma impedisce di trarre troppo frettolose conclusioni sulla idoneità o sull'inidoneità di questa o quella norma, in sé e per sé considerata, a soddisfare l'impegno di coerenza assunto da uno Stato per il rispetto dei diritti e delle libertà garantite dalla Convenzione»²⁰³. Due sono i passaggi essenziali, da cui dunque muovere, nella giurisprudenza della Corte medesima ovvero la sentenza con cui la stampa è stata definita il «cane da guardia della

²⁰² Cfr. M. CHIAVARIO, *La presunzione di innocenza*, cit., 1092 secondo cui «il giurista italiano è portato probabilmente a stupirsi della relativa scarsità — e, più ancora, di quella che può apparire come una non troppo significativa pregnanza di contenuti — delle pronunce della Corte europea sulla tematica di quei rapporti tra la presunzione d'innocenza e l'esercizio di poteri limitativi di libertà in pendenza di processo, che in Italia è da sempre al centro dell'attenzione quando si discorre dell'art. 27, 2° comma, Cost. Ciò, tuttavia, non è senza spiegazione. In effetti, occorre ricordare, anzitutto, che l'art. 6 § 2 della Convenzione europea — al contrario dell'appena citata previsione della Carta costituzionale italiana — è privo di riferimenti alla "definitività" della condanna come unico fattore destinato a far cadere la presunzione: rilievo, questo, che — si badi — non deve indurre a supporre che così la presunzione venga, sotto ogni aspetto, a perdere valore in rapporto ai giudizi d'impugnazione, ma che purtuttavia impone, a tacer d'altro, di non dare per scontata una preclusione assoluta a qualsiasi parificazione, *sub specie libertatis*, del condannato in primo grado al condannato "definitivo". È, inoltre, facile constatare come nella stessa Convenzione vi siano elementi idonei a togliere rilievo decisivo, in questa sede, a tutta una serie di argomenti che invece, nel contesto offerto dall'art. 27 della nostra Costituzione, non possono essere ignorati quando si tratta di affrontare il problema delle misure limitative di libertà in pendenza di processo».

²⁰³ Così M. CHIAVARIO, *La presunzione di innocenza nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. it.*, 2000, 5, 1089.

democrazia»²⁰⁴ e l'altra pronuncia in cui si è affermata la fondamentale importanza della tutela della privacy e della presunzione di innocenza, con la possibile prevalenza dell'interesse pubblico alla informazione²⁰⁵.

La pronuncia spartiacque nella tutela del diritto di cronaca - che «deve essere esercitato in conformità ai principi del giornalismo responsabile»²⁰⁶ - è ancora più risalente²⁰⁷ e in quest'ultima la Corte ha affermato che «l'idea che i tribunali non possano funzionare nel vuoto è in generale condivisa. Il loro compito è quello di comporre le controversie ma nulla vieta che esse non possano dar luogo a dibattiti in altre sedi, vuoi sulle riviste specializzate, sulla grande stampa o tra il grande pubblico. Inoltre, se è vero che i mezzi di comunicazione non devono superare i limiti stabiliti per la buona amministrazione della giustizia (tra i quali rientra il principio della presunzione di innocenza) è loro compito comunicare informazioni e idee sulle questioni di cui si occupano tribunali, così come su quelle relative ad altri settori di pubblico interesse. Accanto alla loro funzione di fornire informazioni sta il diritto del pubblico ad essere informato»²⁰⁸. Proseguendo in ordine cronologico, è d'uopo citare un'importante sentenza del 1983²⁰⁹ riguardo al rapporto tra la tutela della presunzione d'innocenza e la genuinità delle esternazioni delle convinzioni giudiziali: nel caso Minelli la Corte ha affermato che «la presunzione d'innocenza si trova misconosciuta se, senza previo accertamento legale della colpevolezza di un prevenuto e in particolare senza che quest'ultimo abbia avuto occasione di esercitare i diritti della difesa, una decisione giudiziaria emessa nei suoi confronti rifletta la convinzione che egli è colpevole»²¹⁰; inoltre per ritenere violato l'articolo 6, paragrafo 2 è stata ritenuta sufficiente «una motivazione la quale faccia pensare che il giudice considera colpevole l'interessato»²¹¹. Al fine di evitare delle interpretazioni eccessivamente late di queste considerazioni, la Corte ha poi – con due sentenze successive²¹² - specificato «la distinzione tra vere e proprie esternazioni di

²⁰⁴ Corte e.d.u., 27 marzo 1996, *Goodwin c. Regno Unito*.

²⁰⁵ Corte e.d.u., 7 giugno 2007, *Dupuis c. Francia*.

²⁰⁶ Cfr. G.TARLI BARBIERI, *Libertà di informazione e processo penale nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte Edu: problemi e prospettive*, in in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, 32.

²⁰⁷ Corte Europea dei diritti dell'uomo, 26 aprile 1979, *Sunday Times c. United Kingdom*. G.TARLI BARBIERI, *Libertà di informazione*, cit., 32 ricorda che «tale pronuncia, resa a strettissima maggioranza (undici voti contro nove), ha visto una articolata *dissenting opinion* nella quale è stata evidenziata la rilevanza del limite, di cui all'art. 10 CEDU, relativo all'imparzialità del potere giudiziario, inserita nella Convenzione, proprio su proposta del Regno Unito, allo scopo di salvaguardare l'istituto del *contempt of court*».

²⁰⁸ Corte e.d.u., 26 aprile 1979, *Sunday Times c. United Kingdom*, par. 33.

²⁰⁹ Corte e.d.u., 25 marzo 1983, *Minelli c. Svizzera*.

²¹⁰ Corte e.d.u., 25 marzo 1983, *Minelli c. Svizzera*, par. 37.

²¹¹ Corte e.d.u., 25 marzo 1983, *Minelli c. Svizzera*, par. 37.

²¹² Si fa riferimento a Corte e.d.u., 25 agosto 1987, *Lutz c. Repubblica federale tedesca* e a Corte e.d.u., 26 marzo 1996, *Leutscher c. Paesi Bassi*.

convinzioni colpevoliste e la semplice menzione, in motivazione, di “ragioni plausibili di sospetto” ancora esistenti a carico del prosciolto, per dedurre che la seconda non può dirsi di per sé incompatibile con il rispetto della presunzione d'innocenza»²¹³; nella seconda sentenza, in un'ottica di ridimensionamento di alcuni possibili fraintendimenti, in cui vi era un ricorso con cui si lamentava che una corte di secondo grado — adita su appello da una sentenza di condanna in contumacia — non avesse, nel dichiarare estinto il procedimento, ritenuto di disporre il rimborso delle spese sostenute dall'imputato, basandosi sulla persistenza delle ragioni di sospetto che continuavano a gravare su di lui. Secondo la Corte, il giudice di appello non doveva pronunciarsi sulla questione della colpevolezza dell'accusato e ciò basta per escludere, nella decisione riguardante il riparto delle spese, una lesione del principio della presunzione d'innocenza.

Per confutare quella considerazione secondo cui la giurisprudenza della Corte europea sarebbe stata troppo “timida” nell'applicare l'articolo 6, paragrafo 2 della Convenzione — ed affermare invece che la stessa si sia avvalsa dei «colpi d'ala», che tanto importanti sono nella tutela dei diritti umani — è d'uopo riferirsi ad un'altra importante pronuncia del 1995 in un famoso caso francese²¹⁴. In tale decisione — che condivide con la pronuncia del 1979 «l'appello al rispetto, il rispetto di identità e ruoli»²¹⁵ — la Corte Europea, davanti alla quale il Governo francese aveva contestato l'applicabilità dell'art. 6 § 2 della Convenzione a situazioni come quella di specie dal momento che sosteneva che una violazione di tale norma poteva provenire soltanto da un'autorità giudiziaria e verificarsi soltanto all'esito di un procedimento con condanna, ha sottolineato che l'art. 6 § 2, così come tutte le altre clausole della Convenzione, deve essere interpretato in maniera tale che possa garantire dei diritti effettivi e non meramente illusori; inoltre si afferma che «una violazione della presunzione d'innocenza può promanare non solo da un giudice ma anche da altre autorità pubbliche»²¹⁶. Nel caso di specie, secondo l'organo giurisdizionale europeo, «non poteva non essere in gioco la presunzione d'innocenza, e il fatto che, nella specie, alcuni dei più alti funzionari della polizia francese avessero designato una persona, “*sans nuance ni réserve*”, come uno

²¹³ M. CHIAVARIO, *La presunzione di innocenza*, cit., 1094.

²¹⁴ Corte e.d.u., 10 febbraio 1995, *Allenet de Ribemont c. Francia*. Il caso aveva riguardato l'omicidio di un uomo politico francese e il ricorrente, prima arrestato, poi liberato, e infine prosciolto con una sentenza di non luogo a procedere, aveva ritenuto lesive della presunzione di innocenza le dichiarazioni rese (a poca distanza di tempo dall'arresto) dal Ministro dell'interno, da un alto dirigente della polizia e da un altro funzionario incaricato delle indagini, durante una conferenza stampa (trasmessa dalla televisione in un'ora di grande ascolto) dove egli veniva indicato come il sicuro istigatore dell'omicidio: per tale ricostruzione cfr. P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 167.

²¹⁵ Così G. MANTOVANI, *Processo pubblico*, cit., 147.

²¹⁶ Corte e.d.u., 10 febbraio 1995, *Allenet de Ribemont c. Francia*, par. 36.

degli istigatori di un assassinio, costituiva, “à l'évidence”, una “dichiarazione di colpevolezza che, da un lato, spingeva il pubblico a credere in essa e, dall'altro, pregiudicava la valutazione dei fatti da parte dei giudici competenti”²¹⁷. Ciò che si può apprezzare di tale pronuncia è che, se non vi è alcun dubbio che la necessità di informare ed essere informati deve scontare il problematico rapporto coi media – nell'ottica dell'informazione della collettività -, la Corte ricorda che *est modus in rebus* e dunque la libertà di espressione non può e non deve prevaricare quella fondamentale garanzia che è la presunzione di innocenza; dunque, l'attività dei mezzi di informazione deve essere svolta «con tutta la discrezione e con tutto il riserbo imposti dal rispetto della presunzione di innocenza»²¹⁸.

Ripercorrendo rapidamente altre pronunce, è possibile citare una sentenza contro l'Austria del 1997²¹⁹ in cui la Corte Europea ha ribadito che anche i giornalisti devono rispettare la presunzione di innocenza, come dall'art. 6 della Convenzione, anche per la tutela delle personalità di rilievo pubblico e dei politici; o, ancora, nel 2000²²⁰ si è statuito che la garanzia di cui in discussione è uno dei requisiti per il giusto processo e può essere lesa nel caso di dichiarazioni, rilasciate a mezzo stampa, da parte di un pubblico ufficiale riguardo ad un indagato, le quali possano lasciare intendere che egli sia colpevole prima della pronuncia di una sentenza di condanna. Nella casistica giurisprudenziale di tale Corte, l'intricata relazione tra il rispetto per l'istituzione giudiziaria e la tutela di un necessario dibattito pubblico sulla cronaca giudiziaria «inclinava verso la tutela della presunzione di innocenza tanto più in quanto i fatti oggetto di pubblicazioni abbiano una limitata rilevanza generale e appartengano prevalentemente alla sfera privata e sentimentale (come in alcune vicende tragiche di cronaca nera). [...] Viceversa, con particolare riferimento al segreto nelle fasi del procedimento penale che lo prevedono, è stato ritenuto che esso può cedere, quando l'informazione sia di rilevante interesse pubblico, di fronte al diritto - dovere del giornalista di informare il pubblico, sia pure tenendo conto nei singoli casi dei pertinenti doveri e responsabilità»²²¹. In tal senso è stata assolutamente rilevante una pronuncia del 2007²²² in cui la Corte di Strasburgo ha sancito la violazione dell'art. 10 CEDU in un caso in cui un giornalista era stato condannato in sede penale per la pubblicazione di materiale coperto da segreto istruttorio, nella circostanza in cui la divulgazione non possa arrecare un effettivo

²¹⁷ In tal senso M. CHIAVARIO, *La presunzione di innocenza*, cit., 1103.

²¹⁸ Corte e.d.u. 10 febbraio 1995, *Alenet de Ribemont c. Francia*, par. 36.

²¹⁹ Corte e.d.u. 29 agosto 1997, *Worm c. Austria*.

²²⁰ Corte e.d.u. 10 ottobre 2000, *Daktaras c. Lituania*.

²²¹ Così icasticamente G. TARLI BARBIERI, *Libertà di informazione*, cit., 34.

²²² Corte Europea dei diritti dell'uomo, 7 giugno 2007, *Dupuis c. Francia*.

pregiudizio né all'amministrazione della giustizia, né alla presunzione d'innocenza dell'interessato, ma sia utile a fornire, nel rispetto dell'etica professionale, informazioni affidabili e precise su vicende di interesse generale, oggetto di ampia copertura mediatica: tale provvedimento giurisdizionale «valorizza la funzione sociale dei media cui fa riscontro il diritto del pubblico di ricevere le informazioni»²²³.

Per concludere tale ricognizione giurisdizionale, è opportuno fare un riferimento a dei provvedimenti più recenti: la Corte di Strasburgo ha nuovamente indagato le relazioni tra processo penale e diritto d'informazione intendendo bilanciare diritti quali la garanzia di riservatezza (art. 8 della Convenzione) e presunzione di innocenza (art. 6 comma 2 Cedu) spettanti all'imputato e, dall'altro lato, dalla libertà dei mass media di divulgare al pubblico notizie di cronaca giudiziaria (art. 10 Cedu). Nel caso di specie²²⁴, i giudici europei – nel valutare la legittimità di un'ordinanza emessa da un giudice tedesco, con la quale venivano accreditati per le udienze i soli corrispondenti di testate giornalistiche che si erano *ex ante* impegnate a non pubblicare immagini riconoscibili dell'imputato acquisite in udienza, che veniva perciò contestata dai ricorrenti in base all'articolo 10 della Cedu – hanno ritenuto l'adeguatezza dell'ordinamento nazionale dal momento che erano stati rispettati tutti i criteri fissati dalla Corte costituzionale tedesca. Riguardo al bilanciamento tra i vari diritti in gioco, nella sentenza si sottolinea che «l'estraneità del protagonista del processo al circuito massmediatico determina il venir meno nella collettività di un interesse alla sua identificazione, in quanto la descrizione fisica non contribuisce al dibattito pubblico»²²⁵; per tale ragione, prevale il diritto alla riservatezza dal momento che l'imputato non era persona nota e aveva evitato qualsiasi contatto con i mezzi di informazione. Inoltre, la presunzione di innocenza impone, nella sua dimensione di regola di trattamento, una particolare cautela nel divulgare notizie del processo, «per evitare che il giudizio di colpevolezza, non ancora pronunciato in sede penale, venga indotto e anticipato nella pubblica opinione»²²⁶. Per concludere, la Corte ha recentemente pronunciato due sentenze²²⁷ sul principio di presunzione di innocenza: nel caso Maslarova la Corte europea ha dovuto decidere in ordine al delicato rapporto tra presunzione di innocenza e informazione. La Corte di Strasburgo ha confermato il principio elaborato già a partire dalla nota sentenza *Alenet de Ribemont* del

²²³ Così G. TARLI BARBIERI, *Libertà di informazione*, cit., 34.

²²⁴ Corte e.d.u., sez. V, 21 settembre 2017, *Axel Springer SE e RTL Television GmbH c. Germania*.

²²⁵ Cfr. P. ZOERLE, *La pubblicazione di immagini dell'imputato: tra diritto di cronaca giudiziaria, diritto alla riservatezza e presunzione di innocenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1, 344.

²²⁶ Cfr. P. ZOERLE, *La pubblicazione di immagini dell'imputato*, cit., 344.

²²⁷ Corte e.d.u., sez. III, 29 gennaio 2019, *Stirmanov c. Russia*; Corte e.d.u., sez. V, 31 gennaio 2019, *Maslarova c. Bulgaria*.

1995 in base al quale, fermo restando che si possa informare il pubblico in ordine ai procedimenti penali in corso in base all'articolo 10, ciò deve essere fatto con tutta la discrezione ed il riserbo imposto dal principio di presunzione di innocenza. «Il rispetto dell'art. 6 § 2 Cedu pone, infatti, “limiti espressivi” alla divulgazione di notizie, finalizzati a non far apparire l'accusato colpevole prima che il processo a suo carico si sia concluso»²²⁸. Nell'altro caso, *Stirmanov c. Russia*, si è ribadito che il diritto dell'accusato a non essere presentato come colpevole possa essere violato anche da decisioni giudiziarie diverse da quelle di condanna, qualora dalla motivazione emerga un'affermazione della sua responsabilità penale, come già affermato a partire dalla sentenza Minelli. Nel caso di specie, il ricorrente era stato denunciato per aver commesso un reato societario, caduto però in prescrizione; dato che era intervenuta la causa estintiva, il pubblico ministero non avviava l'indagine penale con un provvedimento che, però, al tempo stesso, affermava la colpevolezza del denunciato. E tale provvedimento era giunto a conoscenza anche dei membri della società ove il ricorrente aveva ricoperto la carica sociale, con negative ripercussioni sulla sua reputazione all'interno del luogo di lavoro. Arrivati innanzi la Corte edu, si deduceva l'illegittimità del provvedimento del pubblico ministero per violazione dell'art. 6 § 2 della Convenzione: la Corte afferma che, sulla base dei principi elaborati dalla sentenza *G.I.E.M. c. Italia* del 2018, vi è stata violazione della presunzione di innocenza, «dal momento che il contenuto del provvedimento impugnato (liberatorio per l'accusato), andando al di là della descrizione di uno “stato di sospetto”, ha reso comunque palese il convincimento del pubblico ministero che il ricorrente avesse commesso il reato per il quale era stato denunciato»²²⁹.

²²⁸ Così V. VASTA, *Presunzione di innocenza e pubblicità extraprocessuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1061.

²²⁹ Cfr. V. VASTA, *Presunzione di innocenza*, cit., 1062.

7. Rimedi possibili e prospettive future

7.1. Il dato legislativo nell'Unione Europea: la Direttiva 2016/343 UE

Al fine di condurre una trattazione il più possibile esaustiva della garanzia costituzionale della presunzione di innocenza, volgendo l'attenzione ai provvedimenti legislativi adottati per attuare tale principio, è d'uopo partire dall'analisi della Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2016/343 sul «rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali»²³⁰. Tale Direttiva, (riconducibile al c.d. «pacchetto delle direttive di Stoccolma»), ha previsto delle norme che sebbene minime - soprattutto perché necessarie ad individuare un comune denominatore europeo – hanno rivestito un importante ruolo in tale materia: tale disciplina non riguarda i problemi inerenti l'impunità violazione del segreto d'ufficio (e l'illecita pubblicazione sulla stampa di notizie e atti segreti) quanto piuttosto la patologia – assolutamente rilevante – della rappresentazione mediatica del processo effettuata dalle stesse autorità pubbliche. Sono, infatti, delineati il tema dei rapporti delle procure e delle forze di polizia con la stampa, «collocato sul crinale sottile e insidioso che separa la cronaca giudiziaria dal processo mediatico»²³¹: i fenomeni, molto frequenti, cui si vuole porre rimedio sono quelli riguardanti le clamorose notizie date dalla stampa riguardo i “successi” ottenuti dai pubblici ministeri o dalle forze di polizia giudiziaria, immediatamente dopo l'avvenuta operazione. Evidentemente è un profilo molto delicato dal momento che si ha a che fare con la «“genesi ufficiale” dell'informazione e si pongono problemi di *quomodo* direttamente alla fonte»²³².

Per ciò che concerne tale analisi i due articoli più importanti, che sono poi stati attuati dal legislatore italiano, sono senza dubbio l'articolo 4 che, rubricato «Riferimenti in pubblico alla colpevolezza», recita «1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie per garantire

²³⁰ Per un'analisi più approfondita di tale atto normativo cfr. J. DELLA TORRE, *Il paradosso della direttiva sul rafforzamento della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo: un passo indietro rispetto alle garanzie convenzionali?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 4, 1836; M. CATERINI, *Presunzione di elementi della fattispecie versus presunzione di non colpevolezza*, in *Ind. pen.*, 2016, 2, 468; C. VALENTINI, *La presunzione d'innocenza nella Direttiva n. 2016/343/UE: per aspera ad astra*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, 6, 193.

²³¹ Così C. CONTI, *Cronaca giudiziaria*, cit., 6.

²³² Così C. CONTI, *Cronaca giudiziaria*, cit., 7.

che, fino a quando la colpevolezza di un indagato o imputato non sia stata legalmente provata, le dichiarazioni pubbliche rilasciate da autorità pubbliche e le decisioni giudiziarie diverse da quelle sulla colpevolezza non presentino la persona come colpevole. Ciò lascia impregiudicati gli atti della pubblica accusa volti a dimostrare la colpevolezza dell'indagato o imputato e le decisioni preliminari di natura procedurale adottate da autorità giudiziarie o da altre autorità competenti e fondate sul sospetto o su indizi di reità. 2. Gli Stati membri provvedono affinché siano predisposte le misure appropriate in caso di violazione dell'obbligo stabilito al paragrafo 1 del presente articolo di non presentare gli indagati o imputati come colpevoli, in conformità con la presente direttiva, in particolare con l'articolo 10. 3. L'obbligo stabilito al paragrafo 1 di non presentare gli indagati o imputati come colpevoli non impedisce alle autorità pubbliche di divulgare informazioni sui procedimenti penali, qualora ciò sia strettamente necessario per motivi connessi all'indagine penale o per l'interesse pubblico»; e anche l'articolo 5 - «Presentazione degli indagati e imputati» che prevede che «1. Gli Stati membri adottano le misure appropriate per garantire che gli indagati e imputati non siano presentati come colpevoli, in tribunale o in pubblico, attraverso il ricorso a misure di coercizione fisica. 2. Il paragrafo 1 non osta a che gli Stati membri applichino misure di coercizione fisica che si rivelino necessarie per ragioni legate al caso di specie, in relazione alla sicurezza o al fine di impedire che gli indagati o imputati fuggano o entrino in contatto con terzi». La regola generale dell'intera disciplina è stabilita nel primo periodo dell'art. 4, par. 1, secondo cui «gli Stati membri adottano le misure necessarie per garantire che, fino a quando la colpevolezza di un indagato o imputato non sia stata legalmente provata, le dichiarazioni pubbliche rilasciate da autorità pubbliche e le decisioni giudiziarie diverse da quelle sulla colpevolezza non presentino la persona come colpevole»²³³.

In relazione all'articolo è evidente come il legislatore europeo abbia voluto distinguere tra «dichiarazioni pubbliche» e «decisioni giudiziarie» e così scindere, seguendo la giurisprudenza europea, due differenti modalità tramite cui i soggetti pubblici possano far apparire gli indagati e gli imputati prematuramente come colpevoli; in relazione al significato «dichiarazioni pubbliche rilasciate da autorità pubbliche» viene in soccorso il considerando numero 17, in cui si afferma che con questa espressione «dovrebbe intendersi qualsiasi dichiarazione riconducibile a un reato e proveniente da un'autorità coinvolta nel

²³³ Secondo C. VALENTINI, *La presunzione d'innocenza*, cit., 195 «qui sta l'unica parte della Direttiva capace d'introdurre un mutamento effettivo per l'ordinamento giudicio italiano, in termini di crescita delle garanzie individuali e, diremmo anche, del livello di civiltà».

procedimento penale che ha oggetto tale reato, quali le autorità giudiziarie, di polizia e altre autorità preposte all'applicazione della legge, o da un'altra autorità pubblica, quali ministri e altri funzionari pubblici», dunque evidentemente una platea significativa di soggetti al fine «di riassumere l'ampia casistica della Corte di Strasburgo, la quale, nel corso degli anni, ha ricompreso sempre più autorità tra coloro che possono violare tale aspetto della regola di trattamento»²³⁴. Inoltre, il diritto a non essere presentati come colpevoli può essere violato anche dalle decisioni giudiziarie: riguardo a tale frangente, la presunzione di innocenza non è intesa in senso assoluto dal momento che «la Corte europea ha portato numerose precisazioni - fondamentali per interpretare la normativa eurolunitaria - in merito ai casi in cui si possa ritenere che una dichiarazione pubblica o una decisione giudiziaria violino effettivamente il diritto di un indagato o imputato a non essere presentato come colpevole»²³⁵. A tale riguardo, oltretutto, i giudici europei hanno distinto due diversi scenari: secondo gli stessi, non vi è violazione della presunzione d'innocenza se si afferma che qualcuno sia meramente sospettato di aver commesso un crimine; invece, il principio è violato quando si dichiara chiaramente che un soggetto non condannato abbia commesso un reato. La direttiva, poi, ha stabilito chiaramente come le pubbliche autorità debbano comunicare con la stampa: in forza del considerando 19 gli Stati dovrebbero «adottare le misure necessarie per garantire che, nel fornire informazioni ai media, le autorità pubbliche non presentino gli indagati o imputati come colpevoli, fino a quando la loro colpevolezza non sia legalmente provata»; bisogna tenere conto che «nonostante i buoni propositi, però, non pare che la disposizione in questione possa porre un freno a quelle vere e proprie gogne virtuali, fonti di violazioni continue della presunzione d'innocenza, rappresentate dai processi mediatici»²³⁶. Bisogna anche considerare l'influenza che sulla formulazione di tale articolo ha avuto la giurisprudenza della Corte Edu: «la memoria corre anzitutto al caso *Alenet de Ribemont* c. Francia, in cui la Corte ha rammentato che la presunzione di innocenza risulta violata ogni volta che una dichiarazione di colpevolezza derivi dall'opinione di un'autorità statale, senza tuttavia che la stessa sia stata legalmente accertata»²³⁷; questa influenza è già evidente nella Relazione ma soprattutto nella formulazione dell'articolo 4 che sembra orientato a garantire protezione ad un significativo

²³⁴ In tal senso cfr. J. DELLA TORRE, *Il paradosso della direttiva sul rafforzamento della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo: un passo indietro rispetto alle garanzie convenzionali?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 4, 1853.

²³⁵ Così J. DELLA TORRE, *Il paradosso della direttiva*, cit., 1854.

²³⁶ Così J. DELLA TORRE, *Il paradosso della direttiva*, cit., 1856.

²³⁷ Cfr. C. VALENTINI, *La presunzione d'innocenza*, cit., 196.

aspetto della presunzione d'innocenza, ovvero quello concernente «i limiti in cui la divulgazione di notizie sulle indagini diventa ragione diretta della formazione di un'immagine distorta nel pubblico e in cui, per conseguenza, rischia di essere compromessa anche la capacità dell'autorità giudiziaria procedente di valutare criticamente i fatti»²³⁸. Volgendo l'attenzione all'articolo 5, anche tale disposizione intende evitare che l'imputato sia fatto apparire anticipatamente come colpevole, ma in relazione ad un altro frangente: vi è l'obbligo per gli Stati di adottare le misure appropriate volte a evitare il ricorso, in tribunale o in pubblico, a misure di coercizione fisica, quali manette, gabbie di vetro o di altro tipo: «è evidente, infatti, che la presentazione dell'indagato o dell'imputato in manette o altri strumenti di coercizione fisica possiede una tale forza evocativa da risultare idonea ad influenzare il giudizio sulla responsabilità del soggetto oltre a causargli danni di immagine ed altri danni collaterali di natura eterogenea, difficilmente rimediabili in caso di proscioglimento dalle accuse»²³⁹. Nel paragrafo 2 si prevede che l'obbligo di cui si è detto chiarito che l'obbligo stabilito al paragrafo 1 «non osta a che gli Stati membri applichino misure di coercizione fisica che si rivelino necessarie per ragioni legate al caso di specie, in relazione alla sicurezza o al fine di impedire che gli indagati o imputati fuggano o entrino in contatto con terzi»: riguardo a tale previsione, «merita rilevare come il bilanciamento del legislatore eurounitario sia stato effettuato in un senso prevalentemente securitario»²⁴⁰, e ciò è sintomatico di quanto questo aspetto sia ancora sentito come preminente nei rapporti con gli altri interessi da tutelare. Dunque, nella valutazione su tale atto normativo, come è stato segnalato²⁴¹, è condivisibile nutrire dei dubbi riguardo alla trasposizione – in molti casi eccessivamente meccanica – che il legislatore europeo ha operato delle decisioni della Corte di Strasburgo.

²³⁸ V. C. VALENTINI, *La presunzione d'innocenza*, cit., 196.

²³⁹ F. GALLUZZO, *Presunzione di innocenza: tra giustizia e informazione*, in *dirittifondamentali.it*, 2021, fasc. 3, 518.

²⁴⁰ V. J. DELLA TORRE, *Il paradosso della direttiva*, cit., 1858.

²⁴¹ Su tutti, cfr. J. DELLA TORRE, *Il paradosso della direttiva*, cit.

7.2. L'adeguamento dell'ordinamento italiano alla direttiva: legge 53/2021 e decreto legislativo 188/2021

L'ultima tappa che ha coinvolto questo fondamentale principio è certamente quella che ha riguardato la trasposizione della Direttiva europea del 2016 nell'ordinamento italiano: quest'ultimo approdo, da considerare in maniera positiva e con grande attenzione, è quello che ci si appresta ad analizzare. Con il decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 188²⁴² – adottato sulla base della legge 22 aprile 2021, numero 53 e che ha visto un *iter* alquanto travagliato²⁴³ - il legislatore si è adeguato alla direttiva europea, colmando alcune lacune individuate dalla Commissione europea e cercando di porre, altresì, rimedio alla crisi del principio della presunzione di non colpevolezza – basata, tra le altre cose, soprattutto sull'emersione di principi quali l'efficienza processuale, che hanno ridotto le garanzie processuali – già avvertita in dottrina²⁴⁴.

²⁴² L'approvazione del decreto è stata salutata così da L. FILIPPI, *Quale presunzione di innocenza*, in *Pen. Dir. e proc.*, 11 novembre 2021: «finalmente dopo 74 anni la presunzione di innocenza dell'imputato, scritta nella Costituzione del 1947 e sollecitata dall'Europa già da cinque anni, diventa legge».

²⁴³ Sul punto cfr. V. A. STELLA, *Recepimento della direttiva europea sulla presunzione di innocenza: è davvero la fine dei processi mediatici?*, in *Giustizia Insieme*, 14 dicembre 2021 secondo la quale «prima di arrivare al testo definitivo, le Commissioni parlamentari hanno tenuto un ciclo di audizioni con giuristi, magistrati, avvocati da cui sono emerse alcune problematiche. Ad esempio il dottor Giuseppe Santalucia, Presidente dell'Associazione Nazionale Magistrati, sebbene abbia detto che “il testo complessivamente può trovare condivisione perché il bisogno di rafforzare la presunzione di innocenza è certamente un bisogno meritevole di considerazione”, ha però rilevato delle criticità, soprattutto sull'art. 3: “si sono voluti irrigidire, attraverso l'esclusivo riferimento ai comunicati ufficiali e alle conferenze stampa, i rapporti tra l'ufficio di Procura e la stampa. Ritengo che questa sia una eccessiva ingessatura che bandisce qualsiasi possibilità che il Procuratore della Repubblica possa rendere una dichiarazione ad un giornalista fuori da una conferenza stampa”. Santalucia si era chiesto poi “perché le modifiche debbano valere solo per gli uffici di procura e non anche per i giudici”. Insomma, aveva concluso: “Mi rendo conto della necessità di richiamare l'attenzione, soprattutto della magistratura requirente, a sobrietà e continenza con i rapporti con la stampa ma credo che questa eccessiva formalizzazione dei canali di comunicazione possa rivelarsi in concreto più lesiva del bisogno di una corretta informazione”. Se per l'Anm i paletti erano stati ritenuti troppo rigidi, di parere contrario si era mostrata l'Unione Camere Penali Italiane intervenuta in audizione con gli avvocati Giorgio Varano e Luca Brezigar: “le norme, così come formulate, rischiano di essere dei meri *desiderata* che non avranno mai concreta applicazione”. Inoltre avevano taciato la norma di essere troppo indeterminata nel non elencare nel dettaglio le «autorità pubbliche». In aggiunta, avevano stigmatizzato il fatto che a decidere la rilevanza pubblica di un fatto degno di conferenza stampa è la stessa Procura che ha condotto le indagini, la stessa che “decide l'eventuale iscrizione di notizie di reato in tema di diffamazione e l'esercizio dell'azione penale sullo stesso tipo di reato - sulla base magari dell'assenza di rilevanza pubblica della notizia”. In generale, per l'Ucpi, “affidare in via esclusiva alla magistratura la tutela del diritto alla presunzione di innocenza” non rappresenta il giusto rimedio che invece potrebbe essere quello di “un Garante per i diritti delle persone sottoposte ad indagini e processo che potrebbe realmente diventare quel soggetto terzo capace di tutelare i diritti di chi viene sottoposto ad un processo mediatico e di chi viene potenzialmente esposto allo stesso da atti della magistratura violativi dei principi declinati dalla direttiva europea”».

²⁴⁴ Per una prima ricostruzione cfr. G. SPANGHER, *Un'informazione sui processi nel rispetto delle garanzie*, in *Guida dir.*, 2021, 48, 36 secondo cui «approdato tardivamente - come detto - alla sua approvazione, anche per le resistenze delle procure, nonostante le indicazioni del Consiglio superiore della magistratura nelle citate linee guida in materia, il dlgs in esame ha potuto avvalersi del mutato clima politico e della insostenibilità di un circuito mediatico, variamente alimentato, che rischiava e rischia di alterare profondamente gli sviluppi processuali attraverso una informazione spesso “drogata”. Con le nuove previsioni naturalmente siamo solo agli inizi per una informazione processuale rispettosa delle garanzie, della presunzione di innocenza e non

Procedendo con l'analisi del decreto numero 188 che interviene su tre fronti in ordine cronologico inverso²⁴⁵ si evince che una prima novità è stata apportata dall'art. 2 – rubricato «Dichiarazioni di autorità pubbliche sulla colpevolezza delle persone fisiche sottoposte a procedimento penale» - che recita «1. È fatto divieto alle autorità pubbliche di indicare pubblicamente come colpevole la persona sottoposta a indagini o l'imputato fino a quando la colpevolezza non è stata accertata con sentenza o decreto penale di condanna irrevocabili. 2. In caso di violazione del divieto di cui al comma 1, ferma l'applicazione delle eventuali sanzioni penali e disciplinari, nonché l'obbligo di risarcimento del danno, l'interessato ha diritto di richiedere all'autorità pubblica la rettifica della dichiarazione resa. 3. Quando ritiene fondata la richiesta, l'autorità che ha reso la dichiarazione procede alla rettifica immediatamente e, comunque, non oltre quarantotto ore dalla ricezione della richiesta, dandone avviso all'interessato. 4. L'autorità che ha reso la dichiarazione è tenuta a rendere pubblica la rettifica con le medesime modalità della dichiarazione oppure, se ciò non è possibile, con modalità idonee a garantire il medesimo rilievo e grado di diffusione della dichiarazione oggetto di rettifica. 5. Quando l'istanza di rettifica non è accolta, ovvero quando la rettifica non rispetta le disposizioni di cui al comma 4, l'interessato può chiedere al tribunale, ai sensi dell'articolo 700 del Codice di procedura civile, che sia ordinata la pubblicazione della rettifica secondo le modalità di cui al comma 4». Con tale importante previsione si introduce il divieto di additare l'imputato come colpevole, principio che già doveva ritenersi operante come diretto corollario della presunzione di innocenza, allo scopo di evitare che i giudizi vengano influenzati dal clamore mediatico che spesso accompagna processi di rilevanza o di interesse pubblico. Destinatario del divieto sono «le autorità pubbliche», definizione già utilizzata dalla Direttiva al fine di comprendere le differenti autorità che operano nel variegato quadro dei sistemi processuali penali europei: nella specificità dell'ordinamento italiano vanno sicuramente annoverate il pubblico ministero, la polizia giudiziaria ed i giudici che abbiano svolto o svolgano le loro funzioni nella fase delle indagini preliminari e nella fase dibattimentale del processo nonché, come, si evince dalla Relazione illustrativa, anche «ministri e altri funzionari pubblici»²⁴⁶; anche alla luce del

strumentale a orientare l'opinione pubblica, e condizionare, se non gli esiti processuali, la loro condivisione. Senza incidere sul diritto di cronaca sarà necessario intervenire anche sulle patologiche manifestazioni del circuito extragiudiziario che, pur potendo e dovendo prospettare visioni differenziate, invece, punta spesso ad «avvelenare i pozzi».

²⁴⁵ G. SPANGHER, *Un'informazione sui processi*, cit., 36.

²⁴⁶ N. ROSSI, *Il diritto a non essere "additato" come colpevole prima del giudizio. La direttiva UE e il decreto legislativo in itinere*, in *Quest. Giust. Online*, 3 settembre 2021 ritiene che il divieto riguardi anche le autorità appena individuate anche in riferimento a processi nei quali non svolgano alcun ruolo; gli organi del potere

considerando numero 17 della Direttiva «sono, invece, da escludere dal novero dei destinatari i parlamentari ed i componenti del Consiglio superiore della magistratura, nell'esercizio delle loro funzioni, ai quali si riferisce la deroga inserita nella direttiva (“il diritto nazionale in materia di immunità”)²⁴⁷. L'oggetto del divieto consiste nell'indicare – con modalità molto varie, quali una conferenza stampa, un'intervista giornalistica o attraverso altri strumenti di diffusione come i social network²⁴⁸ - pubblicamente come colpevole l'indagato o l'imputato fino a quando la colpevolezza non sia stata accertata con sentenza (o decreto penale di condanna) irrevocabile: probabilmente, anche tale prescrizione poteva essere già desunta dai principi dell'ordinamento italiano ma non aveva certamente sanzioni a sostenerla²⁴⁹. Il legislatore italiano ha, allora, introdotto alcuni strumenti che dovrebbero consentire all'imputato di ottenere una tutela rapida ed effettiva ed un ripristino dei propri diritti: si prevede il diritto dell'interessato a richiedere all'autorità giudiziaria una rettifica della dichiarazione che lo abbia indicato pubblicamente come colpevole, la quale deve procedervi immediatamente e, comunque, non oltre quarantotto ore dalla ricezione

esecutivo, quali Ministeri ed Uffici territoriali aventi rilevanza esterna; gli esponenti di Agenzie pubbliche, di Autorità indipendenti o di Enti pubblici territoriali.

²⁴⁷ Così F. GALLUZZO, *Presunzione di innocenza: tra giustizia e informazione*, cit., 520.

²⁴⁸ Cfr., concordemente, F. PORCU, *L'adeguamento della normativa nazionale alla direttiva sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza*, in *Il Penalista*, 9 dicembre 2021, 5 che afferma «volendo tentare qualche banale esemplificazione, espressioni come “abbiamo individuato/arrestato il colpevole/l'autore del reato/l'assassino” dovrebbero cedere il passo a forme comunicative più prudenti e maggiormente improntate a continenza, alle quali si può semmai “perdonare” qualche “licenza atecnica” soltanto ove indispensabile per rendere il messaggio concretamente fruibile dall'opinione pubblica e purché non ne scaturisca la sostanziale modifica del contenuto informativo, che, a nostro avviso – per ritenersi davvero rispettoso della ratio della norma in discorso – dovrebbe opportunamente far emergere la natura provvisoria di una contestazione o di un accertamento “allo stato degli atti”: “sono emersi elementi a carico di Tizio, che pertanto risulta persona sottoposta alle indagini”; “è stata applicata una misura cautelare nei confronti di Caio, in quanto – allo stato degli atti – sono emersi gravi indizi di colpevolezza a suo carico”; “il GUP ha disposto il rinvio a giudizio di Sempronio, ritenendo necessario l'approfondimento dibattimentale al fine di verificare la fondatezza dell'imputazione formulata dal Pubblico Ministero” ».

²⁴⁹ Riguardo a questa disposizione, cfr. G. AMATO, *La violazione del divieto di “pubblicità” fa scattare la richiesta della rettifica*, in *Guida dir.*, 2021, 48, 36 che afferma «sulla disposizione, meritano di essere segnalate le osservazioni critiche rese nel parere del Csm in data 3 novembre 2021, con particolare riguardo alla tematica delle sanzioni disciplinari e dell'obbligo di risarcimento del danno, allorquando l'autorità pubblica, che abbia reso la dichiarazione che si assume lesiva della presunzione di innocenza, sia un magistrato. Sotto il primo profilo, si critica la prospettazione di una non specificata sanzione disciplinare, che appare generica e priva di alcun riferimento alle condotte già di rilievo disciplinare contemplate negli articoli 2 e seguenti del decreto legislativo n. 109 del 2006, così da gravare l'interprete, in un settore connotato da tipicità, di rilevanti problematiche interpretative. Sotto l'altro profilo, con riguardo alle dichiarazioni rese dal magistrato in un contesto “cosiddetto funzionale”, si ritiene che il mero riferimento all'«obbligo di risarcimento del danno» non sia idoneo a configurare una ipotesi di responsabilità diretta e autonoma del magistrato, che costituirebbe un *novum* rispetto all'assetto ordinamentale attuale e ai principi costituzionali a esso sottesi: ciò, si conclude, dovrebbe imporre di ritenere che la predetta ipotesi sia piuttosto riconducibile all'alveo della più generale disciplina della responsabilità civile del magistrato contenuta nella legge n. 117 del 1988, così come da ultimo modificata con la legge 18/2015». Nello stesso senso cfr. G.M. BACCARI, *Le nuove norme sul rafforzamento della presunzione di innocenza dell'imputato*, *Dir. pen. proc.*, 2022, 2, 163.

della richiesta, con le stesse modalità della prima dichiarazione oppure con modalità idonee a garantire il medesimo rilievo e grado di diffusione della dichiarazione lesiva.

La problematicità di tale previsione è di palmare evidenza dal momento che «la richiesta di rettifica viene rivolta alla stessa autorità “accusata” della lesione alla presunzione di innocenza che, con ampio margine di discrezionalità, dovrebbe ammettere la violazione e provvedere da sé»²⁵⁰; inoltre la rettifica può essere utile «a correggere un enunciato fattuale suscettibile di una verifica attraverso il giudizio di verità-falsità; mentre qui la rettifica viene prevista per verificare se una dichiarazione di carattere valutativo integra una lesione al principio di presunzione di innocenza dell'imputato»²⁵¹. Per tale ragione il legislatore, nel caso di rettifica inadeguata o richiesta rigettata, introduce lo strumento di tutela di cui all'articolo 700 del Codice di procedura civile, cioè il ricorso di urgenza dinanzi al tribunale civile. Tramite questo mezzo, l'interessato può contestare, con uno strumento rapido, compatibile con la necessità di ripristinare in tempi ragionevoli la garanzia compromessa, il mancato accoglimento dell'istanza di rettifica da parte dell'autorità che aveva reso la dichiarazione o, comunque, nel caso in cui invece l'istanza fosse stata accolta, di ordinare la pubblicazione della rettifica secondo le modalità *ex art. 2, comma 4*, che avrebbero dovuto essere rispettate originariamente; è comunque fatta salva la possibilità di conseguenze penali o disciplinari o in materia di risarcimento - a prescindere dal ripristino della garanzia nel corso del procedimento - per gli autori della violazione. Bisogna, conclusivamente²⁵², affermare che questo articolo non prevede alcuna disposizione applicabile direttamente ai media «ai quali, di frequente, risulta imputabile un impiego poco sorvegliato di locuzioni

²⁵⁰ Cfr. F. GALLUZZO, *Presunzione di innocenza: tra giustizia e informazione*, cit., 521. Concorde anche G. CANESCHI, *Processo penale mediatico e presunzione di innocenza: verso un'estensione della garanzia?* in *Arch. pen.*, 2021, 3, 14 che afferma anche «in altri termini, la rettifica dell'autorità prevista dallo schema di d.lgs. non produce un correlato onere di rettifica per gli organi di informazione che, riportando la dichiarazione, si saranno limitati ad esercitare il diritto di cronaca (lasciando pericolosamente scoperto questo ambito di tutela)». Per una diversa prospettiva cfr. A. MALACARNE, *La presunzione di non colpevolezza nell'ambito del d.lgs. 8 novembre 2021, n. 188: breve sguardo d'insieme*, in *Sistema penale*, 17 gennaio 2022 che afferma «sennonché, andrebbero comunque considerati i possibili effetti benefici di una rettifica proveniente dalla stessa autorità pubblica che ha reso la “dichiarazione accusatoria”. Se l'obiettivo che si intende perseguire è quello di evitare una rappresentazione del soggetto come colpevole, una pubblica ammenda da parte dello stesso autore potrebbe sortire effetti “riabilitanti” dell'interessato verso l'intera collettività più di quanto possa fare un'imposizione “dall'alto” ordinata da un organo giurisdizionale».

²⁵¹ Così G.M. BACCARI, *Le nuove norme*, cit. 163.

²⁵² Per un'interessante considerazione cfr. A. SPATARO, *Commento al decreto legislativo 188/2021, Giustizia Insieme*, 14 dicembre 2021 secondo il quale «si potrebbe ipotizzare la non applicabilità del divieto di cui al co. 1, nel caso di indagato arrestato in flagranza di reato e/o immediatamente reo-confesso: ma anche in questo caso, ove sussista un interesse pubblico alla notizia, il comunicato stampa potrebbe dare atto delle modalità dell'arresto e di altre circostanze non coperte dal segreto investigativo, ma non potrebbe parlare di un “colpevole” prima della sentenza definitiva, tra l'altro essendo possibile anche in quei casi, come è noto, il riconoscimento di avere agito per legittima difesa o in presenza di altre circostanze che rendono non punibile l'autore del fatto».

vagamente colpevoliste, finanche a prescindere da qualsiasi distorsione comunicativa addebitabile alle pubbliche autorità: nei confronti dei media, dunque, continueranno ad operare i limiti (benché “aspecifici”) già contemplati dall'ordinamento, di natura penale, civile e deontologica, nonché gli strumenti di *soft law* adottati sul piano sovranazionale, fra i quali spicca la Raccomandazione (2003) 13 adottata il 10 luglio 2003 da Consiglio d'Europa, contenente “Principi relativi alle informazioni fornite attraverso i mezzi di comunicazione in rapporto ai procedimenti penali”²⁵³; inoltre, anche in tema di rettifica, tale obbligo non è parimenti previsto per i titolari degli organi di informazioni (salvo che non sia esercitata la facoltà di cui all'art. 8 della legge sulla stampa) e dunque non può configurarsi per i media un impegno di «assecondare le richieste di *emendatio* formulate dalle pubbliche autorità»²⁵⁴.

Volgendo l'attenzione all'articolo 3, tale disposizione – che interviene sul rapporto tra gli uffici di Procura e gli organi di informazione tramite la modifica al decreto legislativo 20 febbraio 2006, n. 106²⁵⁵ – prevede che «1. All'articolo 5 del decreto legislativo 20 febbraio 2006, n. 106, sono apportate le seguenti modificazioni: a) al comma 1, dopo la parola “informazione”, sono inserite le seguenti: “esclusivamente tramite comunicati ufficiali oppure, nei casi di particolare rilevanza pubblica dei fatti, tramite conferenze stampa. La determinazione di procedere a conferenza stampa è assunta con atto motivato in ordine alle specifiche ragioni di pubblico interesse che la giustificano”; b) dopo il comma 2 è inserito il seguente: “2-bis. La diffusione di informazioni sui procedimenti penali è consentita solo quando è strettamente necessaria per la prosecuzione delle indagini o ricorrono altre specifiche ragioni di interesse pubblico. Le informazioni sui procedimenti in corso sono fornite in modo da chiarire la fase in cui il procedimento pende e da assicurare, in ogni caso, il diritto della persona sottoposta a indagini e dell'imputato a non essere indicati come colpevoli fino a quando la colpevolezza non è stata accertata con sentenza o decreto penale

²⁵³ Così, F. PORCU, *L'adeguamento della normativa nazionale*, cit., 6. Concorde anche G. CANESCHI, *Processo penale mediatico*, cit., 14 secondo la quale «già da una prima lettura del testo normativo emerge che la procedura con la quale l'interessato chiede, ed eventualmente ottiene, la rettifica di una dichiarazione dell'autorità pubblica impropria e lesiva della presunzione di innocenza è totalmente autonoma rispetto alle rettifiche disciplinate dalla normativa sulla stampa. Ne consegue che, se i media si saranno limitati a riportare le parole “colpevoliste” dell'autorità pubbliche, non solo non ne assumeranno la responsabilità, ma non saranno neppure tenuti a riportare l'eventuale rettifica dell'organo pubblico, che dovrà essere autonomamente pubblicizzata, a cura dell'autorità pubblica, nelle forme previste dal decreto legislativo. In altri termini, la rettifica dell'autorità prevista dallo schema di d.lgs. non produce un correlato onere di rettifica per gli organi di informazione che, riportando la dichiarazione, si saranno limitati ad esercitare il diritto di cronaca (lasciando pericolosamente scoperto questo ambito di tutela)».

²⁵⁴ Cfr. F. PORCU, *L'adeguamento della normativa nazionale*, cit., 6.

²⁵⁵ Secondo L. FILIPPI, *Quale presunzione di innocenza*, cit., in senso critico «all'apparenza si tratta di una rivoluzione nei rapporti tra giustizia e informazione».

di condanna irrevocabili”.; c) dopo il comma 3 sono inseriti i seguenti: “3-*bis*. Nei casi di cui al comma 2-*bis*, il procuratore della Repubblica può autorizzare gli ufficiali di polizia giudiziaria a fornire, tramite comunicati ufficiali oppure tramite conferenze stampa, informazioni sugli atti di indagine compiuti o ai quali hanno partecipato. L'autorizzazione è rilasciata con atto motivato in ordine alle specifiche ragioni di pubblico interesse che la giustificano. Si applicano le disposizioni di cui ai commi 2-*bis* e 3. 3-*ter*. Nei comunicati e nelle conferenze stampa di cui ai commi 1 e 3-*bis* è fatto divieto di assegnare ai procedimenti pendenti denominazioni lesive della presunzione di innocenza”. 2. All'articolo 6, comma 1, del decreto legislativo 20 febbraio 2006, n. 106, dopo la parola “preposti”, sono inserite le seguenti: “oltre che dei doveri di cui all'articolo 5”». Procedendo ad un'analisi dell'articolo più significativo dell'intero decreto, bisogna affermare che il decreto ha inteso limitare le opportunità e le modalità di comunicazione di informazioni riguardanti i procedimenti penale da parte della Procura con gli organi di formazione: la principale novità apportata riguarda le modalità di comunicazione delle notizie agli organi di informazione le quali dovranno esclusivamente passare da comunicati ufficiali oppure, nei casi di particolare rilevanza pubblica dei fatti, tramite conferenze stampa; se ritenuto opportuno dal Procuratore, egli può procedere con il mezzo della conferenza stampa, sulla base di atto motivato in ordine alle specifiche ragioni di pubblico interesse che la giustificano. Tale atto, in uno ai comunicati stampa, dovrà essere conservato in una specifica raccolta destinata a consentire il controllo del contenuto e delle modalità di comunicazione scelte di volta in volta. Il Procuratore ha poi anche il compito di specificare il “momento” («la fase») in cui il procedimento si trova: «si tratta di un obbligo che ben si comprende in ragione della particolare autorevolezza che la notizia può assumere qualora proveniente dall'Autorità Giudiziaria, con un incremento del pericolo per l'opinione pubblica di confondere – in ragione della fonte da cui esse promanano – decisioni cautelari o comunque non definitive con il valore della condanna divenuta cosa giudicata»²⁵⁶; è necessario, in tal senso, che l'informazione specifichi anche che il significato riveste tale fase rispetto al valore della

²⁵⁶ Cfr. F. ROTONDO, *Presunzione di innocenza, informazione giudiziaria e diritti fondamentali*, in *Freedom Security & Justice*, 2022, 1, 320. Cfr. anche G.M. BACCARI, *Le nuove norme*, cit. 165 che, in relazione a tale specificazione, afferma «l'intenzione è certo lodevole: si vuole far capire alla collettività che la ricostruzione dei fatti compiuta dalla pubblica accusa è ancora al livello di ipotesi da verificare. Ma si tratta di norma simbolica. È innegabile che, se la sensibilità giuridica dell'opinione pubblica fosse così elevata da cogliere tecnicismi del genere, gli effetti pregiudizievoli del “circo mediatico giudiziario” non esisterebbero da tempo. Piuttosto, si sarebbe potuto consentire le conferenze soltanto verso gli stadi più avanzati delle indagini preliminari, magari ponendo anche un limite al numero di autorità partecipanti, al fine di evitare quei dispiegamenti esagerati di forze di polizia quasi come se un massiccio uso di uomini fosse garanzia di attendibilità dei risultati investigativi».

presunzione di innocenza fino a condanna non definitiva. Dunque, in relazione alla disciplina sull'*an*, (ovvero dei requisiti in presenza dei quali si può divulgare la notizia), la diffusione di informazioni riguardanti i procedimenti penali può aver luogo soltanto in due casi, ovvero a) quando «sia strettamente necessaria per la prosecuzione delle indagini»; b) ricorrano «altre ragioni di interesse pubblico, che devono essere «specifiche»; è evidente l'influenza della Direttiva, precisamente dell'articolo 4, paragrafo 3. La condizione *sub a*) non dovrebbe avere grande applicazione stante la disposizione dell'art. 329, comma 2, c.p.p., al quale – viene contestualmente aggiunto l'avverbio «strettamente», in relazione alla desecretazione degli atti consentita al pubblico ministero quando è necessario per la prosecuzione delle indagini; tuttavia, «la condizione in esame va oltre, potendo riguardare mere notizie non contenute in un atto di indagine, come ad esempio la “foto di una persona scomparsa” o “gli estremi della targa di un veicolo”»²⁵⁷. In relazione al requisito *sub b*)²⁵⁸ le ragioni di interesse pubblico comporteranno spesso la comunicazione delle informazioni giudiziarie verso l'esterno; tale formula è chiaramente molto vaga e lascia grande discrezionalità in capo ai Procuratori, che nella prassi andranno a darle concretezza²⁵⁹. Riguardo, invece, al *quomodo*

²⁵⁷ Così G.M. BACCARI, *Le nuove norme*, cit. 164. Cfr. anche F. PORCU, *L'adeguamento della normativa nazionale*, cit., 7 «ad avviso di chi scrive (e nonostante la relazione illustrativa predisposta dal Governo sullo schema di decreto deponga in senso differente, ovvero per una sostanziale sovrapposibilità dell'ambito applicativo delle due norme), la disposizione in commento può assumere autonoma rilevanza rispetto alla previsione codicistica in ordine a quelle informazioni che, non essendo qualificabili come “atti d'indagine” (o, dopo la modifica dell'art. 329 comma 1 c.p.p., come richieste del pubblico ministero di autorizzazione al compimento di atti di indagine ovvero come atti del giudice che provvedono su tali richieste), non scontano alcun regime di segretezza o di divieto (integrale o parziale) di pubblicazione ex art. 114 c.p.p. e che, per l'effetto, non rientrano nello spettro applicativo dell'istituto che viene (riduttivamente) denominato “desecretazione” ».

²⁵⁸ In relazione al quale cfr. G. AMATO, *Procuratore della Repubblica a capo dei rapporti con gli organi di stampa*, in *Guida dir.*, 2021, 48, 47 afferma che «il tema è quello di apprezzare quali siano queste specifiche ragioni di interesse pubblico. Deve trattarsi, in negativo, di ragioni “non investigative” (perché, nel caso, è altra la ragione della diffusione dell'informazione). In positivo, le ragioni di interesse pubblico non possono che essere declinate avendo riguardo all'esigenza di informazione della collettività rispetto allo specifico fatto reato. Sotto questo profilo, nell'impossibilità di una sterile elencazione casistica, ma procedendo in via di approssimazione esemplificativa, può apprezzarsi tale esigenza nella particolare gravità del fatto investigato (si pensi ad un fatto omicidiario o a un attentato terroristico) ovvero nell'esigenza di evitare equivoci o fraintendimenti informativi (si pensi a notizie di stampa diffuse senza controllo che veicolino una ricostruzione di una vicenda investigativa non conforme al vero e foriera di arrecare nocimento alla onorabilità delle persone). Come esattamente osservato nel parere del Csm in data 3 novembre 2021, l'apprezzamento sulla sussistenza delle ragioni di interesse pubblico chiama in causa «valutazioni di opportunità rimesse al solo procuratore e dunque inevitabilmente influenzate dalla sua sensibilità culturale»

²⁵⁹ Secondo G.M. BACCARI, *Le nuove norme*, cit. 165 «le prime interpretazioni vanno nel senso di intendere in senso estensivo tale condizione, in contrasto però con quella che è la finalità avuta di mira dal legislatore. In particolare, si è ritenuto che l'esigenza di informare la collettività rispetto alla singola vicenda, quale strumento necessario per un effettivo controllo democratico sull'esercizio del potere giurisdizionale, costituisca sempre una “specificata ragione di interesse pubblico”: la condizione, quindi, sarebbe ravvisabile in presenza di fatti investigati di particolare gravità, come pure quando sia necessario smentire ricostruzioni fattuali fantasiose e lesive dell'onore di persone estranee all'inchiesta penale. Le autorità inquirenti devono mantenere i rapporti istituzionali con gli organi di informazione esclusivamente tramite comunicati ufficiali oppure mediante conferenze stampa; queste ultime però possono aver luogo soltanto se i fatti oggetto del procedimento penale

della diffusione, lo strumento della conferenza stampa diventa una modalità straordinaria²⁶⁰ mentre la modalità ordinaria dovrebbe essere il comunicato scritto da parte della Procura. Peraltro, nei comunicati e nelle conferenze stampa è fatto «divieto di assegnare ai procedimenti pendenti denominazioni lesive della presunzione di innocenza»: saranno così vietati i riferimenti ad inchieste o indagini con nomi altisonanti (quali “Mafia Capitale”) o altre espressioni che denotano chiaramente un pregiudizio di colpevolezza²⁶¹; tale previsione, come l’intero articolato, non si applica ai mezzi di informazione che potranno continuare ad utilizzare tali *slogan* utili a catturare l’attenzione del pubblico e che contestualmente l’importanza nella collettività di certe inchieste giudiziarie. Importante è anche la puntualizzazione secondo cui l’autorità inquirente deve, nel dare le informazioni sui procedimenti pendenti, attenersi alla sobrietà e alla «continenza espressiva»: in tal senso «viene da pensare, allora, che il rispetto della presunzione di innocenza dovrebbe imporre, di regola, di non rivelare le generalità delle persone coinvolte nell’inchiesta penale nonché

rivestono una “particolare rilevanza pubblica”». Cfr. anche G. CANESCHI, *Processo penale mediatico*, cit., 16 «il testo della disposizione appare di una vaghezza tale da portare a pensare che, concepita come eccezione, la diffusione di notizie diventerà la regola. Ecco che effettivamente questa previsione, anziché stigmatizzare la pratica delle conferenze stampa tenute dagli inquirenti spesso nelle primissime battute delle investigazioni, finisce addirittura per legittimarla, con l’unica accortezza di metodo – che sembra piuttosto una soluzione illusoria – di precisare la fase in cui il procedimento penale pende (un chiarimento che potrebbe rivelarsi inutile rispetto ad un’opinione pubblica scarsamente preparata dal punto di vista tecnico) e con un tenore verbale che assicuri comunque il diritto dell’indagato a non essere indicato come colpevole. In altre parole, fin dalle prime fasi investigative, quando l’ipotesi d’accusa è appunto tale, con l’accorgimento di precisare che il soggetto sottoposto al procedimento sarà soggetto ad una futura verifica di responsabilità, lo si potrà comunque additare come accusato, con il clamore che i media solitamente riservano a questo genere di esternazioni. È ben noto che le sfumature lessicali del linguaggio, l’utilizzo di metafore, di figure retoriche, di richiami indiretti, possono costituire una scorciatoia che non elimina l’attenzione alla presunzione di innocenza».

²⁶⁰ G.M. BACCARI, *Le nuove norme*, cit. 165 afferma che «non vi sono dubbi, invero, che le conferenze stampa si prestano a dare grande risalto mediatico alle inchieste penali e spesso, anche a causa della sapiente scenografia allestita (armi, droga e banconote distesi sul tavolo), inducono nell’opinione pubblica la convinzione di un quadro probatorio schiacciante, benché la fase preliminare sia ancora agli inizi».

²⁶¹ Nello stesso senso cfr. V. A. STELLA, *Recepimento della direttiva europea*, cit. secondo cui «dovrebbe essere finito anche il tempo del nome suggestivo dato alle inchieste inaugurato con Mani pulite e proseguito con Angeli e demoni, Mafia capitale, Bocca di Rosa, Terminator 3, solo per citarne alcuni. Ma attenzione: la disciplina di cui stiamo parlando si rivolge principalmente ai magistrati, e non incide tecnicamente sui comportamenti dei media. Pertanto, nulla impedirà alla stampa di assegnare in maniera autonoma un nome all’indagine, che potrebbe cristallizzarsi nel tempo in riferimento al fatto di cronaca specifico». Cfr. anche F. ROTONDO, *Presunzione di innocenza*, cit., 326 secondo cui «si interviene, invero, su uno degli aspetti che appare particolarmente meritevole di tutela, poiché la denominazione convenzionale di un’indagine o di un procedimento penale, tradizionalmente utilizzato specie (ma non solo) dalla polizia giudiziaria, non sembra avere alcuna effettiva rilevanza per il soddisfacimento dell’interesse pubblico alla conoscenza ed al controllo dell’attività dell’autorità giudiziaria, ma si basa, piuttosto, su necessità – come quella di colpire l’interesse o l’attenzione dell’opinione pubblica – che appartengono propriamente al compito esclusivo del giornalista e che, quindi, in nessun modo dovrebbero fondare l’interesse del Procuratore della Repubblica alla diffusione delle notizie agli organi di stampa. Al fine di assicurare adeguati controlli in ordine al rispetto della nuova normativa, infine, viene modificato anche l’art. 6 del decreto n. 106, prevedendo tra i compiti di vigilanza spettanti al Procuratore Generale presso la Corte di Appello sui Procuratori della Repubblica del distretto, anche quello di verificare il rispetto dei doveri loro derivanti dal disposto dell’art. 5 cit.».

le circostanze fattuali idonee a risalire ad esse»²⁶². Tali previsioni, poi, gravano anche sugli ufficiali di polizia giudiziaria, che su autorizzazione del Procuratore della Repubblica, possono intrattenere rapporti con gli organi di informazione sempre tramite comunicati ufficiali oppure conferenze stampa e soltanto «sugli atti di indagini compiuti o ai quali hanno partecipato»²⁶³. Il rispetto di tali previsioni è garantito dal Procuratore generale presso la corte di appello, competente ad attivare i controlli disciplinari in caso di comportamenti *contra legem*; tuttavia non vi è alcun rimedio specifico per l'interessato, «al quale si sarebbe potuto quanto meno attribuire un potere di “interpello” nei confronti dello stesso procuratore generale per segnalare i comportamenti poco virtuosi»²⁶⁴: ciò che risulta necessario è «dunque, che PM, Polizia Giudiziaria e vertici delle strutture operanti condividano la cultura della informazione appropriata per contenuto e tempistica, che può persino essere frutto di oculata elaborazione di strategie investigative, quando, ad es., si diffonde *ad hoc* una specifica notizia perché ciò può determinare utili ed importanti sviluppi»²⁶⁵.

L'articolo 4²⁶⁶ del decreto – rubricato icasticamente «Garanzia della presunzione di innocenza» -, poi, recita «1. Al codice di procedura penale sono apportate le seguenti modificazioni: a) dopo l'articolo 115, è inserito il seguente: “Articolo 115-*bis* (Garanzia della presunzione di innocenza). - 1. Salvo quanto previsto dal comma 2, nei provvedimenti diversi da quelli volti alla decisione in merito alla responsabilità penale dell'imputato, la persona sottoposta a indagini o l'imputato non possono essere indicati come colpevoli fino a

²⁶² Così G.M. BACCARI, *Le nuove norme*, cit. 166.

²⁶³ Una lettura restrittiva della norma è stata data dalla Direttiva Procura della Repubblica presso il Tribunale di Perugia, 6 dicembre 2021, 4, in www.sistemapenale.it, 7 dicembre 2021. Secondo C. CONTI, *Cronaca giudiziaria*, cit., 12 «c'è da aspettarsi che la prassi operativa finirà per attecchire sulle pratiche consolidate in materia di rapporti tra pubblico ministero e polizia giudiziaria e, dunque, potrà apparire non omogenea sul territorio».

²⁶⁴ Cfr. G.M. BACCARI, *Le nuove norme*, cit. 167.

²⁶⁵ Così, acutamente, A. SPATARO, *Commento*, cit.

²⁶⁶ In relazione ai rapporti tra l'articolo 4 e l'articolo 2, già analizzato, del decreto in analisi cfr. G. AMATO, *La violazione del divieto di “pubblicità”*, cit., 43 secondo cui «l'articolo 2 appresta tutela (solo) nei confronti delle “dichiarazioni” rese nei più svariati contesti, onde se tali dichiarazioni siano integralmente riprodotte del contenuto di “decisioni giudiziarie” la norma che può invocarsi a tutela è (solo) quella di cui all'articolo 115-*bis* del Cpp. Detto altrimenti, nel caso di coincidenza tra la dichiarazione e il provvedimento, non sembra esservi spazio per la rettifica prevista dall'articolo 2, dovendo l'interessato ricorrere allo strumentario apprestato dall'articolo 115-*bis* del Cpp, con la sollecitazione alla correzione del provvedimento che si assume lesivo della presunzione di innocenza». Per un commento, critico, cfr. L. FILIPPI, *Quale presunzione di innocenza*, cit. secondo cui «sembrirebbe una rivoluzione copernicana, ma l'ordinamento giudiziario prevede già dal 2006 un regime molto più severo ma ignorato. Ma allora, se la legge prevedeva già prima questi limiti, perché ripeterli? Semplicemente perché sono quotidianamente violati. E pensate voi davvero che d'ora in avanti cambierà qualcosa nei rapporti tra pubblici ministeri e organi di informazione? Pensate sul serio che non assisteremo più ai processi mediatici? Credete che le sentenze dei giudici conteranno finalmente più delle indagini dei pubblici ministeri?».

quando la colpevolezza non è stata accertata con sentenza o decreto penale di condanna irrevocabili. Tale disposizione non si applica agli atti del pubblico ministero volti a dimostrare la colpevolezza della persona sottoposta ad indagini o dell'imputato. 2. Nei provvedimenti diversi da quelli volti alla decisione in merito alla responsabilità penale dell'imputato, che presuppongono la valutazione di prove, elementi di prova o indizi di colpevolezza, l'autorità giudiziaria limita i riferimenti alla colpevolezza della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato alle sole indicazioni necessarie a soddisfare i presupposti, i requisiti e le altre condizioni richieste dalla legge per l'adozione del provvedimento. 3. In caso di violazione delle disposizioni di cui al comma 1, l'interessato può, a pena di decadenza, nei dieci giorni successivi alla conoscenza del provvedimento, richiederne la correzione, quando è necessario per salvaguardare la presunzione di innocenza nel processo. 4. Sull'istanza di correzione il giudice che procede provvede, con decreto motivato, entro quarantotto ore dal suo deposito. Nel corso delle indagini preliminari è competente il giudice per le indagini preliminari. Il decreto è notificato all'interessato e alle altre parti e comunicato al pubblico ministero, i quali, a pena di decadenza, nei dieci giorni successivi, possono proporre opposizione al presidente del tribunale o della corte, il quale decide con decreto senza formalità di procedura. Quando l'opposizione riguarda un provvedimento emesso dal presidente del tribunale o dalla corte di appello si applicano le disposizioni di cui all'articolo 36, comma 4.”; b) all'articolo 314, comma 1, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: “L'esercizio da parte dell'imputato della facoltà di cui all'articolo 64, comma 3, lettera b), non incide sul diritto alla riparazione di cui al primo periodo.”; c) all'articolo 329, comma 2, dopo le parole “Quando è”, è inserita la seguente: “strettamente”; d) all'articolo 474 del codice di procedura penale, dopo il comma 1, è aggiunto il seguente: “1-bis. Il giudice, sentite le parti, dispone con ordinanza l'impiego delle cautele di cui al comma 1. È comunque garantito il diritto dell'imputato e del difensore di consultarsi riservatamente, anche attraverso l'impiego di strumenti tecnici idonei, ove disponibili. L'ordinanza è revocata con le medesime forme quando sono cessati i motivi del provvedimento». La disposizione stabilisce, *in primis*, un divieto generale: salvo le eccezioni espressamente indicate, nel procedimento penale gli atti dei magistrati non devono contenere giudizi anticipati sulla colpevolezza dell'indagato o dell'imputato, fin quando non sia intervenuta una decisione di condanna definitiva: viene così meglio definito uno dei corollari derivanti dal principio di presunzione di innocenza consacrato nell' art. 27, comma 2, Cost. Riguardo agli atti oggetto dell'articolo analizzato, si possono individuare – con una ricostruzione che comunque risente del fatto che la ripartizione stessa sia sfumata - una prima

categoria ricomprendente i provvedimenti del giudice volti alla decisione in merito alla responsabilità penale dell'imputato e gli atti del pubblico ministero volti a dimostrare la colpevolezza, per i quali non vale il divieto (art. 115-*bis*, comma 1, secondo periodo c.p.p.); la seconda categoria è costituita da quei provvedimenti che presuppongono la valutazione di prove, dove i riferimenti alla colpevolezza sono limitati alle sole indicazioni necessarie a soddisfare i presupposti, i requisiti e le altre condizioni richieste dalla legge per l'adozione del provvedimento: si possono annoverare atti quali l'adozione dell'ordinanza cautelare, la richiesta e il decreto autorizzativo delle intercettazioni. La più rilevante categoria, che si determina al netto della classificazione appena prospettata, sembra comprendere «tutti gli altri provvedimenti meramente procedurali ai quali si applica in tutta la sua estensione il divieto di indicare come colpevole l'indagato o l'imputato fino a quando la colpevolezza non sia accertata con sentenza definitiva. Si tratta all'evidenza di provvedimenti nei quali una valutazione di colpevolezza sarebbe un "fuori tema" in relazione alla natura ed alla finalità dell'atto e dunque si sostanzierebbe in una schietta e gratuita violazione della presunzione di innocenza; [...] l'ordinanza di proroga delle indagini preliminari, oppure l'ordinanza con la quale il giudice si pronuncia sull'ammissione delle prove»²⁶⁷. Tale disciplina collega importanti effetti giuridici ad una pur labile distinzione di atti: si prevede, infatti, che solamente nel caso in cui si violi il divieto di indicare l'imputato come colpevole nei provvedimenti diversi da quelli volti alla decisione in merito alla responsabilità penale che non presuppongono la valutazione di prove, elementi di prova o indizi di colpevolezza operi il rimedio della richiesta di correzione, il procedimento della quale è descritto dalla lettera della norma²⁶⁸.

Una volta analizzato, nella sua articolazione, il decreto legislativo numero 188 è d'uopo elaborare delle – parziali – conclusioni sul principio costituzionale della presunzione di

²⁶⁷ Così, chiaramente, C. CONTI, *Cronaca giudiziaria*, cit., 17.

²⁶⁸ Secondo F. GALLUZZO, *Presunzione di innocenza: tra giustizia e informazione*, cit., 525 «in dottrina sono state avanzate, tuttavia, perplessità sull'effettiva rapidità di tali subprocedimenti che rischiano di trasformarsi in appesantimenti incidentali del processo quanto a ragionevole durata e che, da un punto di vista della strategia difensiva, rischiano di risolversi in un "boomerang" laddove, di fatto, si porrebbe l'accento su valutazioni anticipatorie del merito che, nel corso del procedimento, ben potrebbero essere poi tralasciate. Per conformità con quanto previsto per le dichiarazioni delle autorità pubbliche sarebbe stato opportuno, allora, che si prevedesse che nei provvedimenti cautelari o incidentali sia obbligatoriamente inserito il riferimento alla specifica fase processuale in cui si trovi il procedimento. Ma, in generale, occorre che alla riforma si accompagni un "mutamento culturale" a sostegno del principio della presunzione di innocenza che investe la magistratura attesa l'insufficienza della previsione di una sanzione in sede disciplinare che non comporta alcun ristoro, se non morale, all'interessato che vedrebbe in ogni caso pregiudicata la propria difesa nel processo». Concorde anche G. CANESCHI, *Processo penale mediatico*, cit., 16 che afferma «è tuttavia di immediata evidenza come le "buone intenzioni" del legislatore rischino di generare un contenzioso dai contenuti incerti e sfuggenti, in grado di appesantire procedure che, per altro verso, si proclama di voler semplificare e snellire».

innocenza. Tale garanzia, che negli ultimi anni ha sofferto un periodo di significativa crisi, ha riacquisito vigore grazie alla Direttiva del 2016 e poi, in ambito italiano, al decreto citato; dunque, già dal punto di vista culturale, questa innovazione deve essere accolta con favore e può essere un ottimo punto di inizio per una nuova valorizzazione di un principio così centrale nel sistema processualpenalistico italiano. Il recepimento della direttiva è stato anche necessario – e non può rappresenta «la panacea di tutti i mali che affliggono la narrazione dei processi nel nostro Paese»²⁶⁹ - e da salutare positivamente, sebbene permangono diverse criticità: in primo luogo, tale materia è destinata ad essere gestita (anzi, ciò è già avvenuto²⁷⁰) a livello pratico da circolari interne agli uffici di Procura che fanno chiaramente emergere le svariate sensibilità culturali e giuridiche dei Procuratori (col rischio di disomogeneità sul territorio)²⁷¹. Tuttavia, il principale elemento di debolezza del decreto è la mancata previsione di rimedi per violazione del principio a causa del processo penale mediatico²⁷²: «si ha la sensazione di trovarsi di fronte ad un'altra azione legislativa tesa a rafforzare la regola di trattamento dell'imputato nel processo, attraverso una serie di previsioni di carattere prettamente simbolico. [...] I invitati di pietra dello schema di d.lgs. (così come della direttiva europea che ne è ispiratrice) sono i mass media, del tutto ignorati dalla sfera di applicazione delle nuove misure pensate a tutela dell'imputato»²⁷³. La

²⁶⁹ In questi termini A. STELLA, *Recepimento della direttiva europea*, cit. Concorde anche F. RESTA, *Il "compiuto" adeguamento alla direttiva 2016/343/UE sulla presunzione d'innocenza*, *Giustizia Insieme*, 14 dicembre 2021 che afferma «naturalmente, non saranno solo le norme a poter garantire un equilibrio, democraticamente sostenibile, tra diritto di (e all') informazione, dignità dei soggetti coinvolti nel processo, presunzione d'innocenza ed esigenze di accertamento dei reati. Molto dipenderà da come, magistratura e organi d'informazione, interpreteranno il loro ruolo, prescindendo la prima dalla ricerca del consenso e i secondi da quello che Luciano Violante definisce "gionalismo per trascrizione". Ma alla promozione di questa cultura (della giurisdizione e dell'informazione e del loro rapporto reciproco), norme quali quelle introdotte dal decreto sono certo funzionali».

²⁷⁰ Cfr., tra le altre, PROCURA DELLA REPUBBLICA DI PERUGIA, *Direttiva - a firma del Procuratore dott. Raffaele Cantone – in merito ai rapporti con gli organi di informazione*, 2021.

²⁷¹ Per una soluzione a tale problema cfr. C. CONTI, *Cronaca giudiziaria*, cit., 14 che propone un opportuno intervento della Procura Generale, già intervenuta in altri frangenti.

²⁷² Nel medesimo senso cfr. S. BOLOGNA, *La presunzione di innocenza nel D.lgs. 188/2021: un'occasione persa?*, *UniCost*, 24 febbraio 2022 che afferma «pur con le criticità di cui si è dato conto nel corso della trattazione è innegabile che il decreto legislativo in commento rappresenti il precipitato di un'iniziativa legislativa tesa a rafforzare la tutela dell'imputato nel processo, mirando ad escludere improprie anticipazioni di un giudizio di colpevolezza eventualmente espresso dall'autorità. Si è però già anticipato come il d.lgs. n. 188 non affronti affatto la questione dei rimedi da approntare per le violazioni della presunzione di innocenza determinate dal c.d. processo penale mediatico che [...] costituiscono aggressioni esterne al processo penale che vulnerano – forse anche di più rispetto alle dichiarazioni eventualmente rese dalle autorità – la presunzione di innocenza. Per rendersi conto della gravità del potenziale pregiudizio che il processo mediatico ed una informazione giudiziaria distorta sono in grado di produrre alla sfera dell'indagato/imputato, si pensi al discredito sociale di cui lo stesso sarà vittima, ai riverberi sulla sua sfera privata e familiare, ai pregiudizi reputazionali, ai riflessi negativi in ambito professionale ed infine alle ripercussioni politiche ed elettorali».

²⁷³ Così G. CANESCHI, *Processo penale mediatico*, cit., 20. Concorde anche F. PORCU, *L'adeguamento della normativa nazionale*, cit., 10 che afferma «il decreto, dunque, sembra dirigere la propria carica precettiva essenzialmente verso le Autorità pubbliche (e in particolare verso l'Autorità Giudiziaria, ma si può leggere Procure), tentando, benché indirettamente, di silenziare o quantomeno di ridurre il volume dell'ambiguo e

circostanza che anche la cronaca giudiziaria rispetti tale garanzia è qualcosa di assolutamente legittimo, pur senza intaccare il diritto all'informazione: però «affidarsi alla premura deontologica, alla sensibilità individuale del giornalista, all'accrescimento progressivo dei presidi culturali, non è un antidoto sufficiente a contrastare un fenomeno tanto pregiudizievole»²⁷⁴. Per tali ragioni, l'operatività del decreto – almeno per ciò che riguarda il contrasto al processo penale mediatico – sembra essere molto relativa e limitata dal momento che la normativa, sebbene di grande importanza, per essere esaustiva non può soltanto dettare rigide regole di comportamento per i magistrati «affidandosi, invece, con riferimento al ruolo svolto dai mezzi d'informazione nella diffusione di notizie giudiziarie, alla deontologia del singolo giornalista e al sistema sanzionatorio esistente»²⁷⁵. In tale ottica era preferibile assistere gli eventuali comportamenti illeciti del giornalista con delle più efficaci sanzioni amministrative (di tipo interdittivo, pecuniario) che «sembrano rappresentare l'unico strumento idoneo a fungere da concreto deterrente per condotte violative della presunzione di innocenza, poste in essere dagli organi di stampa»²⁷⁶. In conclusione, se queste previsioni normative condurranno ad un effettivo mutamento culturale – se, cioè, la distanza tra *law in books* e *law in action* si attenuerà - è qualcosa che potrà essere verificato solo col tempo: ciò che si può auspicare è che lo spirito che ha mosso il legislatore nella fase legislativa influenzi anche gli operatori del diritto (e, chiaramente anche i giornalisti) nella concreta applicazione dello stesso.

magnetico canto dei media, che – quali moderne sirene – continua ad ammaliare l'ordine giudiziario, talvolta oscurando l'esigenza di tutela della persona sottoposta alla pena (anticipata) del processo».

²⁷⁴ V. G. CANESCHI, *Processo penale mediatico*, cit., 20.

²⁷⁵ Cfr. S. BOLOGNA, *La presunzione di innocenza*, cit.

²⁷⁶ In tal senso V. S. BOLOGNA, *La presunzione di innocenza*, cit.

CAPITOLO 3: LA GIUSTIZIA MEDIATICA

SOMMARIO: 1. “Verità storica”, “Verità processuale” e “Verità mediatica” – 2. Il processo giurisdizionale e il processo “mediatico”: una divaricazione insanabile - 2.1. Pubblicità “mediata” e pubblicità “immediata”: profili problematici - 2.2. Il tono “colpevolista” dell’informazione giudiziaria - 3. Gli effetti del processo mediatico sui protagonisti del procedimento penale - 4. Il sistema del segreto processuale - 5. Mass media e giustizia: un “conflitto” inevitabile? - 5.1 Un esempio di efficace comunicazione istituzionale - 6. Possibili rimedi per la “vittima” del processo mediatico - 7. La cultura come unico e vero antidoto

1. “Verità storica”, “Verità processuale” e “Verità mediatica”

La considerazione da cui muovere, volendo affrontare una discussione generale sul processo penale – e sul suo difficoltoso rapporto col processo mediatico -, è che è necessario confrontarsi col generale tema della verità¹. L’attenzione a quest’ultima, a differenza che nel precedente codice di rito del 1930, non è enfatizzata essendo presente un riferimento a questa solamente nell’art. 198 c.p.p. ove si afferma che «1. Il testimone ha l'obbligo di presentarsi al giudice e di attenersi alle prescrizioni date dal medesimo per le esigenze processuali e di rispondere secondo verità alle domande che gli sono rivolte»; il riferimento che si fa in codesto ambito è, come è noto, alla verità processuale e non già alla verità storica. La verità storica è, infatti, l’«utopia del processo penale»: sarebbe, infatti, perfettamente condotto quel processo penale «che riuscisse a fornire un risultato cognitivo coincidente con il reale svolgimento dei fatti»².

¹ Secondo C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Cedam, Padova, 2007, 2 «il processo penale è uno strumento finalizzato alla ricerca della verità in relazione ad un accadimento. Poiché la storia insegna che non è virtù umana quella di raggiungere la verità assoluta, da sempre tale concetto viene relativizzato con l’aggiunta dei più svariati aggettivi».

² Così N. TRIGGIANI, *Verità, giustizia penale, Mass media e opinione pubblica*. Relazione al Seminario di studi "Processo penale e processo mediatico" (Taranto, Dicembre 2010) in *Giust. pen.*, 2011, 10, pt. 3, 569. Concordi anche S. DE NICOLA, S. INGROSSO, R. LOMBARDO, *Comunicazione mediatica e processo penale*, in *Arch. pen.*, 2012, 2, 2 in cui si legge che «la verità storica non sempre coincide con quella processuale ed ancor meno con quella mediatica che ha un palcoscenico e un linguaggio diverso da quelli del processo».

Tuttavia, è necessario avere piena consapevolezza dei limiti di conoscenza che circondano l'accertamento penale³. Accanto a tale nozione, è necessario parlare di altri due concetti: la verità processuale e la verità mediatica⁴. Facendo riferimento alla verità processuale, con tale nozione ci si riferisce a «quel risultato che si ottiene attraverso l'impiego di tutti e soli gli strumenti accertativi di cui il processo dispone»⁵: è tale l'esito ottenuto di consueto nel processo penale, cioè quello a cui si perviene attenendosi alle minuziose regole probatorie che permeano il diritto processuale penale. «Benché a volte assai lontana dalla verità storica, la verità processuale, consacrata in una sentenza definitiva passata in giudicato, viene comunque accettata “come verità” dalla collettività, proprio in considerazione del fatto che ad essa si è pervenuti attraverso un procedimento giurisdizionale, regolato dalla legge, che ha consentito la ricostruzione del fatto storico nel modo ritenuto più affidabile»⁶. La verità processuale è legata a doppio filo con il modello processuale: invero, bisogna verificare se nelle scelte legislative vi è maggiore sensibilità per un'ottica finalistica del processo penale ovvero se viene privilegiata la componente della neutralità⁷; sono due approcci diversi e contrastanti ed «inevitabilmente il finalismo di una impostazione implica la predisposizione di strumenti processuali tesi alle finalità cognitive. All'opposto, la neutralità [...] consente di delineare lo strumento processuale, teso sempre all'accertamento, nel rispetto delle scelte legislative effettuate secondo criteri di contemperamento e bilanciamento dei diritti implicati dalle esigenze collettive e individuali»⁸. E il rapporto tra la verità storica e la verità processuale, e il problematico tendere della seconda verso la prima, è un carattere assolutamente peculiare ed affascinante del processo penale⁹: in questa prospettiva, è giocoforza “accontentarsi” del raggiungimento

³ Infatti, secondo C. CONTI, *Accertamento del fatto*, cit. 3, «l'accertamento processuale e la verità storica sono due grandezze ontologicamente diverse, separate da un salto logico. Il fatto storico non può rivivere, è un *lost fact*. Esso deve essere ricostruito nel processo attraverso le prove».

⁴ Si segnala anche l'esistenza di un altro concetto, cioè quello di «verità convenzionale», di cui non è opportuno parlare in questa sede: secondo C. CONTI, *Accertamento del fatto*, cit. 6 essa sarebbe la «tentazione del processo penale [...] e fa riferimento ad un incontro di volontà, ad un accordo. La verità convenzionale è quella che si ottiene allorché il volere delle parti, animate da interessi contrapposti, converge verso un medesimo risultato». Si è, chiaramente, nell'ambito della giustizia negoziata, la quale è composta da istituti quali l'acquisizione concordata di atti di indagine al fascicolo per il dibattimento con rinuncia all'acquisizione dell'omologa prova in contraddittorio. Essa costituisce «una sorta di “massimo comun denominatore” tra il principio dialettico, il fine accertativo del processo penale e il principio dispositivo».

⁵ Cfr. C. CONTI, *Accertamento del fatto*, cit. 6.

⁶ In questo senso v. N. TRIGGIANI, *Verità, giustizia penale*, cit., 569.

⁷ Per tale ricostruzione cfr. G. SPANGHER, *Verità, verità processuale, verità mediatica, verità politica*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 806.

⁸ Cfr., ulteriormente, G. SPANGHER, *Verità*, cit., 806.

⁹ In questo senso cfr. F.M. IACOVIELLO, in C. CONTI (a cura di), *Processo mediatico e processo penale. Per un'analisi critica dei casi più discussi da Cogne a Garlasco*, Milano, 2016, 219 secondo il quale «giudicare è una cosa complicata perché la giustizia non può fare a meno della verità. [...] Ma di quale verità parliamo? Della verità sostanziale, per intenderci. Di quella verità che ci dice come sono andati realmente i fatti. Non di

della verità processuale dato che la congerie di regole e strumenti probatori non è altro che il modo che si ha a disposizione per giungere alla ricostruzione (il più possibile) veritiera di ciò che è avvenuto nel mondo fenomenico. L'altro concetto che bisogna tenere a mente, dal momento che la verità processuale vi interferisce sempre più, è quello di verità mediatica¹⁰: con tale espressione si fa riferimento alla ricostruzione che la stampa (e più in generale i molteplici canali di informazione quali le ricostruzioni televisive e i social media) fa di una vicenda processuale, della quale sono protagonisti gli stessi soggetti processuali (indagati, imputati, vittime) e che crea una deformazione delle dinamiche processuali. Bisogna anticipare, come è ovvio, che l'attenzione della cronaca e della stampa per le vicende processuali, soprattutto quelle suscettibili di attirare l'attenzione dell'opinione pubblica, c'è sempre stata (si può, per esempio, pensare al processo Rina Fort o al delitto Bebawi), ma negli ultimi anni¹¹ è aumentata in maniera esponenziale: in quest'ultimo periodo, si è infatti creato «un circuito processuale “parallelo” che ha visto celebrarsi il processo anche fuori dalle aule di giustizia»¹². E ciò è avvenuto sia per il progressivo superamento della forza della prova dichiarativa a vantaggio della prova scientifica (*rectius* tecnica) sia per la «circolazione, con l'*imprimatur* delle forze di polizia giudiziaria (che vi appongono il loro logo), di materiale investigativo (totale o parziale), così da accreditare con il marchio dell'autorità l'impianto accusatorio oggetto delle indagini»¹³.

quel surrogato di verità, che i processualisti chiamano verità processuale: una verità addomesticata per cui anche il dubbio diventa verità. [...] Il giudice applica le regole del processo e giudica: la sua giustizia produce la verità processuale. Con la verità processuale, dunque, il processo si autoimmunizza dal dubbio e dall'errore». Tuttavia, «questo entusiasmo epistemologico si dissolve se guardiamo il processo sullo sfondo della verità storica. Qui l'onnipotenza della sentenza si frantuma: giustizia e verità diventano cose diverse e la prima dipende dalla seconda. [...] Dunque, il processo mira alla verità storica, ma si accontenta della verità processuale».

¹⁰ Su questo concetto cfr. N. TRIGGIANI, *Verità, giustizia penale*, cit., 569 secondo il quale essa è «quella che emerge dagli organi di informazione che si interessano sempre più spesso delle vicende processuali penali: una “verità”, quest'ultima, inevitabilmente condizionata dalla velocità, dalla semplificazione, quando non dalla banalizzazione della notizia (senza dire di eventuali condizionamenti politici o economici, legati anche alla proprietà dei mezzi di informazione)».

¹¹ Concorde C. CONTI (a cura di), *Processo mediatico e processo penale.*, cit., 5 che afferma «se, guardando all'ultimo decennio, volessimo individuare un fenomeno collettivo caratterizzante ed in crescita esponenziale, senza nessun dubbio verrebbe spontaneo pensare a quella che si potrebbe definire la “rappresentazione mediatica” – soprattutto televisiva come si è dianzi accennato – dei processi penali per fatti di cronaca nera».

¹² Così G. SPANGHER, *Verità*, cit., 807. Cfr., nello stesso senso, C. CONTI (a cura di), *Processo mediatico e processo penale.*, cit., 7 che afferma «soffermandoci sul rapporto tra processo mediatico e “verità” occorre tenere presente che, secondo una nota definizione, rappresentare un fatto significa costruirne uno equivalente, in modo da renderlo conoscibile quando non sia presente. Ebbene, nelle rappresentazioni mediatiche l'oggetto “imitato” è, si direbbe, cangiante. A momenti viene rappresentato direttamente il fatto storico, ricostruito attraverso i dati acquisiti nell'inchiesta giornalistica, a momenti viene offerta una rappresentazione del processo, con un sapiente montaggio che poggia su di una continua sovrapposizione di piani difficilmente decifrabile, talora, anche per l'occhio più esperto».

¹³ In questo senso G. SPANGHER, *Verità*, cit., 807.

In tale costruzione, totalmente artificiosa, si va a prefigurare in primo luogo la “condanna anticipata” di un soggetto che è meramente indagato ma anche tanti altri effetti distorsivi della liturgia del processo: tra le altre cose, la possibile influenza dei risvolti mediatici sulle decisioni dei giudici, soprattutto in Cassazione¹⁴. L’influenza dei risvolti mediatici delle vicende giudiziarie su queste ultime è stata, esemplarmente, resa palese dalla decisione di legittimità nel famoso caso dell’omicidio di Meredith Kercher in cui la Corte di Cassazione¹⁵ ha affermato che «l’inusitato clamore mediatico della vicenda ha fatto sì che le indagini subissero una accelerazione nella spasmodica ricerca di un colpevole da consegnare all’opinione pubblica internazionale e non ha certamente giovato alla ricerca della verità sostanziale». Ebbene, la costruzione di un parallelo processo mediatico e di una sua verità mediatica è uno degli argomenti maggiormente problematici che la giustizia penale si trova ad affrontare in questo frangente storico. In conclusione, dunque, non resta che accettare il fatto che «in questo continuo rincorrersi, intersecarsi, sovrapporsi tra le verità processuali, le verità mediatiche e le verità politiche, la verità diventa inafferrabile ed evanescente»¹⁶, e domandarsi: «ma esiste la verità?»¹⁷.

2. *Il processo giurisdizionale e il processo “mediatico”: una divaricazione insanabile*

Per parlare di processo mediatico, una nozione ormai pienamente diffusa nelle democrazie liberali moderne come quella italiana, bisogna concordare sull’idea per cui l’amministrazione della giustizia non è più un valore indipendente ma è «un’attività che intrattiene con la vita sociale profonde connessioni e reciproci condizionamenti»¹⁸: la giustizia, infatti, non viene amministrata in un recinto chiuso dove intervengono soltanto gli operatori del diritto e in cui la collettività non può dire la sua, bensì - soprattutto dopo l’avvento dei mezzi di comunicazione di massa - questa concezione è semplicistica e non condivisibile. È, anzi, connaturata allo *ius dicere* l’esistenza di momenti di pubblicità del

¹⁴ Cfr. F.M. IACOVIELLO, in C. CONTI (a cura di), cit., 223 secondo cui «nei processi indiziari – e in particolare nei processi indiziari a clamore pubblico (quindi con doppio processo, quello ufficiale delle prove e quello collettivo delle opinioni) – la Cassazione ha paura di confermare una sentenza di assoluzione. Una condanna non è mai definitiva (soprattutto se basata su prove scientifiche: la revisione è sempre dietro l’angolo). L’assoluzione lo è sempre. Dunque, meglio essere prudenti e annullare con rinvio. L’opinione pubblica apprezzerà lo scrupolo».

¹⁵ Corte di Cassazione, sez. V, sentenza 27 marzo 2015, Sollecito, in *Arch. pen. rivista web*, 29 settembre 2015.

¹⁶ Cfr. G. SPANGHER, *Verità*, cit., 808

¹⁷ In questi termini, acutamente, cfr. G. SPANGHER, *Verità*, cit., 808.

¹⁸ Così G. GIOSTRA, voce *Processo penale mediatico*, in *Enc. dir., Annali*, X, 2017, 646.

processo «tanto più estesi, quanto maggiore è il grado di democrazia dell'ordinamento di cui è espressione, affinché la collettività possa controllare come viene resa giustizia in suo nome»¹⁹.

Lasciando al prosieguo di questo lavoro le considerazioni sulla «pubblicità mediata»²⁰, al fine di definire il processo mediatico si può affermare²¹ – riprendendo le parole di Glauco Giostra - che esso indica «la raccolta e la valutazione di dichiarazioni, di informazioni, di atti di un procedimento penale da parte di un operatore dell'informazione, quasi sempre televisivo, per ricostruire la dinamica di fatti criminali con l'intento espresso o implicito di pervenire all'accertamento delle responsabilità penali *coram populo*»²². Tale nozione, che

¹⁹ Cfr. G. GIOSTRA, voce *Processo penale mediatico*, cit., 647. Nello stesso senso cfr. G. GIOSTRA, *La giustizia penale nello specchio deformante della cronaca giudiziaria*, in *Rivista di diritto dei media*, 2018, 3, 2 in cui si legge «sin dai tempi remoti, ogni *societas* ha elaborato un proprio itinerario cognitivo, estremamente mutevole nelle sue forme con il mutare della cultura e delle acquisizioni scientifiche, attraverso cui raggiungere un risultato che la collettività è disposta ad accettare come vero. Il processo penale è pertanto una sorta di ponte tibetano dalla *res iudicanda* alla *res iudicata*, che, appunto, *pro veritate habetur*. [...] Di qui, la necessità che la collettività possa avere conoscenza del modo con cui viene resa giustizia. Di qui, il ruolo costituzionale dei media nel procurare una tale conoscenza e nel consentire un controllo democratico del metodo seguito per giudicare». Nello stesso senso cfr. P. GAETA, *Il problema della divulgazione delle notizie giudiziarie*, in *Quest. Giust. online*, 7 marzo 2019 che fa risalire al momento in cui è sorta la necessità della motivazione della sentenza del giudice penale il problema circa la divulgazione inerenti all'attività del giudice; nello specifico, l'Autore fa riferimento, come data di “nascita”, alla famosa Prammatica della procedura penale del Regno delle due Sicilie di Ferdinando IV, del 27 settembre 1774, che ha introdotto – primo atto normativo in tutti i vari regnicoli e ducati dell'Italia dell'epoca – l'obbligo di motivazione della sentenza del giudice.

²⁰ Nello specifico v. § 2.1.

²¹ Preme, comunque, affermare che in relazione alla “fenomenologia” del processo mediatico A. RIVIEZZO, *L'ingiusto processo mediatico*, in *Media laws*, 2018, 3, 65 ritiene che «la dottrina e, ora, anche la giurisprudenza distinguono per lo meno due figure di “processo mediatico”: a. - un processo mediatico “ausiliario” del processo legale, che riporta, cioè, ciò che avviene in aula, in mera conformità ad un esercizio legittimo, e persino socialmente utile, del diritto di cronaca (giudiziaria), in quanto finalizzato a realizzare più intensamente il principio di pubblicità nel settore dell'amministrazione della giustizia; b. - un processo mediatico “parallelo” al processo legale; [...] una variante in cui – per quanto qui rileva – il profilo cronachistico si mescola con quello valutativo, rischiando per l'appunto di generare quello iato tra giustizia “attesa” e giustizia “applicata” che tanto sembra preoccupare gli addetti ai lavori». L'Autore poi ritiene esistente anche una «terza variante (o accezione) di processo c.d. mediatico [...]; ossia: c. - un processo “esclusivamente” (o “prevalentemente”) mediatico, tale essendo quello nel quale “lo stesso materiale probatorio” riversato nel processo legale sia costituito, esclusivamente o in prevalenza, da resoconti giornalistici: penso, ad esempio, ai procedimenti, sportivi e penali, noti come Calciopoli».

²² Così G. GIOSTRA, voce *Processo penale mediatico*, cit., 648. Cfr. anche C. CONTI (a cura di), *Processo mediatico e processo penale*, cit., 6 «avvincente come una saga familiare – visto che il massimo interesse si appunta su omicidi commessi entro le mura domestiche o pseudo tali – liberatoria come un romanzo poliziesco, edificante come un *Bildungsroman*, coinvolgente come una tribuna politica o sportiva (laddove induce lo spettatore ad una presa di posizione e ad un dibattito), la rappresentazione mediatica del rito penale nel suo talora crudo “realismo” attrae sempre di più il pubblico di ogni estrazione soddisfacendone il vorace voyeurismo». Tutto ciò è poi ulteriormente amplificato dal ruolo sempre più rilevante che nel processo, anche mediatico, rivestono le scienze forensi. Cfr. anche S. TURCHETTI, *Diffamazione e trattamento dei dati personali nel processo mediatico*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, 97 in cui si legge «per “processo mediatico” intendo la “rappresentazione mediatica (soprattutto televisiva) dei processi penali per fatti di cronaca nera”. Più in generale, sulla scorta di un'autorevole dottrina, si potrebbe dire che il processo mediatico è “il processo celebrato sui mezzi di informazione”. Il processo mediatico costituisce, infatti, una sorta di celebrazione, per così dire, “parallela e profana” di un “altro processo”, che si celebra in un “foro mediatico alternativo”, in cui i giudici sono incarnati dall'opinione pubblica che trae il proprio convincimento da notizie di cronaca giudiziaria presentate in modo esasperato - quando non deliberatamente rielaborate in chiave *noir e/o soap*

racchiude la tendenza tipicamente televisiva ad imitare la liturgia processuale nonché i suoi tempi e i suoi modi, descrive alcune distorsive pratiche mediatiche tese a offrire «in forma spettacolare vere e proprie ricostruzioni di vicende giudiziarie in corso, impossessandosi di schemi, riti e tesi tipicamente processuali che vengono riprodotti, peraltro, con i tempi, le modalità e il linguaggio propri del mezzo televisivo, i quali si sostituiscono a quelli, ben diversi, del procedimento giurisdizionale»²³. Questo fenomeno è, dunque, al giorno d'oggi sempre più lontano dal processo giurisdizionale e dalla cronaca giudiziaria intesa correttamente ed è foriero di nocivi e temibili effetti²⁴: ciò che viene mal tollerato dell'incedere della giurisdizione - ovvero fondamentalmente il tempo che è necessario per

opera - e, quindi, “offerte” al giudizio, in una sorta di agorà mediatica. I media – sono parole di un altro illustre penalista – “mettono in scena la realtà sulla base di criteri loro propri che non sempre e non necessariamente coincidono con quelli del sistema penale”, dando origine a distorsioni di carattere “quantitativo, qualitativo e contenutistico”: nella necessaria selettività della comunicazione mediatica, privilegiano, rispetto alla notizia-informazione, la notizia-racconto, dove predomina l'aspetto del mito, in cui non si narrano cose concrete accadute, bensì cose umane che possono accadere. Ne scaturisce una sorta di “circo mediatico giudiziario”, creatore di “pregiudizi”, in cui l'accertamento della responsabilità – in chiave colpevolista - è istantaneo ed il “mostro” è immediatamente messo alla gogna dai media e dall'opinione pubblica, ben prima - e a prescindere - dall'esito del processo penale. [...] Il processo mediatico non rappresenta dunque un'espressione del diritto all'informazione (nelle sue componenti di diritto ad informare, ad essere informati, ad accedere alle informazioni), ponendo semmai un problema di rapporti con il diritto alla libera manifestazione del pensiero».

²³ In tal senso cfr. Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, delibera 31 gennaio 2008, n. 13/08/CSP, *Atto di indirizzo sulle corrette modalità di rappresentazione dei procedimenti giudiziari nelle trasmissioni televisive*, in www.agcom.it, 7 febbraio 2008, § 1 del «considerato»; in tale documento si è consci del fatto che «si crea così un foro “mediatico” alternativo alla sede naturale del processo, dove [...] si assiste a una sorta di rappresentazione paraprocedurale che giunge a volte persino all'esame analitico e ricapitolativo del materiale probatorio, così da pervenire con l'immediatezza propria della comunicazione televisiva ad una sorta di convincimento pubblico in apparenza degno di fede sulla fondatezza o meno di una certa ipotesi accusatoria. Tanto più accreditato risulta tale convincimento, quanto più, nella percezione di massa, la comunicazione televisiva svolge una sorta di funzione di validazione della realtà». Cfr. anche R.M. SABELLI, *Giustizia e Società: L'orizzonte Possibile (Relazione Introduttiva al XXXI Congresso Nazionale Dell'Associazione Nazionale Magistrati)*, in *Foro it.*, 2013, vol. 136, 11, 338 che afferma che «accade sempre più spesso che l'inchiesta giornalistica su fatti di cronaca, considerati degni di interesse per l'opinione pubblica, si tramuti in un “processo mediatico”, parole che esprimono i guasti che un'eccessiva attenzione, se non una vera e propria pressione esercitata dai mezzi di comunicazione, possono provocare al sereno sviluppo delle indagini e al corretto svolgimento dei meccanismi processuali. Il dilagare dei “processi paralleli” in TV ha prodotto, tra gli altri, l'effetto distorto di una diffusa e crescente tendenza, da parte dell'opinione pubblica, a percepire alcune trasmissioni televisive come il luogo preferito per la ricerca delle prove e per la celebrazione di un processo più immediato e più diretto rispetto a quello che si svolge nelle aule di tribunale, appesantito da procedure formali, poco comprensibili al grande pubblico. Ne segue che, in quella sede, il ruolo di giudici, accusatori e difensori è svolto da conduttori televisivi, da giornalisti o comunque da soggetti estranei al mondo giudiziario, senza quelle garanzie che nella cultura giuridica del Paese rappresentano un caposaldo dello Stato di diritto. L'esigenza di ottenere sempre maggiore consenso (o piuttosto maggiore audience) ha trasformato tali “processi paralleli” in vere e proprie “fiction”, caratterizzate dalla spettacolarizzazione della vicenda processuale, da informazioni spesso parziali e unilaterali, e, talvolta, dalla violazione delle norme penali poste a tutela del segreto investigativo e delle regole deontologiche volte in primo luogo a tutelare la dignità della persona».

²⁴ Concorde sul punto B. CARFAGNA, *Processo mediatico e processo giuridico*, in L. DE CATALDO NEUBURGER (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, Padova, 2007, 303 secondo la quale «il processo mediatico ha oramai sempre meno punti di contatto con quello giuridico. Ed è divenuto nel tempo totalmente altro dalla cronaca giudiziaria. Comincia insieme alla notizia di reato e si consuma in tempi rapidissimi. Spesso, giunti alle prime fasi del processo vero e proprio, quello mediatico è già terminato, con la sua condanna o assoluzione e le conseguenze sociali e/o economiche che ne derivano. [...] La televisione è più di altri organi di informazione la sede deputata allo sviluppo del processo mediatico».

acquisire prove, escutere testimoni e arrivare, da ultimo, alla decisione - è assente nel processo mediatico che è tutto incentrato su un'ottica di *hic et nunc*. L'opinione pubblica, infatti, si indigna e si ribella di fronte all'emissione di provvedimenti di proscioglimento o archiviazione che riguardano importanti vicende «manifestando sconcerto per la mancata punizione di coloro che i media hanno già additato come presunti colpevoli»²⁵; ciò che viene dunque a mancare è la credibilità e la fiducia del sistema giudiziario soltanto per il fatto che la decisione adottata è risultata impopolare, non già ad un attento vaglio su prove e fatti bensì su congetture, simpatie o altri parametri non propri del processo penale. L'effettivo nucleo di tale discrasia risiede nell'oggettiva distanza tra l'ipotesi d'accusa formulata dalla Procura della Repubblica (all'interno del processo giurisdizionale) e il pregiudizio mediatico immediatamente costruito nel processo, il più delle volte per confortare i cittadini e le loro esigenze securitarie: tale problematica viene poi acuita nel rapporto con la conclusione del processo che viene sovente messa in secondo piano, sebbene abbia esiti assolutori. Inoltre, se in teoria entrambi i processi – quello giurisdizionale e quello mediatico – condividono il medesimo fine, ovvero ricostruire un fatto passato nell'ottica di pervenire alla verità storica sullo stesso, in realtà sono assolutamente eterogenei²⁶.

Se il processo giurisdizionale ha un suo spazio e luogo previsto dalla legge, il processo mediatico non si celebra in un luogo prestabilito e stabile; il primo è costituito da passaggi previsti dalla legge, il secondo procede senza forme ben precise. Ancora, il processo giurisdizionale si esaurisce temporalmente (non si può, tendenzialmente, andare oltre l'epilogo del giudicato) mentre quello mediatico è caratterizzato dall'assenza di scansioni temporali; ciò è poi enfatizzato dalla circostanza per cui l'attenzione all'interno del primo

²⁵ Così G. CANZIO, *Un'efficace strategia comunicativa degli uffici giudiziari vs. il processo mediatico*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 12, 1537.

²⁶ Concorde, sul punto, L. FERRARELLA, *Il "giro della morte": il giornalismo giudiziario tra prassi e norme*, in *Diritto penale contemporaneo rivista trimestrale*, 3/2017, 4 in cui si legge «processo ordinario e processo mediatico hanno caratteri, regole, codici narrativi e ritmi ontologicamente diversi. [...] Il processo ordinario ha un luogo deputato, il processo mediatico è delocalizzato. Il processo ordinario ha un itinerario che è scandito da precise tappe processuali, quello mediatico non ha alcun ordine. Il processo ordinario ha un tempo, finisce in un giudicato e con un giudicato; il processo mediatico invece non finisce mai, come si sperimenta sempre più spesso in tante trasmissioni tv, e addirittura rimette in discussione decisioni che ormai sono definitive. Il processo ordinario ha una velocità da film, il processo mediatico è invece ingrandimento di fotogramma per fotogramma. Il processo ordinario seleziona i dati su cui fonda la propria decisione; il processo mediatico, al contrario, lavora in un modo bulimico, raccoglie qualunque conoscenza arrivi nel margine di percezione di un giornalista o di un microfono o di una telecamera. Il processo ordinario è fatto di regole di esclusione, è un ecosistema chiuso; il processo mediatico è invece un sistema aperto, fatto di regole di inclusione, dove non esistono testimoni falsi, dove non sono arginate le domande suggestive, dove vale tutto. Il processo ordinario ha un assetto accusatorio, il processo mediatico si risolve spesso in un'ottica inquisitoria. Il processo ordinario è presidiato o dovrebbe essere presidiato dalla logica, il processo mediatico è predominato dall'emotività, dall'intuizione, dall'apparente buon senso. L'uno esalta la complessità, l'altro la mortifica nella semplificazione se va bene, se va male nella banalizzazione».

dovrebbe essere tutta sul dibattimento, mentre nella celebrazione mediatica del processo il massimo interesse è volto alla fase delle indagini preliminari. Inoltre, il primo è celebrato da un organo tecnicamente competente e il secondo può esserlo da chiunque abbia a disposizione un programma televisivo in cui esprimersi. Il processo giurisdizionale, poi, ha alla base degli elementi di carattere giuridico su cui fondare la decisione mentre quello mediatico «raccolge in modo bulimico ogni dato di conoscenza che arrivi ad un microfono o ad una telecamera: non ci sono testi falsi, non ci sono domande vietate, tutto può essere utilizzato per maturare un convincimento»²⁷. Il processo celebrato secondo le regole sedimentate in una tradizione secolare, e previste anche a tutela dei diritti fondamentali della persona, è un sistema chiuso quando il processo mediatico è aperto e caratterizzato da concetti come l'emotività o il buon senso; «la logica dell'uno è una logica accusatoria, quella dell'altro, inquisitoria»²⁸, ed in tal senso si potrebbe affermare che il metodo di indagine su cui si basa l'indagine giudiziaria non è tanto quello del giurista, bensì quello dello storico che ha maggiore libertà di forme. Se uno è governato da meccanismi probabilistici, l'altro si basa sull'intuizione o l'apparenza; il cittadino, nell'uno, è affidato al giudizio dei soggetti investiti istituzionalmente del ruolo di amministrare la giustizia; nel secondo, al disprezzo della "folla" mediatica. Anche analizzando le modalità con cui nei due processi viene acquisito il sapere dei testimoni, è evidente tale profonda e incolmabile distanza: ciò che, infatti, viene vietato nel codice di procedura penale²⁹ nel processo mediatico avviene

²⁷ Così, acutamente, G. GIOSTRA, voce *Processo penale mediatico*, cit., 649.

²⁸ Cfr. G. GIOSTRA, voce *Processo penale mediatico*, cit., 649. Nel medesimo senso cfr. N. TRIGGIANI, *Verità, giustizia penale, Mass media e opinione pubblica*, cit., 570 che afferma «insomma, la logica del processo penale è una logica di tipo accusatorio, e la sentenza di condanna può essere emanata solo allorché la colpevolezza sia dimostrata "al di là di ogni ragionevole dubbio", secondo la formulazione dell'art. 533 comma 1 c.p.p., come modificata dall'art. 5 l. 20 febbraio 2006, n.46; la logica del processo mediatico è, invece, una logica di tipo inquisitorio, che non sembra lasciare alcun margine al dubbio».

²⁹ In particolare, si veda l'articolo 194 c.p.p. che, rubricato «Oggetto e limiti della testimonianza», recita «1. Il testimone è esaminato sui fatti che costituiscono oggetto di prova. Non può deporre sulla moralità dell'imputato, salvo che si tratti di fatti specifici, idonei a qualificarne la personalità in relazione al reato e alla pericolosità sociale. 2. L'esame può estendersi anche ai rapporti di parentela e di interesse che intercorrono tra il testimone e le parti o altri testimoni nonché alle circostanze il cui accertamento è necessario per valutarne la credibilità. La deposizione sui fatti che servono a definire la personalità della persona offesa dal reato è ammessa solo quando il fatto dell'imputato deve essere valutato in relazione al comportamento di quella persona. 3. Il testimone è esaminato su fatti determinati. Non può deporre sulle voci correnti nel pubblico né esprimere apprezzamenti personali salvo che sia impossibile scinderli dalla deposizione sui fatti». Cfr. anche l'articolo 497 c.p.p., riguardante gli atti preliminari all'esame dei testimoni, in base a quale «1. I testimoni sono esaminati l'uno dopo l'altro nell'ordine prescelto dalle parti che li hanno indicati. 2. Prima che l'esame abbia inizio, il presidente avverte il testimone dell'obbligo di dire la verità. Salvo che si tratti di persona minore degli anni quattordici, il presidente avverte altresì il testimone delle responsabilità previste dalla legge penale per i testimoni falsi o reticenti e lo invita a rendere la seguente dichiarazione: "Consapevole della responsabilità morale e giuridica che assumo con la mia deposizione, mi impegno a dire tutta la verità e a non nascondere nulla di quanto è a mia conoscenza". Lo invita quindi a fornire le proprie generalità. 2-bis. Gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria, anche appartenenti ad organismi di polizia esteri, i dipendenti dei servizi di informazione per la sicurezza, gli ausiliari, nonché le interposte persone, chiamati a deporre, in ogni stato e

praticamente sempre; il testimone, infatti, «non può deporre sulla moralità dell'imputato», «sulle voci correnti nel pubblico», e nemmeno «esprimere apprezzamenti personali» ma ciò è assolutamente frequente all'interno del processo mediatico. Inoltre, in base all'articolo 497 c.p.p., il dichiarante deve essere avvertito dell'obbligo di dire tutta la verità e delle conseguenze penali per i testimoni falsi o reticenti mentre nel processo mediatico la persona informata sui fatti non riceve i medesimi avvertimenti, e ritiene di dover fornire la risposta che la collettività si attende. Nel processo penale, poi, vi sono altre norme³⁰ in base alle quali sono, ad esempio, vietate le domande che «possono nuocere alla sincerità delle risposte» o che tendono a suggerirle (articolo 499 c.p.p.); mentre nel processo mediatico, «la validità delle domande, comunque formulate, si giudica soltanto in base alla capacità di tirar fuori presunte verità decisive, possibilmente clamorose»³¹. Inoltre, nel procedimento ordinario si può utilizzare la testimonianza indiretta solamente rispettando le condizioni di cui all'articolo 195 c.p.p. e, in base all'articolo 197 c.p.p., alcune persone non hanno la facoltà di testimoniare; nel processo mediatico, non vi è alcuna di queste previsioni volte a tutelare tali soggetti e la verità. Se nel processo penale, poi, i testimoni non hanno la possibilità di «comunicare con alcuna delle parti o con i difensori o consulenti tecnici, assistere agli esami degli altri o vedere o udire o essere altrimenti informati di ciò che si fa nell'aula di udienza» (art. 149 norme att. c.p.p.) nella creazione mediatica questi sono “esaminati” insieme o sono parte attiva di ciò che accade nel “foro mediatico”, che è quasi sempre uno spazio televisivo. La previsione per cui il giudice assicura che le domande siano pertinenti (art. 499 c.p.p.) non opera chiaramente nel processo mediatico «in cui le domande non pertinenti ai fatti e concernenti gli aspetti più anomali o scabrosi della personalità e della vita sociale dell'indiziato costituiscono il *core business* dell'intervista»³². L'importanza del vaglio del contraddittorio per la scelta delle dichiarazioni utilizzabili, rese innanzi ad ambo le parti e al

grado del procedimento, in ordine alle attività svolte sotto copertura ai sensi dell'articolo 9 della legge 16 marzo 2006, n. 146, e della legge 3 agosto 2007, n. 124, e successive modificazioni, invitati a fornire le proprie generalità, indicano quelle di copertura utilizzate nel corso delle attività medesime. 3. L'osservanza delle disposizioni del comma 2 è prescritta a pena di nullità».

³⁰ Il riferimento è all'articolo 499 c.p.p. secondo il quale «1. L'esame testimoniale si svolge mediante domande su fatti specifici. 2. Nel corso dell'esame sono vietate le domande che possono nuocere alla sincerità delle risposte. 3. Nell'esame condotto dalla parte che ha chiesto la citazione del testimone e da quella che ha un interesse comune sono vietate le domande che tendono a suggerire le risposte. 4. Il presidente cura che l'esame del testimone sia condotto senza ledere il rispetto della persona. 5. Il testimone può essere autorizzato dal presidente a consultare, in aiuto della memoria, documenti da lui redatti. 6. Durante l'esame, il presidente, anche di ufficio, interviene per assicurare la pertinenza delle domande, la genuinità delle risposte, la lealtà dell'esame e la correttezza delle contestazioni, ordinando, se occorre, l'esibizione del verbale nella parte in cui le dichiarazioni sono state utilizzate per le contestazioni».

³¹ In questi termini V. G. GIOSTRA, voce *Processo penale mediatico*, cit., 649.

³² Cfr. G. GIOSTRA, voce *Processo penale mediatico*, cit., 649.

giudice, è assente nel processo mediatico in cui acquisiscono fondamentale importanza interviste fatte al citofono o a persone di cui non si può agevolmente stabilire l'identità. Ancora, se nel primo la persona che conosce i fatti ha il dovere di presentarsi al fine di rendere testimonianza (con la "minaccia" dell'accompagnamento coattivo), nel processo mediatico, quest'ultima è presente spesso perché "invogliata" dalla presenza di un contributo di denaro. Dunque, «il processo mediatico è un "processo", parallelo a quello giurisdizionale, che si celebra non solo sulla stampa, ma soprattutto nei "salotti televisivi", dove magistrati, avvocati, criminologi, psichiatri, psicologi, medici legali, giornalisti, scrittori di libri gialli e opinionisti di varia formazione ed estrazione pronunziano spesso "sentenze" di condanna definitive a carico di una persona, magari appena iscritto nel registro degli indagati. [...] Quello mediatico è, insomma, un "processo" che spesso sconfinava nel *gossip* e la cui unica regola è quella dell'*audience* e dello *share*»³³. Il rischio che una tale patologica situazione può comportare è, ovviamente, quello di un "tribunale dell'opinione pubblica" che surroghe il ruolo istituzionale del giudice o che comunque lo condizioni pesantemente³⁴: coloro che ricevono tali informazioni, infatti, potrebbero essere confusi e potrebbe agevolmente accadere che l'utente, trovandosi di fronte ad una scelta tra i due fenomeni, sia orientato ad accogliere gli spunti provenienti dal processo mediatico³⁵.

³³ V., in questi termini, N. TRIGGIANI, *Verità, giustizia penale*, cit., 570.

³⁴ E ciò si può affermare anche a discapito di ciò che viene stabilito dalla sentenza della Corte di Cassazione, sez. III, 12 maggio 2015, n. 26395, Bacci, (riguardante la vicenda della comunità del Mugello "Il Forteto") secondo cui «il grigiore epistemico prodotto dalla grancassa mediatica» determinerebbe una immunizzazione del giudice: «il debordare non commendevole della cosiddetta giustizia spettacolo, il vedere pagine intere di giornali o intere puntate di *talk show* occupate da vicende giudiziarie ancora in corso, in cui si sviscerano tesi [...] talora fantasiose [...] con formazioni di innocentisti e di colpevolisti ha finito per diventare fenomeno talmente normale che nessuno ci fa più caso». Su tale pronuncia cfr. E. CATALANO, *Sulla presunta irrilevanza del clamore mediatico intorno a vicende giudiziarie*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2016, 2, 87 la quale, in disaccordo con la pronuncia, afferma «sul piano probatorio, la decisione sul caso del Forteto cristallizza la irrilevanza delle campagne di stampa in una sorta di presunzione giurisprudenziale che non ammette prova contraria». Inoltre, secondo l'Autrice, ciò che andrebbe messo in luce nelle argomentazioni della Corte di Cassazione è l'esistenza di un rapporto tra il giudice che resiste alle pressioni mediatiche e il ruolo dei mass e social media in una società democratica; e l'influenza sui magistrati, che può essere ancora attenuata dalla conoscenza tecnica del magistrato togato, è massima se si guarda ai giudici popolari. Infine, l'idea del grigiore epistemico portata avanti dalla Corte di Cassazione non ha né una giustificazione psicologica né sembra compatibile coi principi del giusto processo, anche in un'ottica internazionale.

³⁵ Cfr., nello stesso senso, G. GIOSTRA, *La giustizia penale*, cit., 10 secondo il quale «le macroscopiche differenze [...] non possono cancellare un dato di realtà: anche questi allestimenti paraprocedurali, anzi, soprattutto questi informano l'opinione pubblica nel senso etimologico del termine, cioè tendono a dare forma alle idee di chi ad essi assiste, modellandole secondo una certa impronta. [...] È innegabile, infatti, che, nonostante le differenze siderali tra l'informazione giudiziaria e il processo mediatico, non sempre l'utente riesce a distinguere i due fenomeni, e a coglierne i diversi significati, le diverse garanzie e il diverso grado di affidabilità. Ed anzi [...] è il processo ordinario – e quindi il suo prodotto, la sentenza – a risultare spesso meno comprensibili e meno "veri"». Si attesta sulle medesime posizioni anche E. AMODIO, *La retorica colpevolista della giustizia mediatica*, in https://www.camerepenali.it/cat/7272/%20la_retorica_colpevolista_della_giustizia_mediativa.html che afferma «è lo stereotipo del giudice con la corazza, insensibile ad ogni perturbazione esterna perché protetto dalla sua olimpica saggezza».

Ciò che, ulteriormente, risulta problematico è che quando nei salotti televisivi si ricostruisce – come avviene sovente – non direttamente il fatto, ma il rito, si è di fronte ad una “metarappresentazione” (una rappresentazione di una rappresentazione) «che dunque rischia di essere ancora più lontana dal fatto, giacché passa attraverso un infido filtro mediatico»³⁶. Guardando dal lato della persona sottoposta a procedimento penale, essa viene risucchiata in quello che è stato definito «circo mediatico giudiziario»³⁷, aggravato anche dalla circostanza per cui «l’esito colpevolista è quello che assicura l’*audience* più alta»³⁸ e dunque è abilmente “cavalcato” dai giornali: tra i soggetti che sono coinvolti da tale fenomeno, è probabilmente quella più colpita. Proseguendo l’analisi, è bene ricordare che in tale processo mediatico si è innanzi ad un mutamento della funzione della comunicazione, «che da informativa diviene formativa»³⁹: non si intende più semplicemente porre l’opinione pubblica al corrente di ciò che avviene nel processo penale, ma di convincere la stessa a prendere una decisione sul merito del processo, influenzandone il giudizio⁴⁰. Il processo mediatico, che è alternativa più rapida e (percepita come) più efficace al processo ordinario, sebbene non sia altro che una sua distorsione, potrà nel lungo periodo far venir meno la fiducia nella giustizia istituzionale, rischiando alla fine di mettere in pericolo le fondamenta medesime dell’ordinamento democratico.

Bisogna, dunque, tenere a mente che il processo celebrato nell’*agorà* mediatica, dove l’opinione pubblica si erge a giudice della controversia, «ha a che fare con la giustizia quanto un potere politico, che debba rispondere soltanto al popolo e ai sondaggi, senza mediazioni e contrappesi istituzionali, ha a che fare con la democrazia: cioè nulla, assolutamente nulla»⁴¹. Per concludere, dal momento che il processo istituzionale dovrebbe rivestire il ruolo di metodo meno imperfetto per raggiungere la verità che una collettività può darsi in un determinato momento storico, il ruolo del processo mediatico in questo contesto dovrebbe essere limitato a quello di un prodotto «ad alto impatto emotivo ed a basso titolo di

³⁶ In questo senso v. C. CONTI (a cura di), *Processo mediatico e processo penale.*, cit., 9.

³⁷ L’espressione, nota, è di D. SOULEZ-LAVRIERE, *Il circo mediatico-giudiziario*, trad. it. a cura di M. GIUSTOZZI, Liberilibri, Macerata, 1994.

³⁸ Così G.P. VOENA, *Processo pubblico e “mass media”*: il passato e il presente, in *Leg. pen.*, 19 ottobre 2020, 160.

³⁹ Così G. CANESCHI, *Processo penale mediatico e presunzione di innocenza: verso un’estensione della garanzia?* in *Arch. pen.*, 2021, 3, 4.

⁴⁰ Concorde anche G.P. VOENA, *Processo pubblico*, cit., 160 secondo il quale «sta qui il punto di non ritorno: da una prospettiva nobilitata dal rappresentare un modo, ancorché embrionale, di controllo del popolo sulla amministrazione della giustizia si è scivolati all’ambizione del popolo stesso a giudicare». L’Autore, poi, rileva il forte legame tra queste considerazioni e il populismo penale e politico: in tale ottica, «poiché nel mondo dello spettacolo non si esprimono dubbi ma si vendono certezze, è ben comprensibile che dai talk show la non presunzione di colpevolezza sia, nella forma, spesso omaggiata ma nella sostanza quasi sempre bandita».

⁴¹ Così, icasticamente, G. GIOSTRA, *Processo penale e mass media*, in *Criminalia*, 2007, 60.

credibilità. Le cose non stanno invece così: il processo mediatico esercita una deleteria influenza sulla giustizia ordinaria e, conseguenza democraticamente non meno grave, sulla fiducia che la collettività vi ripone»⁴².

2.1. Pubblicità “mediata” e pubblicità “immediata”: profili problematici

È d'uopo tenere bene a mente la distinzione, di fondamentale rilevanza, tra la pubblicità mediata e la pubblicità immediata, riferite entrambe alla conoscenza del processo penale: è duplice, infatti, la modalità con cui la popolazione può prendere cognizione dello stesso. In primo luogo, ciò può avvenire tramite il libero accesso del pubblico all'aula di udienza, con la possibilità per il *quisque de populo* di assistere personalmente alla celebrazione del dibattimento: è questa la pubblicità immediata, «senza dubbio la forma più semplice e tradizionale di libera fruizione dell'attività di udienza, e dunque di rimarcata trasparenza del processo [...] nei confronti del mondo esterno»⁴³. È utile rammentare che le norme che garantiscono la pubblicità mediata sono, all'interno del codice di rito, gli articoli 471 e 472 c.p.p.⁴⁴ che garantiscono l'apertura al pubblico delle udienze, salvo i casi in cui per una serie

⁴² In questo senso cfr. G. GIOSTRA, voce *Processo penale mediatico*, cit., 650.

⁴³ Così G. DI CHIARA, *Televisione e dibattimento penale*, in *Foro it.*, 1998, 6, 278.

⁴⁴ L'articolo 471 c.p.p. recita: «1. L'udienza è pubblica a pena di nullità. 2. Non sono ammessi nell'aula di udienza coloro che non hanno compiuto gli anni diciotto, le persone che sono sottoposte a misure di prevenzione e quelle che appaiono in stato di ubriachezza, di intossicazione o di squilibrio mentale. 3. Se alcuna di queste persone deve intervenire all'udienza come testimone, è fatta allontanare non appena la sua presenza non è più necessaria. 4. Non è consentita la presenza in udienza di persone armate, fatta eccezione per gli appartenenti alla forza pubblica, né di persone che portino oggetti atti a molestare. Le persone che turbano il regolare svolgimento dell'udienza sono espulse per ordine del presidente o, in sua assenza, del pubblico ministero, con divieto di assistere alle ulteriori attività processuali. 5. Per ragioni di ordine, il presidente può disporre, in casi eccezionali, che l'ammissione nell'aula di udienza sia limitata a un determinato numero di persone. 6. I provvedimenti menzionati nel presente articolo sono dati oralmente e senza formalità». In base all'articolo 472 c.p.p., invece, «1. Il giudice dispone che il dibattimento o alcuni atti di esso si svolgano a porte chiuse quando la pubblicità può nuocere al buon costume ovvero, se vi è richiesta dell'autorità competente, quando la pubblicità può comportare la diffusione di notizie da mantenere segrete nell'interesse dello Stato. 2. Su richiesta dell'interessato, il giudice dispone che si proceda a porte chiuse all'assunzione di prove che possono causare pregiudizio alla riservatezza dei testimoni ovvero delle parti private in ordine a fatti che non costituiscono oggetto dell'imputazione. Quando l'interessato è assente o estraneo al processo, il giudice provvede di ufficio. 3. Il giudice dispone altresì che il dibattimento o alcuni atti di esso si svolgano a porte chiuse quando la pubblicità può nuocere alla pubblica igiene, quando avvengono da parte del pubblico manifestazioni che turbano il regolare svolgimento delle udienze ovvero quando è necessario salvaguardare la sicurezza di testimoni o di imputati. 3-bis. Il dibattimento relativo ai delitti previsti dagli articoli 600 600 bis, 600 ter, 600 quinquies, 601, 602, 609 bis, 609 ter, e 609 octies, del codice penale si svolge a porte aperte; tuttavia, la persona offesa può chiedere che si proceda a porte chiuse anche solo per una parte di esso. Si procede sempre a porte chiuse quando la parte offesa è minorenni. In tali procedimenti non sono ammesse

di ragioni bisogna procedere a porte chiuse (o è preferibile che si proceda in questo modo). Tuttavia, oggi, la pubblicità immediata, quel modo di recarsi in udienza per constatare come viene esercitata la giurisdizione, è di «declinante attualità»⁴⁵, dal momento che sono i fatti raggiungono il soggetto e non più quest'ultimo che li «insegue».

In maniera sempre più significativa la pubblicità immediata viene sostituita dalla pubblicità mediata, sebbene tali due nozioni si riferiscano a circostanze completamente diverse⁴⁶. Il rapporto tra pubblicità mediata e immediata ha subito un cambiamento a seguito di alcune sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo⁴⁷ (e della Corte costituzionale⁴⁸) che hanno fatto aumentare l'attenzione sulla pubblicità delle udienze: si erano, dunque, aperti nuovi orizzonti per la pubblicità dei procedimenti in camera di consiglio. Tuttavia, non vi sono stati dei cambiamenti parimenti rilevanti nell'ottica sistematica e si è arrivati all'«inarrestabile declino, fino quasi alla scomparsa, della presenza del pubblico dalle aule di udienza»⁴⁹. La pubblicità mediata, dal canto suo, è di pari consistenza dal momento che è rispondente ad un interesse pubblico⁵⁰: se si parla di pubblicità mediata, si è nell'ambito dell'informazione sul processo ovvero la rappresentazione della maniera con cui si amministra la giustizia; essa è legata all'analisi della disciplina riguardante il segreto investigativo⁵¹, i divieti di pubblicazione degli atti del procedimento penale e inoltre gli effetti di tale cronaca sul procedimento stesso. Il fenomeno dell'informazione sul processo è tutelato dal diritto all'informazione (e, dunque, alla cronaca giudiziaria) previsto

domande sulla vita privata o sulla sessualità della persona offesa se non sono necessarie alla ricostruzione del fatto. 4. Il giudice può disporre che avvenga a porte chiuse l'esame dei minorenni».

⁴⁵ Cfr. G. GIOSTRA, *Processo penale*, cit., 60.

⁴⁶ Secondo G. GIOSTRA, *Processo penale*, cit., 60 ciò si spiega «non foss'altro perché da cittadini scegliamo noi quali processi andare a seguire, partecipando alle udienze dibattimentali, mentre come lettori o telespettatori subiamo una selezione di quelli meritevoli di essere rappresentati; [...] si scelgono anche quali notizie di esse debbano essere date e con quali modalità rappresentative. Chi è in udienza decide se osservare il giudice, se fissare la sua attenzione sull'atteggiamento della persona offesa, se controllare particolarmente le reazioni emotive dell'imputato al momento di un confronto, se seguire con speciale cura una certa dichiarazione testimoniale o le delucidazioni offerte da un perito».

⁴⁷ Il riferimento è, in primo luogo, a Corte e.d.u., 13 novembre 2007, *Bocellari e Rizzo c. Italia*, che ritenne in contrasto con l'art. 6 § 1 Cedu lo svolgimento in camera di consiglio, con esclusione del pubblico, del procedimento di prevenzione: in tale pronuncia si affermò che la pubblicità del dibattito costituisce un principio fondamentale consacrato dall'art. 6 CEDU. Essa protegge i cittadini da una giustizia segreta che sfugge al controllo della collettività e rappresenta uno dei modi per contribuire a preservare la fiducia nei tribunali. Attraverso la trasparenza che conferisce all'amministrazione della giustizia, essa contribuisce a raggiungere lo scopo dell'art. 6 § 1: l'equo processo che figura tra i valori di ogni società democratica.

⁴⁸ Ci si intende riferire a sentenza Corte cost., 29 gennaio 1971, numero 12 in cui si è affermato che la pubblicità è coesistente ai principi ai quali, in un ordinamento democratico fondato sulla sovranità popolare, deve conformarsi l'amministrazione della giustizia che in quella sovranità trova fondamento.

⁴⁹ In questi termini, cfr. G.P. VOENA, *Processo pubblico*, cit., 156.

⁵⁰ In tal senso v. G. GIOSTRA, *La giustizia penale*, cit., 8 che aggiunge, «riferire come viene resa giustizia è un valore di rilievo pubblico a prescindere dai fatti "incorporati" nell'atto giudiziario».

⁵¹ Per il quale v. *infra*, § 4.

all'articolo 21 della Costituzione, e ritenuto di grande valore anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo: l'idea alla base, che discende dall'articolo 101 della Costituzione, è che il popolo ha il fondamentale diritto di sapere come viene amministrata la giustizia dai giudici in suo nome. L'informazione giudiziaria svolge un importantissimo ruolo di garanzia, rendendo possibile una «virtuosa circolarità democratica»⁵², con il potere legislativo che emana le leggi, i giudici che le applicano, i media che rendono noto alla collettività come viene resa giustizia e la collettività medesima che può, tramite i suoi rappresentanti, confermare o far venire meno la fiducia nelle scelte legislative di politica criminale. Tale meccanismo, che è dello stesso tenore per qualsiasi potestà promanante dallo Stato comunità, non è però così agevolmente trasponibile al modo di funzionamento del processo penale: riflettendo sulla *ratio essendi* di quest'ultimo, infatti, bisogna constatare che il processo penale nasce al fine di superare l'*impasse* di ogni collettività organizzata, ovvero di giudicare i comportamenti che si pongono in contrasto con la convivenza civile e – come si accennava in precedenza – l'impossibilità di conoscere la verità⁵³. Proprio da qui discende la necessità che la popolazione possa avere contezza di come viene amministrata la giustizia e viene, di conseguenza, in rilievo il centrale ruolo dei media nel fornire tale conoscenza. Volendo individuare, poi, la principale differenza tra i due modelli di pubblicità citati, bisogna affermare che soltanto la pubblicità mediata è interattiva nel senso che il semplice fatto di assistere ad un processo non produce effetti sulle modalità con cui si svolge, mentre il modo di rappresentare l'amministrazione della giustizia è «condizionato e condizionante rispetto all'oggetto rappresentato»⁵⁴ (soprattutto, se si pensa al fenomeno del processo mediatico).

Bisogna, comunque, affermare che neppure la pubblicità mediata ha suscitato l'interesse che sembrava meritare dopo il varo del codice di procedura penale del 1988: infatti, l'informazione giudiziaria attuale si basa sull'esposizione sommaria e non analitica dei dibattimenti, a differenza del passato quando si riportavano praticamente – ad esempio - per intero le dichiarazioni rese dai testi; di fondamentale spessore, quando si discorre di tale fenomeno, è la norma di cui all'articolo 147 disp. att. c.p.p.⁵⁵ la quale affida al giudice il

⁵² G. GIOSTRA, *Riflessi della rappresentazione mediatica sulla giustizia "reale" e sulla giustizia "percepita"*, in *La Legislazione penale*, 2018, 9, 1.

⁵³ Per considerazioni analoghe cfr. G. DI CHIARA, *Televisione e dibattito*, cit. 277.

⁵⁴ In questi termini G. GIOSTRA, *Processo penale*, cit., 61.

⁵⁵ Tale norma recita: «1. Ai fini dell'esercizio del diritto di cronaca, il giudice con ordinanza, se le parti consentono, può autorizzare in tutto o in parte la ripresa fotografica, fonografica o audiovisiva ovvero la trasmissione radiofonica o televisiva del dibattimento, purché non ne derivi pregiudizio al sereno e regolare svolgimento dell'udienza o alla decisione. 2. L'autorizzazione può essere data anche senza il consenso delle parti quando sussiste un interesse sociale particolarmente rilevante alla conoscenza del dibattimento. 3. Anche quando autorizza la ripresa o la trasmissione a norma dei commi 1 e 2, il presidente vieta la ripresa delle immagini di parti, testimoni, periti, consulenti tecnici, interpreti e di ogni altro soggetto che deve essere

potere di bilanciare gli interessi in gioco e permette l'uso del mezzo audiovisivo «purché non ne derivi pregiudizio al sereno e regolare svolgimento dell'udienza o alla decisione». Sebbene vi sia ormai una diffusa abitudine alla presenza di tali imponenti apparecchiature nelle aule, che comunque sono in grado di produrre degli effetti⁵⁶, l'insuccesso della pubblicità mediata deriva dalla «modesta appetibilità mediatica delle udienze»⁵⁷; i dibattimenti, infatti, sono appesantiti da lunghe discussioni che risultano poco intelligibili dato che gli atti processuali rimangono ignoti agli spettatori e sono appesantiti da complessi esami e controesami testimoniali, con dovizia di documenti, prove scientifiche e stralci di intercettazioni. In breve, la trasmissione dei dibattimenti penali, essendo poco seguita dai telespettatori, diviene economicamente poco “attraente” e così le emittenti non la mandano in onda; si perde, però, così la possibilità di conseguire degli obiettivi fondamentali quali quello di garantire l'uguaglianza nell'accesso alle fonti di tutti gli operatori dell'informazione, di fornire una buona immagine degli apparati dell'amministrazione della giustizia e in generale di garantire una maggiore conoscibilità e comprensibilità di meccanismi e regole processuali. E la ragione di tale declino va ricercata nella notissima problematica dell'allungamento dei tempi processuali, soprattutto di quelli con cui viene instaurata la fase del giudizio; infatti, un dibattito che si celebra vari anni dopo la fase delle indagini preliminari inficia su principi fondamentali quali l'oralità e l'immediatezza ma anche sull'efficacia della pubblicità «perché l'interesse si è nel frattempo affievolito, se non del tutto scemato, attorno a quella vicenda giudiziaria»⁵⁸.

presente, se i medesimi non vi consentono o la legge ne fa divieto. 4. Non possono in ogni caso essere autorizzate le riprese o le trasmissioni dei dibattimenti che si svolgono a porte chiuse a norma dell'articolo 472 commi 1, 2 e 4 del codice».

⁵⁶ Cfr., in tal senso, P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, 21ª ed., Giuffrè, 2020 secondo il quale «in realtà, la presenza delle telecamere in aula è sempre idonea a recare [...] pregiudizio. Da un lato, la mera presenza materiale delle attrezzature e degli operatori disturba le attività processuali. Da un altro lato, le riprese e le trasmissioni provocano risvolti psicologici su tutti i soggetti che partecipano al dibattito, poiché costoro curano più il modo in cui saranno visti, che non l'accuratezza di quanto sono chiamati a compiere».

⁵⁷ Così G.P. VOENA, *Processo pubblico*, cit., 157.

⁵⁸ In tal senso, cfr. G.P. VOENA, *Processo pubblico*, cit., 157.

2.2. Il tono “colpevolista” dell’informazione giudiziaria

Il fenomeno della copertura mediatica del processo, percepito come centrale nelle società democratiche contemporanee, è reso ancor più problematico dal tono che viene assunto dall’informazione giudiziaria, cioè dal modo in cui la popolazione conduce i suoi giudizi anticipati: questi ultimi, infatti, nella maggior parte dei casi sono di colpevolezza, di condanna e per tale ragione è opportuno discorrere di tono tendenzialmente “colpevolista” dell’informazione sul processo penale⁵⁹. Bisogna, preliminarmente, notare che il modo in cui viene veicolata l’informazione giudiziaria può essere vario, dal momento che si può avere, sia in relazione ai titoli che al contenuto degli articoli, un’impronta colpevolista con cui si intende sollecitare nel lettore l’anticipazione della responsabilità della persona indagata o imputata; un’impronta neutra, che appunto non si sbilancia né in un senso né nell’altro, e in cui vi è un’esposizione imparziale, asettica; o ancora innocentista, cioè che sollecita nel lettore l’idea che l’indagato o l’imputato è completamente estraneo ai fatti. Operata questa breve ricostruzione, bisogna constatare che in Italia, che sembra essere dal punto di vista mediatico «l’isola dell’ingiusto processo»⁶⁰, l’opinione pubblica ritiene di essere immune dal perturbamento derivante da un “overdose” di informazione giudiziaria come se fosse chiusa nel guscio di una totale impassibilità quando invece è appunto parte di uno dei Paesi in cui più forti si avvertono tali problematiche.

Il resto d’Europa segue le regole dettate dalla Corte Europea dei diritti dell’uomo inerenti all’articolo 6 CEDU sull’imparzialità dei tribunali, in base alle quali i giornalisti non possono fare dichiarazioni atte a ridurre le *chances* di una persona di beneficiare di un processo equo e a diminuire la fiducia dei cittadini nell’amministrazione della giustizia⁶¹. Anche negli ordinamenti di *common law* (come in Inghilterra) prevale l’idea della presunzione di offensività derivante dalla mera pubblicazione di notizie rilevanti per il processo penale, sulla scorta della disciplina del *contempt of court*, mentre negli Stati Uniti è necessario accertare l’effetto lesivo delle notizie divulgate in concreto, sebbene comunque

⁵⁹ Tale affermazione è corroborata dallo studio, curato dall’Osservatorio sull’informazione giudiziaria dell’Unione Camere Penali Italiane, AA. VV., *L’informazione giudiziaria in Italia. Libro bianco sui rapporti tra mezzi di comunicazione e processo penale*, Pisa, 2016, 75 in cui si legge «larga parte dei titoli (spesso, ormai, redatti dai giornalisti, poiché va scomparendo la figura del “titolista”) ha impronta colpevolista, e cioè diretta a presentare come già raggiunta la verità fin dal momento delle prime fasi dell’indagine. Il contenuto degli articoli, poi, è fondato essenzialmente su fonti di carattere accusatorio (e questo nelle fasi iniziali del procedimento può essere fisiologico, anche se nulla impedirebbe di acquisire anche le voci dissonanti della difesa: circa il 70% degli articoli non riporta la difesa quale fonte di informazione), e comunque larga parte del contenuto è, ancora una volta, modellato sulle tesi d’accusa, siano esse oggetto di apprezzamento e consenso o di mera esposizione».

⁶⁰ Così E. AMODIO, *La retorica colpevolista*, cit.

⁶¹ Tali considerazioni sono state compiute da Corte e.d.u., sentenza 29 agosto 1997, *Worm c. Austria*.

prevalga l'idea che la pubblicità pregiudizievole prima del processo possa inficiare la *fairness* del processo penale. Anche da questa breve comparazione, è chiaro come non sia possibile accettare che solo in Italia il giudice si ponga al di sopra di tale stampa colpevolista e che l'opinione pubblica italiana legga i giornali o guardi la tv in maniera totalmente distaccata e senza subire influenze distorsive. «È proprio vero invece che nel nostro paese la giustizia mediatica ha assunto dimensioni e incisività tali da offrire uno scenario processuale alternativo a quello legale, capace di radicarsi profondamente nell'immaginario collettivo»⁶²; si pensi al modo in cui è cambiato l'agire comunicativo, sempre meno rispettoso di canoni quali quello dell'oggettività: «dalla cronaca al commento; dal commento alle ricostruzioni; dalle ricostruzioni alle inchieste parallele che si sovrappongono alle indagini della magistratura e nelle quali prevale lo spettacolo in ossequio alla tirannia dell'*audience*»⁶³. Il giornalismo giudiziario sta lentamente sostituendo la giustizia resa nei tribunali e lo sta facendo ribaltando i principi cardine del giusto processo tramite la «delocalizzazione»⁶⁴, ovvero la perdita di centralità del dibattito, surrogato dalla massima importanza alla fase delle indagini. Dunque, la giustizia mediatica si basa su imprecisioni conoscitive che assurgono, però, a verità indiscutibili le quali sono percepite come tali pur essendo invece meri risultati provvisori il più delle volte non utilizzabili in dibattito. È così che trionfa la retorica colpevolista, fomentata anche da indicazioni e comportamenti della pubblica accusa, la quale asseconda tale «perentorietà espressiva»⁶⁵ con l'obiettivo di attenuare l'ansia della popolazione provocata dalla commissione di fatti criminosi. La «deviazione del campo visivo»⁶⁶ e l'«artificiosa rappresentazione di congetture elevate a verità»⁶⁷ sono la base con cui principi quali la presunzione di innocenza vengono sviliti e ribaltati, per fare spazio alla retorica colpevolista. La stampa, dunque, rischia di vanificare l'alacre lavoro della magistratura sulla costruzione del quadro indiziario tramite dei titoli in cui si fa passare l'indagato per sicuro colpevole tramite video, stralci di intercettazioni o risultanze di prove scientifiche.

Proprio tale questione ha fatto dire alla Corte di Cassazione⁶⁸ «in una democrazia, a ciascuno il suo: agli inquirenti il compito di effettuare gli accertamenti, ai giudici il compito di verificarne la fondatezza, al giornalista il compito di darne notizia, nell'esercizio del diritto

⁶² Così E. AMODIO, *La retorica colpevolista*, cit.

⁶³ Cfr. E. AMODIO, *La retorica colpevolista*, cit.

⁶⁴ V. E. AMODIO, *La retorica colpevolista*, cit.

⁶⁵ In tal senso, v. E. AMODIO, *La retorica colpevolista*, cit.

⁶⁶ Così E. AMODIO, *La retorica colpevolista*, cit.

⁶⁷ Cfr. E. AMODIO, *La retorica colpevolista*, cit.

⁶⁸ Il riferimento è alla sentenza della Corte di Cassazione, sezione V, 1° febbraio 2011, numero 3674.

di informare, ma non di suggestionare, la collettività»; anche secondo la Corte di legittimità, dunque, è assolutamente da censurare la sovrapposizione dei ruoli tra gli “attori” sociali, nell’ottica di una sana informazione giudiziaria. È necessario, di più, sottolineare che talvolta è proprio la Procura o la Polizia giudiziaria a incentivare tali attività per conferire maggiore prestigio al proprio ufficio o a singoli personaggi⁶⁹. Stando così le cose, è però diffusa l’idea per cui i media semplicemente stravolgono l’“estetica” della giustizia penale, ma non vanno ad inficiare sul cuore pulsante della stessa: e tali conclusioni sono, come si diceva, condivise anche dalla Corte di Cassazione che ha “normalizzato” l’influenza mediatica della stampa sui processi penali. Per tali ragioni, vi sono una serie di indici che dovrebbero destare molta preoccupazione: la rapidità con cui i media sono pronti ad utilizzare a proprio favore i fatti di cronaca nera, con una narrazione di carattere colpevolista; l’esibizione, spesso eccessiva, dei risultati investigativi ottenuti dalle Procure della Repubblica, le quali ultime si fanno portatrici delle esigenze di giustizia (o spesso “vendetta”) dell’opinione pubblica (che non ha tempo e voglia di attendere un processo lungo e lontano, ma ha bisogno della rassicurazione derivante da affermazioni di colpevolezza); il modo con cui la popolazione predilige l’accertamento sommario, e assolutamente *contra legem*, che viene fatto sui giornali e svaluta il prodotto processuale. Tutte queste ragioni, per concludere, impongono una riflessione approfondita sullo stato attuale dell’informazione giudiziaria in Italia e sul modo in cui questa viene “accolta” dall’opinione pubblica.

⁶⁹ Assolutamente calzante è quanto riportato da V. A. STELLA, *Recepimento della direttiva europea sulla presunzione di innocenza: è davvero la fine dei processi mediatici?*, in *Giustizia Insieme*, 14 dicembre 2021 in merito alla vicenda dell’uccisione della giovane Yara Gambirasio: «è innegabile infatti che una fetta della magistratura e un’altra della polizia giudiziaria in questi anni si siano rese protagoniste di scomposte autocelebrazioni pubbliche attraverso reboanti conferenze stampa in pompa magna e mediante produzione audiovideo di materiali d’indagine a mo’ di fiction giudiziarie confezionate su misura per i media. Un esempio su tutti: il video confezionato dal Ris del furgone bianco di Massimo Bossetti, che continuava a girare intorno alla palestra di Yara Gambirasio il giorno della scomparsa della 13enne. Fu dato alla stampa prima del processo e descritto come una delle prove decisive della colpevolezza del muratore di Mapello ma poi ci fu un vero colpo di scena. Durante il processo di primo grado, il comandante del Ris ammise, incalzato da uno dei difensori di Bossetti, che in realtà era un montaggio di un unico *frame* del furgone dell’imputato con molti altri di diversa provenienza, usato solo a scopo mediatico e privo di qualsiasi rilevanza probatoria, tanto è vero che non fu inserito nel fascicolo. A tal proposito qualche mese fa il gip del Tribunale di Milano Fabrizio Filice ha archiviato, come chiesto dal PM, un procedimento penale per diffamazione, partito da una denuncia del comandante dei Ris, a carico di ben sedici giornalisti che avevano definito quel video “un filmato tarocco”, una “patacca”. Nelle sue motivazioni il gip è lapidario: “è quindi chiaro che la cronaca e la critica giornalistica, nel caso di specie, non solo si sono inserite su un fatto obiettivo, di indubbio interesse pubblicitario e certamente non frutto di loro invenzione o di artefatto, ma siano state anche mosse dal fondamentale principio della presunzione di innocenza dell’imputato che, in base alla direttiva UE n. 343 del 2016, oggetto di recente recepimento da parte dell’Italia, deve proteggere le persone indagate o imputate in procedimenti penali da sovraesposizione mediatiche deliberatamente volte a presentarli all’opinione pubblica come colpevoli prima dell’accertamento processuale definitivo”».

3. *Gli effetti del processo mediatico sui protagonisti del procedimento penale*

Sarà a tal punto chiaro che le dinamiche del processo mediatico esplicano i loro effetti su tutti coloro che sono coinvolti, direttamente o indirettamente, in una determinata vicenda giuridica e, a volte, anche sull'esito stesso del processo. Franco Cordero, nel suo manuale di procedura penale, scriveva – in merito a tale argomento - «l'effetto perturbante è *in re ipsa*; l'obiettivo influisce sugli attori; più o meno lo patiscono tutti; nelle teste labili, poi, scatena tempeste, dall'esplosione narcisistica al panico»⁷⁰. La dialettica giudiziaria in alcuni importanti processi, infatti, viene trasposta sui mass media e si va così a creare un contraddittorio non già rispettoso dei criteri previsti dal codice di procedura penale, ma un contraddittorio falso volto a convincere l'opinione pubblica e anche a condizionare, tramite questa via, la decisione del giudice; il contraddittorio, costruito in questi termini, pecca di correttezza ed equità dal momento che la parte più abile a districarsi nel “circo massmediatico” è presumibilmente quella che prevarrà. Sebbene le posizioni di accusa e difesa siano asimmetriche dal momento che l'accusa detiene un maggior numero di informazioni, ma deve rispettare canoni più stringenti di riservatezza mentre la difesa è nell'opposta situazione, talvolta accade che gli organi inquirenti debbano entrare in gioco nei mass media o di propria iniziativa o «di rimessa»⁷¹ per contrastare una scelta della difesa. In tal senso, è preoccupante l'influenza che tali dinamiche esercitano sulle Procure della Repubblica, dal momento che, in determinate vicende, alcuni organi inquirenti tendono a far sì che i risultati più significativi di un'indagine ottengano ampia copertura mediatica; e fanno ciò «corredandoli con una tale dovizia di documenti, di interviste, di perentorie valutazioni, di riproduzioni di intercettazioni, da conferire ad essi il crisma della evidenza e della inoppugnabilità»⁷². Il modo in cui l'accusa può inserirsi in tali meccanismi è vario: possono essere rilasciate interviste, indette conferenze stampa⁷³, e tutto ciò è sempre «più o meno

⁷⁰ Così F. CORDERO, *Procedura penale*, III edizione, Milano, 1995, 792.

⁷¹ In questi termini cfr. G. GIOSTRA, *Processo penale*, cit., 64.

⁷² In questi termini cfr. G. GIOSTRA, *I processi mediatici insidiano il ruolo della magistratura*, *Il Corriere della Sera*, 20 giugno 2021 secondo il quale, tra l'altro, tali condotte sono in palese contrasto con CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, *Linee-guida per l'organizzazione degli uffici giudiziari ai fini di una corretta informazione istituzionale*, delibera dell'11 luglio 2018 dato che queste impongono agli uffici inquirenti che l'accusa, nel suo contenuto, risulti «imparziale, equilibrata e misurata», garantendo «il rispetto della presunzione di non colpevolezza» ed evitando «ogni rappresentazione delle indagini idonea a determinare nel pubblico la convinzione della colpevolezza delle persone indagate», in modo che sia «rispettosa delle decisioni e del ruolo del giudice».

⁷³ Riguardo a questo strumento cfr. le osservazioni di E. BRUTI LIBERATI, *Prassi, disciplina e prospettive dell'informazione giudiziaria*, in *Diritto penale contemporaneo*, 12 gennaio 2018, 9 secondo il quale nelle conferenze stampa è presente il Procuratore, accompagnato sia dal Procuratore aggiunto che dai sostituti (e ciò in violazione del d.lgs. 106/2006): l'Autore parla di questo strumento come di un «difficile esercizio di equilibrio, ma la conferenza stampa ufficiale, spesso attuata in tempi brevissimi (se vuole essere efficace

consapevolmente proiettato a finalità di autolegittimazione del proprio operato ed è spesso foriero di distorsioni»⁷⁴.

A tal proposito, bisogna rammentare che la comunicazione da parte dell'autorità giudiziaria nei confronti degli organi di informazione è disciplinata specificamente dal decreto legislativo 20 febbraio 2006, numero 106 che all'articolo 5 - rubricato «Rapporti con gli organi di informazione» - in base al quale «1. Il procuratore della Repubblica mantiene personalmente, ovvero tramite un magistrato dell'ufficio appositamente delegato, i rapporti con gli organi di informazione. 2. Ogni informazione inerente alle attività della procura della Repubblica deve essere fornita attribuendola in modo impersonale all'ufficio ed escludendo ogni riferimento ai magistrati assegnatari del procedimento. 3. È fatto divieto ai magistrati della procura della repubblica di rilasciar dichiarazioni o fornire notizie agli organi di informazione circa l'attività giudiziaria dell'ufficio». Riguardo questa previsione normativa, è d'uopo rammentare brevemente⁷⁵ che il decreto legislativo 188/2021, in attuazione della direttiva europea in materia di presunzione di innocenza, ha modificato (tra le altre cose) anche tale articolo; nello specifico si è previsto che «al comma 1, dopo la parola “informazione”, sono inserite le seguenti: “esclusivamente tramite comunicati ufficiali oppure, nei casi di particolare rilevanza pubblica dei fatti, tramite conferenze stampa. La determinazione di procedere a conferenza stampa è assunta con atto motivato in ordine alle specifiche ragioni di pubblico interesse che la giustificano».

Inoltre, un tema spesso dibattuto è quello inerente alla creazione di un Ufficio stampa negli uffici giudiziari e, in particolare, nelle Procure: tale innovazione dovrebbe garantire l'uniformità e la correttezza dell'informazione giudiziaria ma, nella prassi, la comunicazione delle vicende passa dal magistrato che si occupa di una certa indagine e ne conosce meglio i risvolti, ed è accaduto, a volte, che alcune dichiarazioni discusse sono state fornite proprio dai capi degli uffici che pure dovrebbero *in primis* curare tali esternazioni. Tale questione,

rispetto ai tempi dei media), è l'unico strumento per veicolare le informazioni essenziali, garantendo parità di accesso a tutti i giornalisti. Non a caso la conferenza stampa ufficiale non è amata dai Pm mediatici che preferiscono costruire e coltivare i loro canali privilegiati con i giornalisti (e anche con i fotografi che propongono come foto rubata una foto “posata”); non è amata neppure dai cronisti più intraprendenti che preferiscono muoversi più discretamente nel rapporto diretto con il Pm (e anche con polizia giudiziaria, cancellieri, avvocati)». La scelta di indire la conferenza stampa è rimessa al Procuratore che spesso se ne avvale la mattina stessa dell'esecuzione di misure cautelari negli uffici della Procura, con la presenza del Procuratore aggiunto, del sostituto e anche delle autorità di polizia che hanno proceduto alle indagini e agli arresti. Ciò è servito per fornire a tutti i giornalisti, a parità di condizioni, le informazioni fondamentali sui soggetti attinti da misure cautelari e sulle loro imputazioni. Secondo l'opinione dell'Autore, questo «naturalmente è un esercizio difficile, ma può contribuire ad una informazione più corretta».

⁷⁴ V. G. GIOSTRA, *Processo penale*, cit., 64.

⁷⁵ Per considerazioni più approfondite cfr. §7.2 del Capitolo II.

comunque, non si è mai concretizzata data la mancanza di mezzi e strutture e dal momento che nessun ufficio di procura potrebbe avvalersi di un giornalista professionista ovvero utilizzare un magistrato solo per il ruolo di addetto stampa; la considerazione da tenere a mente è che i media dovrebbero attentamente vagliare ciò che viene comunicato dagli uffici requirenti e non “assorbire” ciò in maniera totalmente acritica: il giornalista deve sottoporre quella che è presentata come la “verità” ufficiale ad un esame critico. Inoltre vi è il rischio per cui tale modo di fare informazione giudiziaria possa insinuarsi nei meccanismi mentali dell’inquirente: in tal senso, in letteratura di parla di «*tunnel vision*», ovvero di incapacità di procedere ad una valutazione obiettiva su elementi disconfermativi della strada investigativa che si sta percorrendo; nei casi di maggior clamore, anche gli organi requirenti – spinti dal clamore mediatico delle vicende e dall’ansia di giustizia proveniente dalla popolazione - preferiscono seguire piste più semplici e affermare di avere già delle conclusioni anche ad indagini appena iniziate. Dall’altro lato, la difesa (di propria iniziativa o “di rimessa”) agisce in tale contesto quando è per la stessa agevole e vantaggioso: avendo vincoli meno stringenti nell’ambito comunicativo, essa intende delegittimare la costruzione dell’accusa valorizzando gli elementi a discarico e screditando quelli a carico del proprio assistito. In tale prospettiva, bisogna contrastare quello che «è un malvezzo, che si è registrato negli ultimi anni in Italia, per la verità soltanto da parte di alcuni avvocati, di screditare non già l’accusa, ma l’accusatore; di ricorrere a quelli che i retori medievali chiamavano *argumenta ad hominem*, cioè argomenti contro le persone, quando non si hanno *argumenta ad rem*, cioè argomenti sulle cose, sulle prove portate a sostegno di una determinata tesi»⁷⁶. È indubbio che gli avvocati hanno un diritto molto ampio di critica dell’amministrazione della giustizia, ma non possono varcare determinati limiti (ad esempio attaccando un determinato magistrato) perché il rischio che viene corso dall’intero sistema è quello di depotenziare la fiducia della popolazione nella giustizia, intesa in senso lato⁷⁷.

⁷⁶ Cfr. in questo senso G. GIOSTRA, *Processo penale*, cit., 65.

⁷⁷ Per una prospettiva sul ruolo dell’avvocato nelle dinamiche mediatiche cfr. L. D’AURIA, *La difesa penale davanti al nuovo modello processuale mediatico-popolare*, in *Foro ambr.*, 2004, 415 «pare dunque chiaro che sarebbe del tutto sterile la decisione defensionale di una totale, assoluta e preconcepita chiusura verso il modello processuale mediatico-popolare, come sarebbe antistorico lavorare per imbrigliare le novità in norme eccessivamente rigide e vincolanti; probabilmente la realtà di questo nuovo sistema non può che ricadere sulle scelte meditate e ponderate in relazione ai sistemi processuali tradizionali: vi sono procedimenti in cui è consigliabile una strategia d’attacco e altri in cui si richiede una difesa più attendista; vi sono assistiti che pretendono una difesa “silenziosa” e altri che necessitano ovvero prediligono una difesa più agguerrita. Alla stessa stregua della scelta tattica nel procedimento ordinario, anche questo sistema vuole scelte meditate, necessita di essere trattato esattamente come se fosse una fase della vicenda processuale tradizionale e quindi deve svincolarsi da scelte predeterminate. Oggi il difensore deve riflettere in termini di vera e propria strategia processuale, sia per ciò che attiene il procedimento tipico di accertamento del fatto, sia per ciò che attiene quello mediatico-popolare».

In relazione al giudice, poi, le preoccupazioni riguardano la sua possibilità di decidere serenamente senza essere condizionato dall'emersione di verità mediatiche: il magistrato dovrebbe essere, dal punto di vista professionale, imperturbabile e opporre la sua conoscenza agli elementi extraprocessuali che gli pervengono; se ciò, in primo luogo, è vero per i giudici togati, la situazione si complica per quelli non professionisti e inoltre le informazioni provenienti dai media sono organizzate in una «cornice di senso»⁷⁸, la quale contiene dei «facilitatori di valutazione»⁷⁹, i quali agiscono al momento della decisione. Ciò premesso, è comunque molto difficile poter capire, in termini quantitativi e qualitativi, quanto possa aver inciso tale fenomeno sulla scelta finale del giudice e conseguentemente adottare dei rimedi volti a limitare tale influenza; e per tale ragione, anche la Corte di cassazione – si accennava prima – ha adottato un *self-restraint* nelle decisioni sulle richieste di rimessione del processo in caso di significativa pressione mediatica al fine di evitare che il principio del giudice naturale preconstituito per legge venga oltremodo violato⁸⁰. Ciò però va inteso correttamente dal momento che è condivisibile affermare che la rimessione del processo non è il mezzo adatto per far fronte a tali fenomeni (che hanno portata nazionale, e non limitata ad un territorio specifico), ma bisogna evitare di pensare che il proliferare di tali fenomeni abbia portato ad una assuefazione dei giudici i quali, invece, si trovano in un turbinio di notizie e immagini che possono in qualche modo intaccare il suo processo decisionale. Dunque, in relazione all'attività del giudice, bisogna tenere a mente che la decisione del giudice non è affatto un'operazione di carattere matematico, «altrimenti potremmo tranquillamente essere sostituiti da un computer»⁸¹: è, invece, un'operazione complessa e per tale ragione anche un'assoluzione mediaticamente “scomoda” andrebbe accettata. Ancora, è assolutamente necessario che la decisione del giudice in ordine ad una determinata controversia – l'unica con tutti i crismi richiesti dalla legge – non diventi una delle «tante opinioni della dialettica massmediale»⁸² dal momento che è l'unica che è legata ad una assunzione di responsabilità; ciò è, però, a volte dimenticato dagli stessi magistrati, i quali criticano anche aspramente le decisioni dei colleghi e magari fanno ciò senza ben conoscere gli atti processuali. Ciò che accade è che «nel circuito massmediatico tutti diventano giudici»⁸³.

⁷⁸ Tale espressione è di G. GIOSTRA, voce *Processo penale mediatico*, cit., 650.

⁷⁹ Cfr. G. GIOSTRA, voce *Processo penale mediatico*, cit., 650.

⁸⁰ In questo senso v. G. GIOSTRA, voce *Processo penale mediatico*, cit., 650 secondo il quale ciò è vero «tanto più che, avendo sovente le vicende giudiziarie oggetto di attenzione giornalistica a risonanza nazionale, la loro traslazione territoriale non metterebbe il giudice al riparo da indebite influenze».

⁸¹ Così M. TERZI, *I processi in tv ormai rischiano di sostituire noi giudici*, in *Il Dubbio*, 30 gennaio 2018.

⁸² V. M. TERZI, *I processi*, cit.

⁸³ Cfr. M. TERZI, *I processi*, cit.

Vi sono, ancora, altre influenze che sono generate dal processo mediatico e nello specifico quelle – rilevanti e insidiose – sul ricordo delle persone informate sui fatti/testimoni, che può essere quasi manipolato da tali meccanismi. È stato accertato, infatti, dalla disciplina della psicologia della memoria che ciò che avviene tra il momento in cui si è percepito un fatto e il momento in cui vi è la sua rievocazione influenza la memoria: dunque, le suggestioni che si sono percepite andranno a costituire il «bagaglio mnestico»⁸⁴ del soggetto e interagiranno con gli elementi primariamente percepiti senza che lo stesso possa distinguere tra questi ultimi e ciò che è sopravvenuto. Accade infatti che le persone informate sui fatti, le quali sono in vari luoghi e in tempi diversi sottoposte a domande talvolta suggestive, ricordino non già i fatti di cui sono state effettivamente testimoni bensì il racconto dei fatti che è stato operato da loro stessi in un altro luogo e in un altro momento; e quest'ultimo sarà a sua volta inevitabilmente arricchito dalle influenze massmediatiche. Tale racconto, poi, che viene alimentato di volta in volta sarà sempre più solido e nitido ma contestualmente sempre più lontano da ciò che è stato percepito *ab initio*; e tale meccanismo diviene preoccupante quando il testimone viene totalmente coinvolto nel processo mediatico in cui ha a che fare con altre verità percepite come granitiche, rischiando così di subire una «subornazione mediatica»⁸⁵. E le modalità con cui avviene tale patologica influenza sono varie: il testimone può essere condizionato dal modo, insistente, con cui i giornalisti hanno ricostruito i fatti oppure dalle conclusioni che sono state raggiunte in un determinato programma televisivo che tende a creare le fazioni di innocentisti e colpevolisti. Tali condizionamenti, dunque, sono davvero preoccupanti dato che non vi sono dei rimedi che si possano opporre e che anche lo strumento fondamentale del processo penale, l'esame incrociato, si rileva un'arma spuntata; la subornazione mediatica, infatti, è più grave della subornazione vera e propria dal momento che in quest'ultimo caso il testimone si «tradirebbe» con omissioni, confusione o altri indici di insicurezza. Nella subornazione mediatica, invece, il testimone è certo di quello che afferma perché crede, erroneamente, che le sue affermazioni non possano essere mescolate indistintamente con del «materiale apocrifo»⁸⁶; in tale situazione, il contraddittorio è strumento poco utile dal momento che il materiale «falsificato» viene percepito come assolutamente vero e che potrebbe raggiungersi il risultato opposto di confermare l'elaborazione successiva del ricordo. Tali problematiche sfuggono alla legislazione di rito e, dunque, il giudice dovrebbe in questi casi assumere il

⁸⁴ In questi termini cfr. G. GIOSTRA, voce *Processo penale mediatico*, cit., 651.

⁸⁵ Cfr. G. GIOSTRA, voce *Processo penale mediatico*, cit., 651.

⁸⁶ In questi termini G. GIOSTRA, voce *Processo penale mediatico*, cit., 652.

gravoso ruolo di ravvisare la presenza di tali dinamiche e intervenire o escludendo l'utilizzabilità di certe dichiarazioni o selezionandone dei brani: è evidentemente un'operazione difficile e delicata che farebbe aumentare a dismisura la discrezionalità del giudice, ma che sarebbe forse opportuna in per evitare che quanto acquisito in dibattimento sia il mero risultato di ricordi influenzati dal circuito massmediatico. Tali dinamiche, bisogna aggiungere, sono assolutamente attuali e vive tanto che anche la giurisprudenza ha dovuto far fronte alle stesse: in un famoso caso "mediatico" la Corte di cassazione⁸⁷ ha concordato con la decisione del giudice di secondo grado di non procedere a rinnovare l'istruttoria dibattimentale tramite l'ascolto di due testimoni; secondo la Suprema Corte, infatti, le dichiarazioni degli stessi avevano perso i crismi della genuinità dato che la vicenda era stata oggetto di un'attenzione massmediatica enorme così da influenzare certamente il ricordo di tali soggetti, che non sarebbero stati in grado di distinguere quanto percepito da ciò che a questo si era unito nella loro memoria. Per tali ragioni è chiaro che se gli organi inquirenti acquisiscono tali dichiarazioni in un momento successivo all'influenza subita dai mass media, «quando avvicineranno la fonte, il patrimonio mnemonico della stessa avrà già incorporato tutte le suggestioni mediatiche post-evento, in particolare quelle provenienti da programmi televisivi paragiudiziari; [...] non sarà possibile "resettare" il ricordo: fatalmente gli elementi spuri entreranno nel procedimento e l'eventuale contraddittorio dibattimentale non servirà che a ribadirli»⁸⁸; e anche se tale condizionamento avvenisse dopo l'acquisizione delle informazioni in ambito di indagini, ma prima che il soggetto sia chiamato innanzi al giudice, ebbene il giudice, in base alla disciplina vigente, dovrebbe valutare la dichiarazione resa in dibattimento non potendo valorizzare la prima quand'anche avesse la motivata convinzione che le difformità siano dovute soltanto «all'inquinamento mediatico intercorso»⁸⁹.

⁸⁷ Cass., sez. V, 12 dicembre 2015, Stasi, in *Dir.pen. con.*, 29 giugno 2016.

⁸⁸ V., in questi termini, G. GIOSTRA, voce *Processo penale mediatico*, cit., 652.

⁸⁹ Così G. GIOSTRA, voce *Processo penale mediatico*, cit., 653 che in un'ottica *de iure condendo* ritiene che il legislatore «potrebbe tenere come meccanismo di riferimento quanto previsto dal comma 4 dell'art. 500 c.p.p. per il testimone "che è stato sottoposto a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità": consentire, cioè, di assumere la testimonianza e, ove emergano elementi tali da far presumere un forte condizionamento mediatico successivo alle dichiarazioni già rese, consentire l'acquisizione al fascicolo del dibattimento delle dichiarazioni precedentemente rese dal testimone, sempreché il condizionamento sia avvenuto *medio tempore*». Inoltre, l'Autore fa riferimento ad un'eventuale espansione nell'area applicativa dell'articolo 512 c.p.p. nel senso di fare rientrare nello stesso «il caso di sopravvenute interferenze mediatiche che impediscono, nella mente del testimone, la rievocazione del ricordo nella sua forma originaria e genuina»; è d'altro canto evidente quanto queste considerazioni, seppure acute, siano difficilmente perseguibili data l'immane difficoltà di provare l'esistenza del "danno mnemonico».

Sono, da ultimo, da considerare anche le distorsioni sull'intero sistema processuale penale: si è già detto che gli operatori dell'informazione sono "costretti" a concentrarsi sulle fasi iniziali del procedimento penale con gli atti d'indagine che assumono caratteri di definitività che non dovrebbero avere: si crea una confusione tra i piani distinti del procedimento penale e così si arriva all'idea per cui l'informazione di garanzia corrisponde ad un'imputazione oppure una misura cautelare restrittiva corrisponde all'esecuzione di pena. E se è risaputo che l'unica giustizia è quella istituzionale e l'unico accertamento da accogliere è quello contenuto in una sentenza emessa al termine di un giusto processo giurisdizionale, il problema deriva dalla giustizia "percepita". E tutto ciò crea significativi effetti distorsivi: gli istituti del processo sono usati come mezzi di prevenzione speciale; ma vi è un effetto preoccupante e di carattere generale: alla popolazione giunge «una doppia selezione delle vicende giudiziarie»⁹⁰, nel senso che vengono rappresentati solamente quei processi riguardo ai quali sono state fatte trapelare delle informazioni; tra questi processi «il giornalista opera una seconda selezione, stabilendo di quali parlare, come e per quanto tempo»⁹¹. La popolazione viene informata solo riguardo ad un numero irrisorio di processi effettivamente celebrati; beninteso, è fisiologico che ci possa essere una distanza tra giustizia *in books*, giustizia reale e giustizia rappresentata (cioè raccontata sui mezzi di informazione). Ma se tra la seconda e la terza vi è una discrasia così grande, è chiaro che i media alterano il funzionamento del circuito democratico: infatti, le richieste della collettività saranno basate non sulla giustizia reale ma su quella "percepita". Ed è questo un andazzo che non bisogna accettare passivamente: se è vero come è vero che la maggior parte dei magistrati svolge la propria attività in maniera assolutamente corretta ed equilibrata, allora rifarsi ad un'idea di protezione dell'amministrazione della giustizia non è ipotesi così peregrina; non sarebbe, d'altro canto, corretto addebitare all'intero ordine giudiziario le condotte opinabili tenute da alcuni esponenti e ciò non gioverebbe, tra l'altro, alla fiducia che il popolo dovrebbe avere nella giustizia come amministrata dai giudici e anzi spingerebbe lo stesso a cercare giustizia in altri "luoghi". «Proprio in un momento di diffusa sfiducia nell'amministrazione della giustizia, bisognerebbe - oltre che, certo, rimuovere i magistrati "infedeli" al proprio ruolo e "bonificare" i circuiti inquinanti - ribadire con forza le ragioni e le garanzie della funzione giurisdizionale»⁹².

⁹⁰ V. G. GIOSTRA, *Processo penale*, cit., 66.

⁹¹ In questo senso cfr. G. GIOSTRA, *Processo penale*, cit., 66.

⁹² Così G. GIOSTRA, *I processi mediatici*, cit.

4. *Il sistema del segreto processuale*

Con l'espressione «segreto processuale» si intende il «complesso dei limiti normativi posti alla comunicabilità delle conoscenze relative al procedimento penale»⁹³, dei limiti di carattere cognitivo che sono previsti a tutela di vari interessi. All'interno del “segreto”, si distingue tra la segretezza “interna” e segretezza “esterna”. Dal momento che nel sistema attuale il divieto di pubblicazione di atti persegue varie e disparate finalità, è chiaro il motivo per cui non vi sia una perfetta coincidenza tra il regime del segreto processuale e quello riguardante il divieto di pubblicazione degli atti coperti da segreto «nel senso che, se è vero che gli atti coperti dal segreto non possono essere pubblicati - e non potrebbe essere diversamente -, è però altrettanto vero che gli atti non coperti, o non più coperti, da segreto non sono per ciò solo immediatamente divulgabili»⁹⁴. Dunque, i problemi inerenti all'informazione giudiziaria toccano da vicino gli argomenti del segreto processuale e della possibile divulgazione di atti del procedimento e richiedono l'esegesi di alcune norme del codice di procedura penale: il legislatore del 1988 ha fatto uno sforzo significativo nel contemperare i vari interessi in gioco, quali l'efficienza dell'attività di indagine, il diritto all'informazione, il diritto alla riservatezza ma anche la necessaria verginità cognitiva del giudice. E l'indagine su tali questioni parte anche dall'influenza che sulla creazione delle dinamiche di cui si è parlato nei precedenti paragrafi hanno avuto le scelte del legislatore nazionale sulla disciplina in materia di tutela del segreto; e verificare se tale disciplina possa essere migliorata onde attenuare le patologie di cui si è detto. Lo sforzo del legislatore è consistito nella previsione di una serie di divieti di pubblicazione variamente indirizzati a tutelare interessi di tipo processuale o extraprocessuale: tra gli interessi più importanti, vi è quello ad uno svolgimento efficace e proficuo dell'attività di indagine, a tutela del quale sono tra l'altro previste ipotesi di “segretazione” e “desegretazione” lasciate alla discrezionalità del Pubblico Ministero⁹⁵.

⁹³ In questo senso cfr. G. GIOSTRA, *Segreto: X) Segreto processuale (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur.*, Aggiornamento, 1998, 2.

⁹⁴ Cfr. N. TRIGGIANI, *Voce Segreto processuale e divieto di pubblicazione (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, vol. II, tomo I, Milano, Giuffrè, 2008, 1075.

⁹⁵ Cfr., però, N. TRIGGIANI, *Voce Segreto processuale*, cit., 1081 secondo cui «in dottrina, peraltro, non si è mancato di rilevare come i presupposti per l'esercizio del potere di “segretazione” e di “desegretazione” siano assai elastici, con il conseguente pericolo di abusi: pericolo che non risulta affatto scongiurato dalla prevista garanzia della motivazione, richiesta in entrambe le ipotesi. L'estrema discrezionalità del potere rende di fatto inefficace un sindacato sul suo esercizio; d'altronde, la motivazione di questi provvedimenti non risulta strumentale ad alcun tipo di controllo diverso da quello disciplinare, benché l'esercizio del potere di

Bisogna, come si anticipava, distinguere due aree normative che hanno funzioni diverse: la prima inerisce alla tutela del cd. segreto interno dell'indagine ed è volto semplicemente a garantire che la stessa sia portata efficacemente a termine; qui, dunque, non vengono in rilievo altri interessi da tutelare se non la funzionalità dell'attività segreta di indagine. La norma fondamentale in questo ambito è l'articolo 329 c.p.p.⁹⁶: in tale articolo del codice di rito è previsto che gli atti investigativi della P.G. e del P.M. non sono accessibili ad altre persone finché non sono conosciuti dall'imputato e/o dal suo difensore (e ciò può accadere, per gli atti garantiti di cui agli articoli 364 a 366 c.p.p., anche prima che l'indagine si chiuda). È questa la disciplina del segreto interno, appunto perché intrinseco all'indagine e che può essere opposto sia a tutte le parti dello stesso procedimento che agli altri soggetti pubblici (quali polizia, funzionari pubblici, magistrati), salvo ragioni di coordinamento tra le indagini; sono, chiaramente, presenti delle deroghe nell'ottica di salvaguardare la funzionalità dell'indagine: i commi 2 e 3 dell'art. 329 c.p.p. introducono eccezioni - di segno opposto - alla regola generale di cui al comma 1. Tali deroghe si basano sulle esigenze concrete delle indagini: in base al comma 2, è previsto il potere di "desegretazione", in deroga all'articolo 114, al fine di ottenere un contributo all'attività investigativa; il comma 3 disciplina, invece, la cosiddetta "segretazione" o protrazione del segreto: anche quando gli atti non sono più coperti dal segreto in base al comma 1, e dunque, sarebbero conoscibili, il pubblico ministero, in caso di «necessità per la prosecuzione delle indagini», può disporre, con decreto motivato: 1) l'obbligo del segreto per singoli atti, col consenso dell'indagato o quando - a prescindere dal consenso - la conoscenza dell'atto può ostacolare le indagini riguardanti altre persone; ovvero 2) il divieto di pubblicare il contenuto di singoli atti o notizie specifiche relative a determinate operazioni investigative. Anche qui è presente una deroga all'articolo 114 poiché gli atti di indagine non più coperti da segreto non saranno automaticamente pubblicabili in quanto tali, ma sarà ostensibile il loro contenuto. La *ratio*

segretazione vada a toccare il diritto della difesa sotto il profilo del "tempo" di conoscenza degli atti d'indagine e l'esercizio del potere di desegretazione possa comportare un pregiudizio alla riservatezza dei soggetti coinvolti».

⁹⁶ Tale norma, rubricata «Obbligo del segreto», prevede «1. Gli atti di indagine compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria, le richieste del pubblico ministero di autorizzazione al compimento di atti di indagine e gli atti del giudice che provvedono su tali richieste sono coperti dal segreto fino a quando l'imputato non ne possa avere conoscenza e, comunque, non oltre la chiusura delle indagini preliminari. 2. Quando è strettamente necessario per la prosecuzione delle indagini, il pubblico ministero può, in deroga a quanto previsto dall'articolo 114, consentire, con decreto motivato, la pubblicazione di singoli atti o di parti di essi. In tal caso, gli atti pubblicati sono depositati presso la segreteria del pubblico ministero. 3. 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: a) 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; b) il divieto di pubblicare il contenuto di singoli atti o notizie specifiche relative a determinate operazioni».

dell'intera previsione sta nella considerazione che la conoscenza dell'esito delle indagini potrebbe essere utilizzata da qualcuno per influenzare lo svolgimento delle medesime, ad esempio, tramite alterazione o creazione di elementi di prova. Considerato poi che l'interesse alla segretezza delle indagini deve necessariamente convivere con altri interessi di rilievo costituzionale (ad esempio, l'interesse dell'indagato a conoscere ciò di cui è accusato e di quali elementi di prova dispone la pubblica accusa), tale disciplina, sebbene nella prassi subisca delle deformazioni, sembra essere ragionevole anche considerando il criterio temporale utilizzato (ovvero, la conoscenza dell'atto in capo all'imputato), le deroghe previste e il potere discrezionale lasciato al pubblico ministero⁹⁷. In relazione ai rimedi previsti, sul piano processuale vige il divieto generale di cui all'articolo 114, comma 1 c.p.p. dal quale si evince che in relazioni agli atti coperti da segreto *ex art. 329* vige un divieto di pubblicazione assoluto perché non è possibile la pubblicazione totale, parziale o per riassunto ed è vietata anche la pubblicazione del contenuto: insomma, «degli atti coperti da segreto, stando alla lettera della legge, si può dare solo l'informazione del loro compimento»⁹⁸; sul piano sostanziale, invece, la fattispecie di riferimento è l'articolo 684 c.p. che è perfettamente coordinata con l'articolo 114, comma 1 c.p.p. dal momento che 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».

La seconda, fondamentale, area riguarda il segreto c.d. esterno e in tale ottica è d'uopo partire dall'analisi dell'articolo 114 c.p.p. – un articolo definito «alquanto labirintico»⁹⁹ da autorevole dottrina – che consta di 7 commi¹⁰⁰. Tale previsione normativa è rimasta, però,

⁹⁷ Concorde anche G. GIOSTRA, *Prima lezione sulla giustizia penale*, Laterza, Roma-Bari, 2020, 164 secondo il quale si tratta di «limiti sacrosanti, semmai troppo blandamente presidiati».

⁹⁸ Cfr. R. BARTOLI, *Tutela penale del segreto processuale e informazione: per un controllo democratico sul potere giudiziario*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, 60.

⁹⁹ F. CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, 2^a ed., Utet., Torino, 1992, 193.

¹⁰⁰ Tale articolo – rubricato «Divieto di pubblicazione di atti e di immagini» recita «1. 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. 2. 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, fatta eccezione per l'ordinanza indicata dall'articolo 292. 2-bis. È sempre vietata la pubblicazione, anche parziale, del contenuto delle intercettazioni non acquisite ai sensi degli articoli 268, 415 bis o 454. 3. Se si procede al dibattimento, non è consentita la pubblicazione, anche parziale, degli atti del fascicolo per il dibattimento, se non dopo la pronuncia della sentenza di primo grado, e di quelli del fascicolo del pubblico ministero, se non dopo la pronuncia della sentenza in grado di appello. È sempre consentita la pubblicazione degli atti utilizzati per le contestazioni. 4. È vietata la pubblicazione, anche parziale, degli atti del dibattimento celebrato a porte chiuse nei casi previsti dall'articolo 472 commi 1 e 2. In tali casi il giudice, sentite le parti, può disporre il divieto di pubblicazione anche degli atti o di parte degli atti utilizzati per le contestazioni. Il divieto di pubblicazione cessa comunque quando sono trascorsi i termini stabiliti dalla legge sugli archivi di Stato ovvero è trascorso il termine di dieci anni dalla sentenza irrevocabile e la pubblicazione è autorizzata dal ministro di grazia e giustizia. 5. Se non si procede al dibattimento, il giudice, sentite le parti, può disporre il divieto di pubblicazione di atti o di parte di atti quando la pubblicazione di essi può offendere

in alcune parti talvolta disapplicata dal momento che la prassi ha, poco alla volta, disatteso le norme sul segreto investigativo¹⁰¹. Tale «disposizione-contenitore»¹⁰² implica uno sforzo non indifferente di interpretazione: al comma 1 si sancisce una regola generale che è di agevole comprensione; si vieta, infatti, parzialmente o per riassunto e tramite qualsiasi mezzo di diffusione, di diffondere gli atti o il loro contenuto che sono coperti dal segreto interno. Le difficoltà esegetiche sorgono in relazione a quegli atti che non sono più “tutelati” dal segreto interno e che potrebbero essere, per tale ragione, diffusi: in realtà, qui si inserisce il segreto c.d. esterno degli atti processuali la cui *ratio* «non è più la funzionalità ed efficacia dell’indagine, ma altro: precisamente, la riservatezza dell’imputato e delle altre parti del processo, nonché [...] dei soggetti terzi che, pur non essendo parti, siano rimasti “coinvolti” a qualunque titolo nell’indagine stessa e vi compaiono»¹⁰³. Fondamentale, poi, soffermarsi sui commi 2, 3 e 7 che sembrano avvicinarsi in un complicato rapporti di regola/eccezione: in base al comma 2, vi è un divieto generalizzato di pubblicazione degli atti compiuti nella fase preliminare (per cui non vige il segreto interno) anche se accessibili alle parti; atti che in base all’articolo 116 c.p.p.¹⁰⁴ sono acquisibili da «chiunque vi abbia interesse» (dunque, ad esempio, anche da un giornalista). In base a queste combinazioni, gli atti non più segreti sono atti accessibili nel senso che possono essere consultati, copiati ma non possono essere pubblicati. Il comma 3, inoltre, limita questo divieto per quegli atti che sono stati collocati nel fascicolo del pubblico ministero, così che gli atti destinati al fascicolo del dibattimento

il buon costume o comportare la diffusione di notizie sulle quali la legge prescrive di mantenere il segreto nell’interesse dello Stato ovvero causare pregiudizio alla riservatezza dei testimoni o delle parti private. Si applica la disposizione dell’ultimo periodo del comma 4. 6. È vietata la pubblicazione delle generalità e dell’immagine dei minorenni testimoni, persone offese o danneggiati dal reato fino a quando non sono divenuti maggiorenni. Il tribunale per i minorenni, nell’interesse esclusivo del minorenne, o il minorenne che ha compiuto i sedici anni, può consentire la pubblicazione. È altresì vietata la pubblicazione di elementi che anche indirettamente possano comunque portare alla identificazione dei suddetti minorenni. 6-*bis*. È vietata la pubblicazione dell’immagine di persona privata della libertà personale ripresa mentre la stessa si trova sottoposta all’uso di manette ai polsi ovvero ad altro mezzo di coercizione fisica, salvo che la persona vi consenta. 7. È sempre consentita la pubblicazione del contenuto di atti non coperti dal segreto».

¹⁰¹ Cfr. in questo senso E. BRUTI LIBERATI, *Prassi, disciplina*, cit., 12 che, ritenendo irragionevole la distinzione tra “atto” non pubblicabile e “contenuto” dell’atto pubblicabile, parla delle conferenze stampa dei pubblici ministeri come momenti in cui si è in una «atmosfera piuttosto surreale»: alcuni giornalisti, infatti, hanno già copia della ordinanza del Gip e non sono interessati alla conferenza. «Il Procuratore e gli altri protagonisti della conferenza stampa parlano del contenuto del provvedimento, di cui però non è consentito il rilascio di copia».

¹⁰² Questa espressione è di P. GAETA, *Il problema della divulgazione*, cit.

¹⁰³ In questi termini cfr. P. GAETA, *Il problema della divulgazione*, cit.

¹⁰⁴ La norma recita «1. 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. 2. Sulla richiesta provvede il pubblico ministero o il giudice che procede al momento della presentazione della domanda ovvero, dopo la definizione del procedimento, il presidente del collegio o il giudice che ha emesso il provvedimento di archiviazione o la sentenza. 3. Il rilascio non fa venire meno il divieto di pubblicazione stabilito dall’articolo 114. 3-*bis*. Quando il difensore, anche a mezzo dei sostituti, presenta all’autorità giudiziaria atti o documenti, ha diritto al rilascio di attestazione dell’avvenuto deposito, anche in calce ad una copia».

divengono pubblicabili: l'interesse che si vuole qui tutelare è la verginità cognitiva del giudice del dibattimento, evitando che per via mediatica gli possa giungere ciò che non può conoscere per via processuale grazie al sistema del doppio fascicolo. Inoltre, vi è anche il comma 7 in base al quale «è sempre consentita la pubblicazione di atti non coperti da segreto» e che prevede, dunque, un'eccezione che sembra sostituire totalmente le regole dei commi precedenti in base ad una logica difficilmente intellegibile: «sembrerebbe essere di fronte ad un legislatore schizofrenico, il quale dapprima vieta la pubblicazione degli atti del procedimento non più secretati (sia pure limitatamente a quelli del pubblico ministero) e poi – *in cauda venenum*, nella parte finale – statuisce la loro pubblicabilità»¹⁰⁵. La ragionevolezza viene recuperata, però, se si considera che tale ultima previsione va intesa come una mitigazione dei divieti dei commi 2 e 3, nel senso che, il divieto di cui al comma 7 si riferisce al “contenuto” (o al riassunto) degli atti, mentre gli altri due commi si riferiscono agli processuali intesi materialmente. Dunque, «l'insieme dei tre commi qui considerati va inteso alla luce della distinzione fra “atto” (così come riprodotto nel relativo verbale) e “contenuto dell'atto”, così come raccontato, riassunto, parafrasato dall'autore della pubblicazione»¹⁰⁶.

Volendo analizzare le problematiche che caratterizzano tale previsione normativa, è sicuramente foriera di dubbi la possibilità prevista dall'articolo 116 c.p.p. – a vantaggio, potenzialmente, di un numero indeterminato di soggetti – di ottenere copie o estratti di atti processuali: sia l'assenza di un interesse processuale che l'estesa discrezionalità autorizzatoria in capo ai magistrati caratterizzano un'ampia disomogeneità nella prassi. Ciò che, però, crea i maggiori problemi è sicuramente la distinzione tra l'atto (non pubblicabile) e il contenuto dell'atto (pubblicabile) che costituisce il cuore della normativa: tale distinzione sembra peccare di semplicismo allorquando l'assunto di base è che il contenuto di un atto (parafrasato, riassunto) possa essere meno “forte” dell'atto nella sua integralità; cioè che «siano più “innocui” una perifrasi od uno spezzatino di contenuti quanto a “presa” sulla pubblica opinione, a possibilità di creare ondate collettive di opinione, a convincimenti popolari erronei sulla vicenda (di colpevolezza o di innocenza) altrettanto incidenti sulla serenità/imparzialità del giudice»¹⁰⁷. Ancora, oggetto del divieto sono soltanto quegli atti investigativi compiuti dal PM e non altri atti compiuti da altri soggetti che possono anche avere un contenuto più ricco o contenere (come le ordinanze cautelari) parti di atti che

¹⁰⁵ V. P. GAETA, *Il problema della divulgazione*, cit.

¹⁰⁶ Così R. ORLANDI, *La giustizia penale nel gioco di specchi dell'informazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, 55.

¹⁰⁷ Cfr. P. GAETA, *Il problema della divulgazione*, cit.

sarebbero colpiti dal divieto¹⁰⁸. E se tali patologie sono ravvisabili già a livello normativo, la prassi ne amplifica i lati negativi: si innestano, infatti, dei riprovevoli rapporti tramite i quali si sviano e superano i divieti imposti dalla legge; un giornalista, ad esempio, potrebbe chiedere alle parti o anche alla polizia giudiziaria di visionare un documento in loro possesso se ad esempio si è visto negare l'autorizzazione da parte del pubblico ministero; oppure, e ciò è ancora più preoccupante, un giornalista potrebbe eventualmente farsi "portavoce" dell'ufficio di accusa e così produrre qualcosa da pubblicare. In questo intreccio di rapporti, «che definire opaco appare eufemistico»¹⁰⁹, a prevalere (come avviene in tutte le dinamiche caratterizzanti il processo mediatico) è la parte meno corretta, più aggressiva o spregiudicata; mentre chi è riservato, onesto o coscienzioso in questo ambito è destinato a soccombere. La disciplina combinata dei vari articoli analizzati, completati dalle previsioni di parte sostanziale può essere così sintetizzata: ponendosi dall'ottica delle dinamiche sul segreto sugli atti, fin quando gli atti di indagine non sono conoscibili in base all'articolo 329, comma 1 (o pur essendo conoscibili o noti, sono stati segreti), è presente un assoluto divieto di divulgazione eventualmente punito dagli articoli 326 e 371*bis* codice penale; ed è presente anche, in base all'articolo 114 comma 1, un assoluto divieto di pubblicazione punito dall'articolo 684 c.p. Quando gli atti sono conoscibili (o noti), viene meno il segreto e il divieto di divulgare l'atto ma vi è sempre il divieto di pubblicazione non assoluto ma "relativo" in base all'interazione dei commi 2, 3, 7 dell'articolo 114, che è punibile in base all'articolo 684 c.p. Osservando, invece, dall'ottica dei comportamenti vietati dalla legge, il divieto di divulgazione ha ad oggetto solo gli atti coperti da segreto e quando viene meno quest'ultimo, cade anche il divieto (l'atto è conoscibile). Il divieto di pubblicazione riguarda sia gli atti segreti che quelli conoscibili ma il primo è assoluto e il secondo "relativo": ciò nonostante, eventuali illeciti sono puniti sempre dall'articolo 684 del codice penale.

¹⁰⁸ Concorde R. ORLANDI, *La giustizia penale*, cit., 56 secondo il quale «c'è poi un ulteriore fenomeno patologico che la pratica applicazione dell'art. 114 ha finito col favorire. Gli atti, la cui pubblicazione è vietata sono quelli di indagine e, più precisamente, quelli destinati a una possibile lettura nel futuribile dibattito. Restano pertanto esclusi atti diversi, quali, ad esempio, gli ordini di comparizione, e, quel che più conta, i provvedimenti a contenuto decisorio adottati nel corso della fase preliminare. È prassi frequente che nella motivazione di tali provvedimenti siano riversati atti o stralci di atti di indagine la cui pubblicazione, anche parziale, sarebbe vietata dal comma 2° dell'art. 114. Assistiamo così alla divulgazione – soprattutto tramite i siti web, dove la lunghezza del testo non è mai un problema – di chilometriche ordinanze cautelari che riportano fedelmente dichiarazioni rese da persone informate sui fatti o dialoghi intercettati. Una facile tecnica di aggiramento che fa leva sull'esclusione dei provvedimenti a contenuto decisorio (e relative motivazioni) dal novero degli atti riconducibili al citato art. 114. La lettera è salva, ma la ratio della norma o, più precisamente, del combinato fra i tre commi (2°, 3° e 7°), viene in buona sostanza tradita, col rendere facilmente accessibili al futuro giudice dibattimentale atti o parti di atti dei quali dovrebbe restare all'oscuro».

¹⁰⁹ Così P. GAETA, *Il problema della divulgazione*, cit.

Operata tale breve ricognizione, è necessario chiedersi se è possibile apporre rimedi a tali storture: ragionando *de iure condendo*, non sembra risolutiva la creazione di un'unica, pur autorevole, fonte di notizie ufficiale e "istituzionale" (quale l'istituzione di un ufficio stampa per le Procure) dato che è sempre necessaria la conoscenza e la consultazione degli atti processuali; neppure sembra bastevole la previsione di cui all'articolo 115 c.p.p.¹¹⁰ che prevede regole deontologiche per magistrati, avvocati e giornalisti. La proposta, fatta da più parti¹¹¹, è quella di riscrivere gli articoli 114 e 116 c.p.p. al fine di espungere i limiti alla disponibilità e pubblicabilità degli atti di indagine, una volta caduto il c.d. segreto interno: la proposta sarebbe quella di una *discovery* che è utile al giornalista il quale, venendo assimilato ad una parte del procedimento, dovrebbe rinunciare alla pretesa di informazioni immediate ottenendo però – sulla base di scadenze temporali fisse e vicine alle varie fasi di indagine – l'ammissione ad un accesso diretto e legittimo agli atti. Ciò che, in tal modo, si vuole ottenere è far cadere il segreto investigativo come «"segreto di Pulcinella"»¹¹²: cioè a dire, un segreto che non è in alcun modo tale all'interno di un sistema che non ha funzionato. Una proposta molto acuta, dunque, e innovativa ma che ha diviso gli studiosi: ciò che, infatti, suscita i maggiori dubbi concerne la tutela dei terzi ovvero di quelle persone "anonime" rispetto al procedimento penale ma che potrebbero – con tale regime di "liberalizzazione" – finire facilmente sui quotidiani (pur senza far parte dell'indagine) senza avere, peraltro, mezzi (professionali o processuali) per difendersi. Ed è questo un dubbio annoso che sembra

¹¹⁰ Tale disposizione prevede che «1. Salve le sanzioni previste dalla legge penale, la violazione del divieto di pubblicazione previsto dagli articoli 114 e 329 comma 3 lettera b) costituisce illecito disciplinare quando il fatto è commesso da impiegati dello Stato o di altri enti pubblici ovvero da persone esercenti una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione dello Stato. 2. Di ogni violazione del divieto di pubblicazione commessa dalle persone indicate nel comma 1 il pubblico ministero informa l'organo titolare del potere disciplinare».

¹¹¹ Cfr., da ultimo, L. FERRARELLA, *Il "giro della morte"*, cit., 9. Nello stesso senso cfr. R. ORLANDI, *La giustizia penale*, cit., 54 secondo il quale «sarebbe di gran lunga preferibile una regola che imponesse al magistrato penale di rilasciare a tutti gli interessati (inclusi i giornalisti) copia di atti coperti da segreto esterno. Ciò avrebbe quanto meno l'effetto di mettere i "lavoratori dell'informazione" in condizione di esercitare paritariamente il diritto di cronaca, evitando trattamenti di favore, umilianti questue o vane attese. Il libero accesso agli atti di indagine non più coperti da segreto interno esigerebbe – a mo' di opportuno contrappeso – l'accettazione di un decalogo da parte del giornalista circa l'uso corretto delle informazioni ottenute; un'assunzione di responsabilità che potrebbe trovare adeguata regolamentazione solo sul piano deontologico-disciplinare. L'economia dell'informazione è naturalmente portata a trasformare in merce le notizie di interesse pubblico: e i processi penali – non tutti, ma, certo, alcuni fra essi – forniscono dettagli succulenti per i lettori. Insomma, l'idea di consentire al giornalista libero accesso agli atti di indagine coperti da segretezza solo esterna è buona, perché semplifica i rapporti fra giustizia e informazione; è però rischiosa, perché – se non adeguatamente controbilanciata da effettive regole disciplinari o reputazionali – finisce col legittimare pratiche distorsive del corso della giustizia e, alla lunga, deleterie per la tenuta del sistema giudiziario. Ciò, magari, per affermare – consapevolmente o meno – privati interessi pronti a profittare di un'informazione giornalistica faziosa in grado di mettere in cattiva luce la giustizia penale presso la pubblica opinione».

¹¹² In questi termini cfr. L. FERRARELLA, *Cronaca giudiziaria: le alternative possibili al segreto di Pulcinella (considerazioni un po' provocatorie di un giornalista)*, in *Quest. Giust.*, 2006, 1, 22.

molto complesso da risolvere per via normativa e fa il paio con le perplessità che derivano dal ruolo che, in tale nuova prospettiva, potrà avere il giornalista che – per essere all’altezza di quest’eventuale opportunità – dovrà essere attrezzato professionalmente e corretto deontologicamente dato che viene in rilievo la dignità di tantissimi cittadini¹¹³. Tale proposta, per quanto discutibile, sarebbe utile a evitare «il Far West della notizia in base al quale il giornalista-sacerdote scrive tutto quello che sa perché è suo diritto-dovere e basta»¹¹⁴ e garantirebbe che le problematiche appena rilevate siano ricondotte in un sistema più sicuro e trasparente, senza correre il rischio che i diritti individuali siano lasciati alla mercè del singolo giornalista. Per concludere, è doveroso segnalare il nuovo comma *2bis* dell’articolo 114 c.p.p. secondo il quale «È sempre vietata la pubblicazione, anche parziale, del contenuto delle intercettazioni non acquisite ai sensi degli articoli 268, 415 *bis* o 454»: in un’ottica di maggiore tutela dei “terzi”, il legislatore ha dunque introdotto tale previsione, sebbene limitatamente ai procedimenti penali iscritti dopo il 31 agosto 2020.

¹¹³ In questo senso cfr. L. FERRARELLA, *Il “giro della morte”*, cit., 14 secondo il quale tale “antidoto” andrebbe vagliato in relazione a «cinque malattie» che affliggono la cronaca giudiziaria oggi: in primo luogo, «se tutti i giornalisti accedono lecitamente alle stesse carte, allora non ci sarà più privilegio possibile per nessuno, si spezzerà quel rapporto incestuoso tra magistrato e giornalista (ma in realtà, più in generale, tra singola fonte e giornalista) che da più parti viene temuto e giustamente criticato»; inoltre, «se tutti i giornalisti accedono in trasparenza alle stesse carte, allora il lettore non si gioverà della gara giornalistica tra chi è più introdotto con il PM, con l’avvocato, col cancelliere, col Gip, col poliziotto di turno, ma della competizione su chi è più bravo ad analizzare gli atti, a fare i collegamenti, a metterne in luce pecche e punti di forza, su chi è più profondo, più accurato, più bravo a scrivere. Terzo: si produrrebbe anche un effetto di ecologia professionale a beneficio dei lettori. Perché, se tutti hanno tutte le carte, tra i giornalisti non c’è più spazio per gli “inventori”». Ancora, «se tutte le carte sono trasparentemente sul tavolo, ne otterranno un beneficio anche gli operatori del diritto, liberati da quelle “campagne” che li accusano appunto di fare politica attraverso le indagini (se inquirenti) o le strategie difensive (se imputati o avvocati): non si potrà più credibilmente tacciare questa o quella iniziativa giudiziaria di essere rossa, nera, gialla o verde, perché appunto saranno a disposizione gli atti di quella specifica “puntata” della storia, e da essi si potrà verificare su cosa poggi o su cosa traballi quella certa iniziativa giudiziaria». Infine, «chi a parole teme la possibile invadenza delle proprietà dei mezzi di informazione sulla libertà e sull’indipendenza dei giornalisti, dovrebbe concordare sul fatto che questo sistema offrirebbe ai giornalisti un’arma di difesa in più».

¹¹⁴ In questi termini cfr. L. FERRARELLA, *Il “giro della morte”*, cit., 19.

5. *Mass media e giustizia: un “conflitto” inevitabile?*

È fondamentale affermare che l'informazione giudiziaria non è qualcosa che, semplicemente, «si giustappone *ab externo* all'amministrazione della giustizia»¹¹⁵, bensì è qualcosa di necessario per la vita democratica di un Paese: si è già detto della necessità che il popolo possa e debba sapere come la magistratura amministra la giustizia in suo nome e, contestualmente, del necessario ruolo dei mass media nel garantire questo diritto costituzionale. Infatti, «la giustizia senza il suo racconto mediatico sarebbe diversa»¹¹⁶: ciò detto, però, la necessità di questo strumento democratico deve essere attentamente controbilanciata dalle modalità con cui il “racconto” giudiziario viene fatto e da come lo stesso viene percepito dalla collettività. Bisogna, per questo motivo, assicurare che vi sia la pubblicità ma tutelarsi dalle distorsioni della stessa. Si deve premettere che l'informazione giudiziaria e la giustizia hanno modalità di espressione e tempistiche differenti: i media utilizzano un linguaggio piano, semplice, emozionale e diretto e puntano a creare stupore e sbalordimento; presentano dei dubbi o delle apparenze come delle certezze. La giustizia, invece, utilizza un linguaggio asettico, tecnico che ha alla base un ragionamento di matrice logica e giuridica e dunque risulta più distante e meno intellegibile all'utente. E, «sebbene il primo si esprima in genere con i verbi al condizionale, l'impressione dell'utente è che si tratti di una cautela di facciata per non esplicitare una verità ormai acquisita, ancorché formalmente ancora in corso di accertamento; mentre il secondo si esprime sì con i verbi all'indicativo, ma per enunciare “stazioni” di transito di un percorso ancora molto lungo e incerto»¹¹⁷. Si diceva, poi, che anche il tempo della giustizia differisce da quello della cronaca giudiziaria: l'informazione giudiziaria segue la scansione temporale ordinaria e misura la sua tempestività nell'ordine delle ore (o addirittura dei minuti) al fine di far correre meno tempo possibile tra l'accadimento dell'evento e la narrazione dello stesso; la giustizia deve seguire, invece, le fasi procedurali dalle indagini al dibattimento e misura la sua qualità «sulla capacità di assicurare la migliore ponderazione possibile nel passaggio dall'ipotesi di un evento al giudizio sulla sua fondatezza»¹¹⁸.

E tali differenze negli ultimi anni si sono fatte sempre più significative: i tempi processuali (quasi “geologici”) sono, infatti, sempre meno tollerati e si arriva così alla situazione paradossale per cui – complici varie ragioni, tra cui la presenza delle fondamentali

¹¹⁵ Cfr., in questi termini, G. GIOSTRA, *Riflessi della rappresentazione*, cit., 3.

¹¹⁶ V. G. GIOSTRA, *Riflessi della rappresentazione*, cit., 3.

¹¹⁷ Cfr. G. GIOSTRA, *Riflessi della rappresentazione*, cit., 4.

¹¹⁸ V. G. GIOSTRA, *Riflessi della rappresentazione*, cit., 4.

garanzie processuali, un uso sempre più incisivo del diritto penale, carenze nel personale amministrativo e giudiziario, la continua diatriba sulla prescrizione – il giudice arriva ad emettere la sua decisione anni dopo che i media (e anche il popolo) hanno già “deciso” una determinata controversia¹¹⁹. E se tali sono i caratteri della giustizia penale odierna, l’informazione invece si fa sempre più celere ed incalzante: la notizia è un prodotto che perde la sua importanza immediatamente dal momento che «l’odierna eclissa quella di ieri ed è eclissata da quella di domani; è una realtà effimera e ad altissima deteriorabilità»¹²⁰. L’attenzione dei media si concentra, al più, sui primissimi atti istruttori e si viene così a creare una significativa discrasia temporale tra il processo giurisdizionale e quello mediatico: il paradosso mediatico fa sì che gli atti di indagine svestano il loro ruolo di atti temporanei e meramente preparatori e acquistino quello di definitività e massima attendibilità; si viene così a creare uno spostamento del baricentro processuale del processo. Considerato anche che tramite la narrazione fatta dai media, gli stessi intendono ottenere il consenso sociale e una maggiore visibilità (e non sicuramente perseguire la verità processuale), le tappe intermedie del processo penale divengono più importanti e significative dell’atto finale dal momento che sono tutte potenzialmente vere, falsificabili e provvisorie: si vengono così a creare tante singole verità quanti sono i singoli atti di indagine, a scapito dell’ottenimento della verità definitiva. In quest’ottica, ad esempio, la “verità” di una misura cautelare (ontologicamente provvisoria) varrà di più dell’unica decisione che conta, ovvero quella contenuta in una sentenza anche definitiva: ne deriva che alla decisione si giungerà anche con l’apporto, variamente fornito, della popolazione. Anche a livello istituzionale queste distorsioni sono avvertite in maniera preoccupante: in un testo di notevole importanza¹²¹, è

¹¹⁹ Per considerazioni dello stesso tenore cfr. N. TRIGGIANI, *Verità, giustizia penale*, cit., 574 secondo il quale «il processo penale si caratterizza sempre più per la sua incapacità di dare risposte e per la sua esasperante lentezza. Se il processo penale si esaurisse in tempi ragionevoli, i mezzi di informazione dovrebbero fare i conti con l’esito del processo (la sentenza), ma così non è: com’è noto i dibattimenti vengono spesso celebrati anche a distanza di molti anni dal fatto di reato per il quale si sta procedendo». Dello stesso avviso anche G. GIOSTRA, voce *Processo penale mediatico*, cit., 654 secondo cui «è innegabile, infatti, che, nonostante le siderali differenze, non sempre l’utente riesce a distinguere i due fenomeni, e a coglierne i diversi significati, le diverse garanzie e il diverso grado di affidabilità. Ed anzi, quando li pone a confronto, è la dimensione formale del processo ordinario — e quindi del suo prodotto, la sentenza — a risultargli spesso meno comprensibile e meno “vera”. La sentenza del giudice, anche nel non frequente caso in cui sia presa in debita considerazione dagli organi di informazione, arriva quando il tribunale dell’opinione pubblica ha già emesso la sua e non serve a misurarne la fallacia o la fondatezza. Al contrario, ove si discosti dalla pronuncia mediatica viene guardata con diffidenza, come discutibile frutto di formalismi e regole che finiscono per allontanare dalla verità; ove invece ne ribadisca sostanzialmente il contenuto, viene percepita come la riprova che l’azione giudiziaria segue un percorso lento, farraginoso e antieconomico per raggiungere una verità molto più a portata di mano».

¹²⁰ In questi termini G. GIOSTRA, *Riflessi della rappresentazione*, cit., 4

¹²¹ Il riferimento è alla Delibera del 31 gennaio 2008, n. 13/08/CSP – *Atto di indirizzo sulle corrette modalità di rappresentazione dei procedimenti giudiziari nelle trasmissioni televisive*, in www.agcom.it, 7 febbraio 2008 della Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

evidenziato acutamente il rischio che «la sentenza, se conforme all'esito della rappresentazione televisiva, appaia nient'altro che la tardiva rimasticatura di quell'esito tempestivamente raggiunto e, se difforme, venga contaminata dal sospetto di una distorsione dal giusto esito che, per frange non trascurabili di pubblico, rimane quello del processo celebrato in TV, impressosi nella memoria dei telespettatori»¹²². L'influenza del fenomeno mediatico, poi, viene accentuata se si guarda al racconto di ciò che è connesso con l'accertamento dei reati: il processo tra giustizia e media è, infatti, «un processo osmotico multiforme, intessuto di relazioni aventi natura, significato ed effetti diversissimi»¹²³. Si può, per esempio, pensare alle interviste fatte alle persone vicine all'accusato o alla vittima, «ai filmati-highlights predisposti dagli organi di polizia, anche tramite un montaggio ad arte, per promuovere un'operazione investigativa»¹²⁴ o ancora le dichiarazioni fornite dalle parti processuali nei talk show o sui telegiornali, le ricostruzioni processuali operate in programmi di dubbia attendibilità giuridica. Si assiste ad un susseguirsi frenetico e vorticoso di immagini, dichiarazioni, filmati che non viene adeguatamente vagliato da un punto di vista critico: «il messaggio comunicativo riguardante la repressione dei reati si è ormai sfrangiato in un guazzabuglio mediatico, sovraccarico di notizie e infecondo di conoscenza, nel quale è persino difficile operare distinguo, essendo spesso comuni il mezzo di comunicazione, il lessico, i soggetti e i fatti»¹²⁵.

Se quella poc'anzi descritta è la desolante situazione odierna, non bisogna però accettare che la circostanza per cui l'informazione giudiziaria abbia un carattere il più delle volte scadente possa legittimare una carenza di credibilità nei meccanismi democratici: non bisogna, dunque, rinunciare all'importanza del ruolo che ricopre l'informazione giudiziaria soltanto per patologie che la caratterizzano¹²⁶. Il recupero di questa fiducia è al contempo necessario e difficile dal momento che si tratta di tutelare un diritto costituzionalmente garantito, ma contestualmente bisogna eradicare convinzioni molto forti dalla coscienza popolare. Un po' come avviene per le dinamiche politiche, anche per l'informazione è probabile che un prodotto buono, serio e consistente non prevalga su uno scadente dal

¹²² Cfr. Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, *Atto di indirizzo*, cit., § 4 del «considerato».

¹²³ In questi termini, v. G. GIOSTRA, *La giustizia penale*, cit., 8.

¹²⁴ V. G. GIOSTRA, *La giustizia penale*, cit., 8.

¹²⁵ In questi termini G. GIOSTRA, *La giustizia penale*, cit., 9.

¹²⁶ Secondo G. GIOSTRA, *La giustizia penale*, cit., 3 «sarebbe quindi costituzionalmente, politicamente e culturalmente inammissibile oscurare la cronaca giudiziaria». Concorde anche D. STASIO, *La spettacolarizzazione mediatica del processo penale*, in *Italianieuropei*, 2010, 1, 90 che, in relazione al «racconto» giudiziario, afferma icasticamente che «metterlo sotto silenzio sarebbe antidemocratico e anacronistico».

momento che il secondo è più immediato e ha maggior presa sulla popolazione. Bisogna, tuttavia, considerare che una sana e autorevole informazione giudiziaria darebbe nuovamente lustro anche alla giustizia, verso la quale tornerebbe a crescere la fiducia, la quale verrebbe raccontata in tutte le sue peculiarità e minuziosità dando anche conto della sua complessità; la fiducia della popolazione nell'attività del giudice è di importanza massima in uno Stato democratico, soprattutto in un periodo in cui, come quello attuale, i giudici molto spesso intervengono su questioni (etiche, economiche, religiose) estremamente delicate. E', dunque, essenziale che l'informazione giudiziaria sia strettamente ancorata ai fatti e che restituisca all'opinione pubblica non già una versione semplificata e spuria delle vicende giudiziarie, bensì la complessità del processo con i suoi riti e i suoi simboli affinché le dinamiche processuali siano comprese in maniera più precisa. L'accesso della popolazione alle questioni della giustizia, infatti, non è soltanto qualcosa di opportuno, ma di necessario dal momento che non sarebbe per nulla concepibile una giustizia segreta soprattutto in relazione alla repressione penale che è lo strumento più incisivo per il controllo della società. L'assenza di pubblicità della giustizia penale farebbe sprofondare il Paese in un baratro antidemocratico: tuttavia, si è detto, è necessario che l'informazione giudiziaria sia resa ad alto livello. È dunque necessario cambiare passo dal punto di vista culturale: se l'utente è conscio della provvisorietà di alcune informazioni e della precarietà dei dati processuali, se può confrontare con coscienza più organi di informazione, ciò andrà a costituire uno sprone per una informazione giudiziaria sempre più accurata. Quello che, in ogni caso, va tenuto a mente è che non è ipotesi da contemplare quella di restringere la libertà di stampa nella speranza di non condizionare in senso negativo l'opinione pubblica. «L'unico serio antidoto ad un'informazione inadeguata o, peggio, manipolatrice delle coscienze è un'informazione libera e plurale; è il pluralismo delle faziosità. Di questo infatti, tra tante incertezze, si deve essere profondamente convinti: i mali della libertà di stampa – e ce ne sono di seri – si curano soltanto per via omeopatica, con incrementi ulteriori della stessa libertà»¹²⁷.

¹²⁷ Così G. GIOSTRA, *Processo penale*, cit., 69.

5.1. *Un esempio di efficace comunicazione istituzionale*

Nell'ottica di normalizzare e migliorare i rapporti tra le vicende giudiziarie penali e il loro racconto da parte dei mass media, è opportuno parlare anche del ruolo che le istituzioni (e, nello specifico, gli uffici giudiziari) possono avere a questo scopo: è convinzione diffusa che bisogna implementare l'attività informativa di questi organi nei rapporti con i media, gli utenti e i cittadini dato che la loro comunicazione istituzionale, che sia sobria, trasparente e caratterizzata da oggettività può generare «un circuito virtuoso di regole di condotta e metodologiche»¹²⁸. L'atteggiamento che dovrebbero assumere gli uffici giudiziari dovrebbe essere ad un tempo «proattivo»¹²⁹, in relazione all'intero sistema della giustizia e ai singoli casi al fine di rendere comprensibile il *modus operandi* dell'ufficio, ma anche «reattivo»¹³⁰ così da contrastare quelle informazioni non vere o distorte che danneggiano l'indagine e i diritti delle persone coinvolte nella stessa.

A tal proposito, il Consiglio Superiore della Magistratura, con la delibera plenaria dell'11 luglio 2018, ha adottato le «Linee guida per l'organizzazione degli uffici giudiziari ai fini di una corretta comunicazione istituzionale»¹³¹, ed è dunque intervenuto al fine di dare

¹²⁸ In questi termini v. G. CANZIO, *Un'efficace strategia*, cit., 1538. Del medesimo avviso è anche D. STASIO, *Il dovere di comunicare dei magistrati: la sfida per recuperare fiducia nella giustizia*, *Questione giustizia*, 2018, 4, 213 secondo la quale «nell'epoca della comunicazione e contro il “cattivismo” diffuso che sembra connotare lo spirito dei tempi, diventa ancora più urgente un'etica della comunicazione. La magistratura deve farsi carico dell'aspettativa sociale di conoscere e di comprendere la complessità della giustizia».

¹²⁹ Cfr. G. CANZIO, *Un'efficace strategia*, cit., 1538 che riprende le parole delle Linee guida in cui si legge che «una delle idee-chiave consiste nell'incoraggiare lo sviluppo di un approccio proattivo e garantistico all'informazione, rispetto sia a specifici casi sia al funzionamento dell'intero sistema di giustizia, così da rendere comprensibili all'esterno il ruolo e le attività della giurisdizione, spiegando le ragioni del suo agire, gli obiettivi, le priorità. Complementare a tale approccio è la comunicazione reattiva, finalizzata cioè a correggere o smentire informazioni errate, false o distorte, che possono recare pregiudizio alle indagini, ai diritti delle persone coinvolte o all'immagine di imparzialità e correttezza del singolo magistrato, dell'ufficio giudiziario e, nei casi più gravi, della stessa funzione giudiziaria. Tale comunicazione reattiva si colloca nel medesimo orizzonte concettuale delle c.d. pratiche “a tutela” di competenza del CSM».

¹³⁰ Così G. CANZIO, *Un'efficace strategia*, cit., 1538 per cui vedasi la nota sopra.

¹³¹ CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, *Linee-guida per l'organizzazione degli uffici giudiziari ai fini di una corretta informazione istituzionale*, delibera dell'11 luglio 2018. Il Consiglio Superiore della Magistratura ha così presentato tale fondamentale atto: «la delibera dell'11 luglio 2018 muove dalla necessità di garantire nella maniera più ampia possibile la trasparenza e la comprensibilità dell'attività degli uffici giudiziari (valori che discendono dal carattere democratico dell'ordinamento), al fine di incrementare la fiducia dell'opinione pubblica e nel contempo la stessa indipendenza della magistratura. A ciò va aggiunta la necessità, sottolineata anche dalle fonti normative sovranazionali, di garantire ai media corretto accesso alle notizie. Per tali ragioni, il Consiglio ha elaborato delle linee guida per orientare i dirigenti degli uffici nella regolamentazione della comunicazione esterna, che si articola su due direttrici: l'informazione, che riguarda i rapporti con i media, e la comunicazione, che riguarda i rapporti con utenti e cittadini. Quest'ultima deve essere orientata alla semplificazione e comprensibilità di fatti e documenti. A tal fine, attraverso URP presso gli uffici, siti web, bilanci sociali, etc., si sono consolidate buone prassi idonee a consentire accessibilità e fruibilità dei servizi. Quanto, invece, al rapporto con i mezzi di comunicazione, si rende invece necessario un intervento consiliare più articolato, volto ad armonizzare le procedure dei diversi uffici giudiziari nella prospettiva dell'oggettività e della trasparenza. Punto di partenza è la constatazione che la comunicazione degli uffici giudiziari deve essere obiettiva e, laddove riguardi la presentazione del contenuto di un'accusa, essa deve essere imparziale, equilibrata e misurata. Vengono quindi date delle indicazioni di ordine generale, inerenti ai rapporti

delle direttrici in un settore così centrale, «nella ferma convinzione che i valori di trasparenza e comprensibilità della giurisdizione non confliggono con il carattere riservato, talora segreto, della funzione e che essi [...] aumentano la fiducia dei cittadini nella giustizia e nello Stato di diritto, rafforzano l'indipendenza della magistratura e, più in generale, l'autorevolezza delle istituzioni democratiche»¹³². La delibera del 2018 è costituita da una parte generale, contenente indicazioni comuni per tutti gli uffici giudiziari, e una parte speciale, che reca indicazioni basate sulle peculiarità dei singoli uffici – giudicanti e requirenti -, di merito e di legittimità che vanno attuate in vario modo; le quali ultime sono non fisse ma soggette ad eventuale aggiornamento sulla base di nuovi obiettivi, delle eventuali problematiche e così via.

Nella parte generale – dedicata a principi, diritti e doveri – si prevede che la comunicazione degli uffici giudiziari debba essere obiettiva: infatti, anche il modo con cui viene presentata l'accusa deve essere sobrio e imparziale così come il modo con cui si presenta la decisione. Bisogna, per tale ragione, evitare che vi sia una discriminazione tra diversi giornali o testate, o anche la presenza di canali di informazione privilegiati al fine di incentivare, invece, «la riflessione interna agli uffici giudiziari, mediante riunioni sia preparatorie dei momenti di comunicazione sia di valutazione degli effetti»¹³³. Inoltre, è necessario garantire che la comunicazione abbia ad oggetto informazioni di effettivo interesse pubblico. La parte generale, poi, è costituita da sezioni dedicate a procedure, contenuti e modalità stabilendo chi sono i soggetti incaricati della comunicazione e le modalità con cui questa si attua (come, ad esempio, le conferenze stampa) anche tramite il

con i mezzi di informazione; alle modalità e all'oggetto della comunicazione; alla necessità del rispetto della privacy e della dignità dei soggetti coinvolti nell'attività giudiziaria e dei diritti processuali (quali giusto processo, diritto di difesa, presunzione di non colpevolezza). Vengono quindi individuate le procedure, i contenuti e le tecniche di comunicazione. Quanto agli uffici requirenti, la delibera – ferme restando le prerogative del procuratore, anche in ordine all'individuazione delle modalità di comunicazione più efficaci - suggerisce la possibilità di nominare un responsabile per la comunicazione e di inserire nel progetto organizzativo previsioni inerenti alla delegabilità delle comunicazioni per determinati affari o settori, alla non delegabilità delle comunicazioni volte a correggere informazioni errate, ai canali informativi fra magistrati dell'ufficio e procuratore rispetto ai procedimenti di particolare rilevanza. Altre indicazioni riguardano: la non interferenza fra indagini e comunicazione esterna; le misure volte a tutelare dignità degli interessati, privacy e dati sensibili; il rispetto della presunzione di non colpevolezza; la necessità di instaurare rapporti paritari con tutti i mezzi di informazione, senza canali privilegiati; la necessità di evitare la personalizzazione delle informazioni o l'espressione di opinioni personali o giudizi di valore su persone o eventi; la comunicazione all'esterno dei documenti organizzativi. Infine, si ribadisce la necessità di una costante formazione professionale che investa i temi della comunicazione e della connessa deontologia. Quanto agli uffici giudicanti, viene prevista la delegabilità delle funzioni a un responsabile per la comunicazione. Dal punto di vista della procedura, l'iter viene attivato dal magistrato addetto allo spoglio o dal giudice titolare, che provvede a curare un *abstract* che illustri in maniera chiara e sintetica la decisione. Oggetto di comunicazione possono essere i procedimenti maggiormente rilevanti nonché gli atti organizzativi dell'ufficio».

¹³² V. G. CANZIO, *Un'efficace strategia*, cit., 1538.

¹³³ Così si legge nelle Linee Guida, cit., 5.

suggerimento di tecniche di linguaggio «semplici, chiare ed efficaci (come si scrive e si parla), in stretta coerenza con la consapevolezza etica, la trasparenza e la controllabilità della funzione giudiziaria»¹³⁴.

La II Parte, inoltre, prevede le linee-guida per l'organizzazione degli uffici giudiziari sia inquirenti che reagenti: sono previsti interventi organizzativi, da attuare con differenti strumenti per gli uni e per gli altri. Riguardo ai primi, potrà essere prevista la figura del responsabile per la comunicazione (dell'intera attività o di singole fasi) nella persona del capo dell'ufficio, il quale può delegare tale attività ad uno o più magistrati del suo ufficio; questi dovranno poi informare il primo delle attività più delicate, gravi o rilevanti. Riguardo ai rapporti con la stampa, gli uffici inquirenti si dovranno attenere a criteri quali la non interferenza dell'informazione con le investigazioni e l'esercizio dell'azione penale o il segreto delle indagini; la necessità di salvaguardare i diritti dei soggetti coinvolti nel procedimento nel dare le informazioni. Il rapporto coi media deve basarsi sul reciproco rispetto e sulla parità di trattamento; è necessario, pertanto, rispettare le decisioni del giudice e il suo ruolo. Il capo dell'ufficio sceglie anche le modalità con cui rapportarsi con la stampa tenendo conto delle esigenze di: tempestività, correttezza ed efficacia, parità di trattamento degli organi di informazione, responsabilità del vertice dell'ufficio e immagine della giurisdizione, massima possibile spersonalizzazione della comunicazione, riduzione del rischio di impropria influenza sul giudice e sul pubblico, tutela della dignità e dei diritti delle persone coinvolte nel procedimento. In relazione agli uffici giudicanti, invece, si prevede che nell'organizzazione degli uffici giudicanti di merito e di legittimità il capo dell'ufficio potrà delegare a un giudice le funzioni di responsabile per la comunicazione; se viene individuato un caso di maggior interesse, questo viene seguito in tutte le fasi processuali: il magistrato decidente predisporrà la notizia di decisione contestuale o immediatamente successiva alla deliberazione/decisione, che consisterà nell'illustrazione sintetica, con linguaggio semplice, chiaro e comprensibile, delle statuizioni decisorie e delle ragioni delle stesse con riferimento: «1) nel giudizio di primo grado, al fatto, alla valutazione delle prove e alla regola di diritto applicata; 2) nel giudizio di appello, alle ragioni in fatto e in diritto poste a fondamento della conferma o della riforma della sentenza impugnata; 3) nel giudizio di legittimità, alle questioni giuridiche controverse e ai principi di diritto affermati a sostegno della decisione di inammissibilità/rigetto del ricorso ovvero di annullamento, con o senza rinvio, del provvedimento impugnato»¹³⁵. L'oggetto della comunicazione può consistere in

¹³⁴ Cfr. le Linee Guida, cit., 6.

¹³⁵ V. le Linee Guida, cit., 9.

casi di rilievo economico, sociale, politico, scientifico; decisioni organizzative, rilevanti all'esterno. I destinatari della stessa sono le agenzie stampa e le testate richiedenti una certa notizia e i principi da rispettare sono i medesimi di cui si è già detto.

Conclusa l'analisi di questo importante documento programmatico, si può affermare che «la misura organizzativa della notizia di decisione (mutuata dalla tradizionale e consolidata esperienza della Corte di legittimità con riferimento alla soluzione delle questioni di diritto controverse o di particolare importanza), [...] potrebbe essere idonea a ridimensionare la distanza temporale fra il momento della lettura del dispositivo e quello della pubblicazione della motivazione»¹³⁶: ciò potrebbe, infatti, essere un rimedio per accorciare le distanze tra il momento in cui (erroneamente) si emana la sentenza mediatica e il momento in cui vi è la decisione giurisdizionale (l'unica che dovrebbe essere valorizzata). Anche la previsione dell'*abstract* sembra essere un buon modo di agire sulla comunicazione al fine di limitare gli effetti distorsivi del processo mediatico. Ciò che non bisogna dimenticare, quando si parla di comunicazione giudiziaria, è che un buon giudice deve fare i conti con la necessaria imperfezione del sistema giustizia e dunque partire da tale considerazione anche nel modo di comunicare le sue decisioni: infatti, la consapevolezza dell'imperfezione della giustizia non solo è la leva per migliorarla ma è anche il necessario presupposto di una comunicazione giudiziaria responsabile»¹³⁷: Una comunicazione, cioè, che semplifichi i rapporti tra istituzioni e cittadini consentendo a questi ultimi di muoversi all'interno di processi semplici o più complessi. Tali Linee-guida, infine, risolvono alcuni problemi ma ne lasciano aperti degli altri: dunque, sono state lette come «un punto di arrivo e insieme un punto di partenza»¹³⁸.

¹³⁶ Cfr. G. CANZIO, *Un'efficace strategia*, cit., 1540.

¹³⁷ D. STASIO, *Il dovere di comunicare*, cit., 217.

¹³⁸ Così E. BRUTI LIBERATI, *Un punto di arrivo o un punto di partenza?*, in *Quest. Giust.*, 2018, 4, 322.

6. Possibili rimedi per la “vittima” del processo mediatico

È lecito pensare che colui che subisce il processo mediatico, qualsiasi sia l'esito della vicenda giudiziaria che lo ha visto coinvolto (di colpevolezza o di assoluzione), debba ottenere delle compensazioni da parte dell'ordinamento al fine di assicurare che le patologie della giustizia penale possano essere, almeno in parte, corrette. Per tale motivo, nei casi in cui non sia assolutamente possibile evitare ad un soggetto la “gogna mediatica”, è necessario attivarsi al fine di ristorare – almeno parzialmente – tale “vittima” del processo mediatico: chi riveste il ruolo di vittima della costruzione mediatica è il “protagonista” dell'ipotesi accusatoria, il quale diviene il danneggiato principale di tali meccanismi senza avere le garanzie processuali spettanti alle parti del procedimento.

I pregiudizi patiti da questo soggetto derivano dalla sovraesposizione mediatica di tutte le sue vicende (anche personali e private) che vengono poi amplificate se viene in gioco lo strumento di Internet. E sebbene la pubblicizzazione dei provvedimenti penali è qualcosa di presente nel nostro ordinamento – ad esempio all'articolo 36 del codice penale¹³⁹ - ed è prevista anche nei siti internet istituzionali, «è tuttavia, proprio dal confronto con la sanzione accessoria che emerge, all'opposto, il carattere precipuamente stigmatizzante della “pena mediatica”: la misura di cui all'art. 36 c.p. segue una sentenza di condanna, confina la pubblicazione in un “luogo” istituzionale ed è applicata in linea col principio di legalità»¹⁴⁰. La pena di natura mediatica, invece, si caratterizza per essere irrogata *medio tempore*, in assenza di qualsiasi garanzia e nel caos della rete. Inoltre, lo si è ampiamente detto, uno dei più importanti effetti distorsivi della rappresentazione mediatica delle vicende processuali sta nell'esistenza del “paradosso mediatico” e la conseguente anticipata colpevolizzazione di un soggetto che è presunto innocente fino a sentenza di condanna definitiva: ciò che, invece, accade è che le forze dell'ordine e la magistratura tendono ad adeguarsi ai tempi delle indagini mediatiche e a cercare il consenso dalle stesse; inoltre l'immagine che viene data all'opinione pubblica di un determinato soggetto resta impressa nella mente di ognuno,

¹³⁹ Tale articolo prevede, in relazione alla pubblicazione delle sentenze penali, che «La sentenza di condanna all'ergastolo è pubblicata mediante affissione nel Comune ove è stata pronunciata, in quello ove il delitto fu commesso, e in quello ove il condannato aveva l'ultima residenza. La sentenza di condanna è inoltre pubblicata nel sito internet del Ministero della giustizia. La durata della pubblicazione nel sito è stabilita dal giudice in misura non superiore a trenta giorni. In mancanza, la durata è di quindici giorni. La pubblicazione è fatta per estratto, salvo che il giudice disponga la pubblicazione per intero; essa è eseguita d'ufficio e a spese del condannato. La legge determina gli altri casi nei quali la sentenza di condanna deve essere pubblicata. In tali casi la pubblicazione ha luogo nei modi stabiliti nei due capoversi precedenti».

¹⁴⁰ Cfr., in questi termini, E. MAZZANTI, *Eternal Sunshine of the Spotless Crime. Informazione e oblio nell'epoca dei processi su internet*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 2, 220.

a prescindere dalla conclusione effettiva del processo. Se questa è la, allarmante, situazione in cui si versa attualmente diviene necessario e doveroso pensare a dei possibili rimedi per queste storture: è stato suggerito¹⁴¹ di mutare la prospettiva da una dimensione in cui centrale è lo Stato ad una in cui si privilegiano i diritti dell'individuo, al fine di garantire al soggetto leso dei ristori effettivi nel caso di un'attività lecita ma foriera di danni qual è l'esercizio del potere punitivo da parte dello Stato e che siano tesi «a controbilanciare questo lento – e troppo a lungo tollerato – processo di “vittimizzazione nascosta”»¹⁴². Bisogna, in quest'ottica, valorizzare quel diritto all'immagine socio-mediatica dell'individuo sia in una prospettiva *ex ante*, tramite la tutela dell'individuo dalla prematura diffusione di notizie colpevoliste; sia in una *ex post*, con l'imposizione di un aggiornamento di eventuali notizie precedenti colpevoliste che sono state superate da nuovi eventi; è opportuno, dunque, ridare corpo al concetto di dignità che rileva anche e soprattutto nell'ambito mediatico.

Si è suggerito¹⁴³, al fine di apprestare tali rimedi, di rifarsi ad un concetto elaborato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: è d'uopo, dunque, muovere dalla “dottrina degli obblighi positivi di tutela” che derivano dalla CEDU e dall'idea del sistema CEDU come un “sistema oggettivo di tutela” al fine di garantire i diritti fondamentali ai cittadini degli Stati facenti parte della Convenzione. Proseguendo in tale ricostruzione, infatti, si ritiene necessario corresponsabilizzare lo Stato anche nel caso delle violazioni degli articoli 6 e 8 della CEDU derivanti dalla mediatizzazione di una vicenda giudiziaria, «sia che esse siano state direttamente perpetrate da autorità statali, sia che esse siano state agevolate o semplicemente tollerate dallo Stato, e che ciò implichi, appunto, il dovere di apprestare misure rimediali effettive ed adeguate»¹⁴⁴; se la Corte di Strasburgo, infatti, ritiene esistenti in capo allo Stato tali obblighi di tutela, nell'ambito degli articoli 6 e 8 della CEDU, questi devono consistere non solo in dei meccanismi che evitino le fughe di notizie e le (ormai seriali) del segreto processuale, ma anche – considerati i problemi strutturali – nella predisposizioni di misure specifiche che possano compensare la vittima del processo mediatico. Dunque, la garanzia di una tutela in forma specifica per il soggetto attinto dalle distorsioni mediatiche sembra essere una strada percorribile nell'ottica di un maggior livello di protezione; è, infatti, cruciale fornire un rimedio compensatorio – sia per il soggetto poi innocente che per il reo – soltanto per la circostanza di aver subito un supplemento di

¹⁴¹ Cfr. V. MANES, *La “vittima” del “processo mediatico”: misure di carattere rimediale*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, 117.

¹⁴² In questi termini, cfr. V. MANES, *La “vittima”*, cit., 117.

¹⁴³ V., nuovamente, V. MANES, *La “vittima”*, cit., 117.

¹⁴⁴ Cfr., in questi termini, V. MANES, *La “vittima”*, cit., 118.

afflizione derivante dalla sovraesposizione mediatica della vicenda giudiziaria. Oltre all'esigenza di tutelare diritti fondamentali quali quello alla riservatezza o alla privacy, non sembra qui peregrino richiamare il principio del *ne bis in idem*, al fine di evitare «una indebita – ed intollerabile – duplicazione della sofferenza legale connessa al processo penale nel “giudizio parallelo” dei media»¹⁴⁵; inoltre, sembrano anche esserci profili di tensione con i principi fondamentali di proporzionalità e di eguaglianza, dal momento che tale *surplus* di afflittività non sarebbe appunto proporzionato al fatto commesso e vi sarebbe disparità tra un normale imputato e un soggetto che è anche vittima del processo mediatico. Si potrebbe, in questa prospettiva, seguire la giurisprudenza costituzionale tedesca - sul diritto ad un processo equo – nella misura in cui garantisce una compensazione a quel soggetto che non ha ricevuto un trattamento equo data la lunghezza eccessiva del processo; più di recente la Corte costituzionale tedesca ha sancito la necessità dal punto di vista costituzionale della previsione di rimedi volti a compensare l'eccessiva protrazione dell'accertamento processuale. «In particolare, il saldo negativo di un ritardo processuale, quale autentica “sofferenza legale”, deve essere dedotto – e detratto – dal giudice o dallo stesso pubblico ministero nell'applicazione del diritto penale sostanziale e processuale, considerando la totalità delle caratteristiche del caso concreto, con diverse possibilità»¹⁴⁶, che vanno dall'archiviazione del procedimento alla sospensione condizionale della pena. La previsione di misure rimediali, che intesa in tal senso diventa una scelta costituzionalmente necessitata, consiste non già nella previsione della *resitutio in integrum* quanto nella previsione di compensazioni o ristori che si differenzino a seconda della effettiva innocenza o colpevolezza all'esito del processo: si potrebbe, dunque, ipotizzare «una attenuazione della sanzione concretamente comminata per l'individuo che sia riconosciuto colpevole, ossia una decurtazione della punizione capace di compendiare e riparare il surplus di afflittività indebitamente sofferto; e uno strumento di correzione informativa che possa eliminare le informazioni colpevoliste sui media e uno specifico strumento risarcitorio/indennitario – a seconda che il danno risulti da fatto illecito o da atto lecito – a carico dello Stato per l'individuo che, viceversa, sia riconosciuto innocente»¹⁴⁷. Tali rimedi, poi, dovrebbero essere garantiti a prescindere dalla eventuale responsabilità a titolo di dolo o colpa degli organi statali poiché anche se la condotta è imputabile a terzi o è lecita, si dovrebbe parimenti garantire il ristoro dei diritti violati.

¹⁴⁵ Cfr. V. MANES, *La “vittima”*, cit., 120.

¹⁴⁶ Così V. MANES, *La “vittima”*, cit., 121.

¹⁴⁷ In questi termini V. MANES, *La “vittima”*, cit., 121.

È d'uopo, arrivati a tal punto, stabilire quali possano essere le misure compensative o di ristoro a favore del soggetto che è stato suo malgrado protagonista del processo mediatico, sia che questo sia stato assolto (situazione più grave) sia che sia stato effettivamente condannato ma abbia dovuto patire oltremodo la pendenza di un procedimento a suo carico. Alcuni strumenti possono essere selezionati tra quelli già presenti nell'ordinamento mentre altri possono essere apprezzati soltanto *de lege ferenda*: in relazione ai primi (a favore del soggetto poi condannato), si potrebbe pensare – nell'ambito della commisurazione della pena – alle circostanze attenuanti generiche di cui all'articolo 62*bis* del codice penale. Questo istituto conferisce ampia discrezionalità al giudice e gli consente di prendere in considerazione nuovi valori sociali che non sono ipotizzabili *a priori*: tra questi, possono essere valorizzati quelli legati alla vicenda concreta e dunque «anche al *surplus* di afflittività (pre-)sofferta derivante dal peculiare rilievo mediatico della vicenda processuale, in un'ottica tesa a riequilibrare la sanzione»¹⁴⁸. Il giudice, così, potrà prevedere anche *ex officio* la diminuzione di pena con la difesa dell'imputato che – allegando elementi che si riferiscono al modo in cui si è verificata la mediatizzazione della vicenda processuale, quali la diffusività delle notizie, il “sensazionalismo” delle stesse, l'assenza di possibilità di replica – andrà ad articolare l'onere di motivazione da parte del giudice. Tale rimedio, tuttavia, va accompagnato da altre misure dal momento che il giudice deve ridurre tutte le sue valutazioni ad una sola circostanza nel caso in cui, in concreto, non si possa garantire tale strumento. Volendo porre l'attenzione sul soggetto che in seguito è stato prosciolto, invece, sarebbe opportuno creare un meccanismo che consenta di “neutralizzare” le informazioni di carattere colpevolista e lesive dei diritti dell'individuo: in tal senso, si potrebbe obbligare chi le ha rese pubbliche a rettificare l'informazione, ad esempio pubblicizzando l'esito assolutorio della decisione. E questa «dovrebbe essere una prima, fondamentale misura volta al (parziale) ripristino della reputazione e della dignità dell'indagato assolto»¹⁴⁹: il giudice, in tale prospettiva, dovrebbe imporre la pubblicazione della sentenza di assoluzione nelle forme dell'articolo articolo 694 c.p.p.¹⁵⁰ nonché ordinare ai titolari dei siti web dei giornali o blog

¹⁴⁸ Cfr. V. MANES, *La “vittima”*, cit., 122.

¹⁴⁹ Così V. MANES, *La “vittima”*, cit., 124.

¹⁵⁰ Tale articolo prevede che 1. «Il direttore o vice direttore responsabile di un giornale o periodico deve pubblicare, senza diritto ad anticipazione o a rifusione di spese, non più tardi dei tre giorni successivi a quello in cui ne ha ricevuto ordine dall'autorità competente per l'esecuzione, la sentenza di condanna irrevocabile pronunciata contro di lui o contro altri per pubblicazione avvenuta nel suo giornale. 2. Fuori di questo caso, quando l'inserzione di una sentenza penale in un giornale è ordinata dal giudice, il direttore o vice direttore responsabile del giornale o periodico designato deve eseguirla, a richiesta del pubblico ministero o della persona obbligata o autorizzata a provvedervi. 3. La pubblicazione ordinata dal giudice per estratto o per intero può essere eseguita anche in foglio di supplemento dello stesso formato, corpo e carattere della parte principale del giornale o periodico, da unirsi a ciascuna copia di questo e in un unico contesto esattamente riprodotto. 4.

di integrare o modificare la precedente informazione su un determinato individuo. Per assicurare, inoltre, una compensazione effettiva si può considerare soltanto la riparazione di carattere economico: si potrebbe, perciò, ipotizzare sulla base degli articoli 2043 e 2059 del Codice civile tale soluzione almeno nei casi in cui il danno sia imputabile a comportamenti dolosi o colposi e in cui si possa individuare il centro dell'imputazione, in relazione al quale l'onere della prova è in capo al danneggiato. Per assicurare tale risarcimento, però, la condotta deve essere necessariamente illecita, circostanza che sarebbe difficile ritenere integrata nei casi – più frequenti – in cui l'informazione si riveli necessaria per dei motivi legati all'indagine penale o di interesse pubblico. Anche per tali ragioni, «sembra dunque preferibile l'opzione che rimanda – in chiave di tutela minima – al meccanismo dell'indennizzo dei danni “da attività lecita”, nelle sue diverse componenti: meccanismo che secondo l'opinione prevalente sarebbe necessario “tipizzare” per via legale (anche quanto a misura e criteri di quantificazione), sulla traccia di istituti (indennitari) quali la riparazione per l'ingiusta detenzione (art. 314 c.p.p.) o l'errore giudiziario (art. 643 c.p.p.)»¹⁵¹.

Al fine di trarre delle parziali conclusioni da tale disamina, si può dire che – sebbene l'interazione e la convivenza di vari diritti quali la libertà dell'informazione giudiziaria o la trasparente amministrazione della giustizia con le distorsioni del processo mediatico siano «l'ineludibile e in parte irrisolvibile problema di fronte al quale si trova oggi un ordinamento democratico»¹⁵² - la tutela della “vittima” del processo mediatico è necessaria e doverosa. Questi rimedi, tuttavia, non possono essere ritenuti totalmente risolutivi perché il più delle volte passano dall'azione della magistratura che deve anche intrattenere il giusto rapporto con l'altra parte del rapporto, ovvero i media. In tal senso, dunque, il sistema penale dovrebbe gestire la comunicazione in maniera più trasparente e professionale garantendo un'informazione giudiziaria di buona fattura ma anche gli altri interessi individuali che vengono in rilievo, valorizzando i diritti fondamentali e «l'affidamento di chi – futuro colpevole o innocente – soggiace alla potestà punitiva, senza abbandonarlo alla premura deontologica, al maggior o minor rigore, alla volubile sobrietà o sensibilità individuale del singolo magistrato o giornalista»¹⁵³.

Se il direttore o il vice direttore responsabile contravviene alle disposizioni precedenti, è condannato in solido con l'editore e con il proprietario della tipografia al pagamento a favore della cassa delle ammende di una somma fino a euro 1.549».

¹⁵¹ In questi termini v. V. MANES, *La “vittima”*, cit., 124.

¹⁵² Così G. GIOSTRA, voce *Processo penale mediatico*, cit., 647.

¹⁵³ Si esprime così V. MANES, *La “vittima”*, cit., 128.

7. *La cultura come unico e vero antidoto*

Si potrebbero individuare tanti fattori che, agendo tra essi, possano concorrere a superare le distorsioni di cui si è ampiamente detto: «una maturazione civile del nostro Paese, dopo la desertificazione culturale prodotta da certa televisione commerciale; [...] una politica che sappia rinunciare alla cinica speculazione sulle paure della gente; una riforma del processo penale che ne riduca i tempi geologici; una maggiore professionalità degli operatori dell'informazione e della giustizia; più stringenti regole deontologiche e disciplinari; un assetto normativo che segni rigorosi confini tra informazione sul processo e processo sui mezzi di informazione, presidiandoli con rigorose sanzioni interdittive ed economiche»¹⁵⁴. Tutte queste considerazioni, però, hanno un'unica matrice: se, infatti, si vuole evitare di finire nel «media-evo della giustizia penale»¹⁵⁵ è necessario chiedersi qual è, dunque, l'unico vero antidoto a tali intollerabili distorsioni provocate dal processo mediatico. Si può affermare, anche se in maniera parzialmente (e consciamente) insoddisfacente, che lo strumento tramite cui agire non possa essere altro che la cultura: dei mutamenti di carattere culturale, volti a creare una maggiore e più approfondita consapevolezza dei problemi della giustizia, paiono ormai improcrastinabili. Dunque, gli operatori della giustizia devono tornare a rivestire il loro ruolo in maniera consapevole dell'importanza e della necessità dello stesso garantendo alla popolazione una rappresentazione trasparente del modo di in cui si “fa giustizia” e allontanando, così, qualsiasi bizzarra ambizione di sostituirsi alla stessa; i destinatari dell'informazione, dal canto loro, dovrebbero sviluppare una sana diffidenza verso ciò che gli è proposto come verità incontrovertibile e si dovrebbero «fornire loro gli strumenti per riconoscere l'approccio semplicistico ai problemi e per smascherare il professionismo della banalità»¹⁵⁶; i mass media, ancora, possono compiere un'opera significativa e «insostituibile»¹⁵⁷ per informare e formare la coscienza collettiva. Bisogna far risorgere in ognuno di noi la profonda consapevolezza di quanto difficoltoso sia il compito di rendere giustizia e di quante garanzie e necessità per poter essere portato efficacemente a termine: la strada che si dovrebbe imboccare, però, non sembra così vicina. Coloro che si occupano di informazione dovrebbero essere maggiormente pronti a rincorrere

¹⁵⁴ Così, acutamente, G. GIOSTRA, *Il media-evo della giustizia penale*, in *Sistema penale*, 14 giugno 2021.

¹⁵⁵ L'espressione, felice, è di G. GIOSTRA, *Il media-evo*, cit.

¹⁵⁶ Cfr. G. GIOSTRA, voce *Processo penale mediatico*, cit., 658.

¹⁵⁷ Così M. BERTOLINO, *Privato e pubblico nella rappresentazione mediatica del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 1114.

meno il profitto e perseguire piuttosto le notizie, i dati, i contenuti migliori e più veritieri al pubblico¹⁵⁸; in tal modo, infatti, si innescherebbe un circolo virtuoso in base al quale il cittadino, maggiormente avvezzo ad un'informazione di qualità, ne richiederebbe altrettanta dello stesso tenore. Ciò che, invece, avviene attualmente è la continua alimentazione di una situazione viziosa per cui i programmi televisivi scadenti incrementano la "sete" di giustizia sommaria e immediata, rifuggendo totalmente dalla complessità delle questioni giuridiche e non innescando un pensiero critico nel pubblico. Tra l'altro, questo è un (infelice) segnale di un generale decadimento culturale della società italiana, dal quale anche e soprattutto la politica è attinta tanto che «invece di indicare nei propri programmi obiettivi di elevazione civile e sociale, i partiti fanno propri quelli che, secondo i sondaggi demoscopici, risultano più condivisi e, quindi, elettoralmente più redditizi»¹⁵⁹. Fintanto che sarà l'informazione ad inseguire i cittadini-telespettatori o lettori (e la politica i propri elettori) invece di "anticiparli", è giocoforza che non vi potrà essere alcun avanzamento culturale, ma anzi più probabilmente un ulteriore imbarbarimento del dibattito pubblico e giudiziario.

Si ritiene necessaria, pertanto, una sorta di "rivoluzione" culturale la quale - come ogni mutamento culturale - necessita una preparazione del terreno su cui operare questi cambiamenti, una sorta di "palingenesi" che parta dalla società: si dovrebbe modificare il lessico colpevolista e giustizialista, chiarire immediatamente la distinzione tra indagato/imputato/condannato definitivo, fare in modo che l'opinione pubblica non percepisca passivamente le informazioni fornitele ma attivare degli anticorpi culturali. È evidentemente una sfida difficile, ma non per tale ragione bisogna tirarsi indietro.

¹⁵⁸ Nel medesimo senso v. M. BERTOLINO, *Privato e pubblico*, cit., 1114 secondo la quale «occorre passare dalla logica del profitto, legata a ciò che fa notizia, a quella dell'educazione, dell'informazione. Anche se le buone notizie non fanno notizia, occorre credere nella funzione propositiva che i mass media [...] possono svolgere come strumento di formazione delle idee e di accrescimento culturale».

¹⁵⁹ Così G. GIOSTRA, voce *Processo penale mediatico*, cit., 659.

CONCLUSIONI

L'analisi che si è cercato di condurre nel presente elaborato intende approfondire alcuni problemi che affliggono, oggigiorno, il sistema penale italiano: si è inteso fare ciò, in primo luogo, tramite una ricostruzione che ha indagato il concetto di populismo penale; *in secundis*, si è voluto conferire la meritata importanza e centralità alla garanzia della presunzione di non colpevolezza/innocenza, per concludere affrontando le problematiche implicazioni della giustizia "mediatica".

Ciò che viene, frequentemente, rilevato dagli studiosi delle discipline penalistiche – interrogati sulle cause del "malessere" della giustizia penale - è un uso eccessivo e strumentale del diritto penale sostanziale e processuale, in una generalizzata situazione di disprezzo dei più basilari principi costituzionali: quello che, dunque, emerge da queste dinamiche è una situazione di significativa crisi della giustizia penale italiana.

Come si è rilevato nel Capitolo I, una delle più preoccupanti ripercussioni di tali sviluppi è la produzione di provvedimenti legislativi ancorati non già a bisogni giuridicamente validi ma a componenti emozionali diffuse tra la popolazione. In rilievo vengono, dunque, concetti quali la paura o l'insicurezza le quali mai dovrebbero essere il fondamento del potere coercitivo dello Stato che – giova ricordarlo – è il più incisivo sulla libertà dei cittadini; e contestualmente si accantonano la razionalità e la scientificità come fondamento delle discussioni giuridiche. Le già menzionate problematiche sono, poi, acuite dal prepotente ingresso degli strumenti mediatici nel processo penale, nella misura in cui gli stessi non si occupano di fornire un'equilibrata informazione giudiziaria bensì assecondano gli irrazionali sentimenti del popolo. Ne deriva che tra i principi messi maggiormente a repentaglio vi è quello solenne che sancisce la presunzione di innocenza, la cui essenza non fa evidentemente parte della cultura generale della popolazione.

Si assiste così alla deriva populistica, accentuata dalla circostanza per cui gli elementi fondanti le discussioni che vengono svolte sui problemi della giustizia penale non sono tangibili o controvertibili, quanto piuttosto intangibili e indistinti e dunque difficilmente contestabili. Si inserisce, qui, anche l'azione della propaganda che – tramite i mass media e i social media – provvede a diffondere messaggi (spesso) non veritieri tramite i quali amplificare fenomeni che non dovrebbero ricevere l'"attenzione" dello strumento penale: l'influenza che, però, viene esercitata fa sì che la popolazione richieda immediatamente delle

risposte istituzionali certe e forti. Il concetto su cui bisogna concentrarsi è, per le ragioni anzidette, quello della percezione (individuale e collettiva) che è diffusa tra i cittadini in relazione a determinati fenomeni e la lontananza che sussiste tra questa e la realtà giuridica che ne è alla base¹.

Come è risultato evidente dalle considerazioni svolte nel corso dell'elaborato, vi è poi uno stretto nesso tra i mezzi di comunicazione di massa e le politiche criminali approntate dalle varie maggioranze parlamentari: il risultato è che la legislazione penale, al fine di rispondere alle percezioni popolari, è "alluvionale", ansiosa e dunque imprecisa. Essa, pertanto, si caratterizza per la carica simbolica, per l'incapacità di risolvere effettivamente gli annosi problemi posti dal sentire sociale e per l'idoneità ad assecondare le irrazionali esigenze di ordine e sicurezza diffuse tra la popolazione.

Fatte tali premesse, è doveroso e utile chiedersi: qual è, dunque, il compito della scienza penalistica? L'imperativo categorico è che questa non risulti autoreferenziale, ovvero chiusa in se stessa e lontana dal sentire sociale e soprattutto non rimanga inerte: fondamentale sarebbe, dunque, una netta presa di posizione nel senso della riscoperta e valorizzazione dei più importanti principi costituzionali, a partire dalla presunzione di innocenza. Quello che gli studiosi tutti possono e devono fare è non restare inerti o indifferenti a tale deriva, ma impegnarsi proattivamente nel contrastare la stessa. E come fare ciò? Ebbene, come accade per la maggior parte delle soluzioni in diritto, è necessario operare dei bilanciamenti tra le legittime esigenze di sicurezza avvertite nella popolazione e i valori a cui un sistema penale democratico deve necessariamente ispirarsi, nella consapevolezza del difficile equilibrio che si potrebbe creare e dell'impossibilità di avere un sistema con un livello di rischio nullo.

Al fine di reagire alle deformazioni giuridiche e sociali di cui si è dato conto, bisogna valorizzare quelle esigenze insopprimibili degli esseri umani quali la democrazia, la libertà e la possibilità di godere a pieno dei diritti fondamentali. E le stesse non possono che esplicitarsi pienamente in uno Stato sociale – come tratteggiato dalla Carta costituzionale – in cui sia garantita a tutti l'istruzione, l'assistenza sanitaria e l'eguaglianza sostanziale tra i cittadini, italiani e stranieri. In un mondo talmente globalizzato, è infatti impensabile non aver già raggiunto la globalizzazione dei diritti, la cui affermazione dipende da come sono

¹ A tal proposito, v. R. BIANCHETTI, *Sentimenti, risentimenti e politica criminale: un'indagine qualitativa in tema di legislazione penale compulsiva*, in *Arch. pen.*, 2019, 1, 10 secondo cui «In effetti, è stato dimostrato che i mezzi di comunicazione di massa, attraverso il loro enorme potere rappresentativo, riescono a condizionare con notevole incisività, quale fonte privilegiata di conoscenza, la percezione individuale e collettiva della criminalità e di quanto ad essa si correla, e a fornire, il più delle volte, specie per determinate tipologie di reati, immagini distorte, problematiche e preoccupanti».

realizzate le politiche economiche: sarebbe necessario che il nucleo delle stesse fosse non già la massimizzazione dei profitti (di pochi), bensì la tutela di beni meno tangibili (e collettivi) ma fondamentali come l'ambiente, la salute e così via.

Volendo concludere, non resta che sperare dunque che grazie alla sinergia dei differenti "attori" in campo – magistrati, avvocati, professori, giornalisti e in generale studiosi di diritto – si possano in un primo momento attenuare le deformazioni che subisce attualmente la giustizia penale, per poi giungere all'affermazione di un insieme di valori "neo-illuministici" al fine di recuperare i principi cardine del diritto penale (processuale e sostanziale) di matrice liberale.

BIBLIOGRAFIA

- E. ALBAMONTE, *Presunzione di innocenza e comunicazione giudiziaria. Il d.lgs. n. 188/2021*, in *Il Penalista*, 17 gennaio 2022.
- E. AMATI, *Dal populismo giudiziario al populismo penale e politico*, in *Filodiritto*, 29 aprile 2021.
- E. AMATI, *Insorgenze populiste e produzione del penale*, in *disCrimen*, 13 giugno 2019
- E. AMATI, *L'enigma penale. L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Torino, 2020.
- E. AMATI, *L'utopia della decenza. La giustizia penale ai tempi del populismo*, in *disCrimen*, 16 aprile 2020.
- G. AMATO, *La violazione del divieto di "pubblicità" fa scattare la richiesta della rettifica*, in *Guida dir.*, 2021, 48, 36.
- G. AMATO, *Motivazione decisioni giudiziarie, una disciplina di scarsa applicabilità*, in *Guida dir.*, 2021, 48, 52.
- G. AMATO, *Procuratore della Repubblica a capo dei rapporti con gli organi di stampa*, in *Guida dir.*, 2021, 48, 44.
- M. AMISANO, *Media e diritto: circolo virtuoso o vizioso?*, in *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 2019, 118, 403.
- E. AMODIO, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Roma, Donzelli Editore, 2019.
- E. AMODIO, *Estetica della giustizia penale. Prassi, media, fiction*, Milano, Giuffrè, 2016.
- E. AMODIO, *Il populismo penale nell'Italia dell'antipolitica*, in *Cass. pen.*, 2020, 1813.
- E. AMODIO, *La tutela della libertà personale dell'imputato nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 3, 841.
- E. AMODIO, *Mani pulite: una giustizia con l'elmetto*, in *disCrimen.*, 7 marzo 2022.
- E. AMODIO, *Mille e una toga. Il penalista tra cronaca e favola*, Giuffrè, Milano, 2010.

- S. ANASTASIA, *L'uso populista del diritto e della giustizia penale*, in *"Ragion pratica, Rivista semestrale"*, 2019, 1, 191.
- S. ANASTASIA, M. ANSELMI, D. FALCINELLI, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, II ed., Cedam, 2020.
- M. ANSELMI, *Populismo: Teorie e Problemi*, Milano, Mondadori Università, 2017.
- C. ANTONUCCI, *Una prospettiva italiana del populismo penale*, in *Studi sulla questione criminale*, 2016, 3, 77.
- E. ANTONUCCI, *Combattere il populismo penale con la giustizia riparativa: il buon metodo* *Cartabia*, *Il Foglio*, 15 dicembre 2021.
- E. ANTONUCCI, *Dalla Consulta arriva un segnale forte e chiaro contro il populismo penale*, *Il Foglio*, 8 marzo 2019.
- R. APRATI, *Riflessioni intorno alla "vittima del processo"*, in *Cass. pen.*, 2017, 3, 977.
- G.M. BACCARI. *Le nuove norme sul rafforzamento della presunzione di innocenza dell'imputato*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 2, 159.
- F. BALDI, voce *Presunzione di non colpevolezza*, in *Il diritto: Enciclopedia Giuridica del Sole 24 ore*, 2008, 11, 408.
- M. BARBERIS, *Dal populismo digitale si guarisce? Tre possibili rimedi*, in *"Ragion pratica, Rivista semestrale"*, 2020, 1, 9.
- A. BARGI, *Le insidiose oscillazioni della recente legislazione populista tra tutela della "sicurezza" e garanzia dei diritti fondamentali*, in *Arch. pen. rivista web*, 2019, 3.
- R. BARTOLI, *Tutela penale del segreto processuale e informazione: per un controllo democratico sul potere giudiziario*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, 59.
- C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), Rizzoli, Milano, 2014.
- G. BELLAVISTA, *Considerazioni sulla presunzione di innocenza*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, I, Milano, 1973, 169.
- H. BELLUTA – M. GIALUZ – L. LUPARIA, *Codice sistematico di procedura penale*, 5^a ed., Giappichelli, 2020.

- M. BERTELLI MOTTA, *Eccesso colposo in legittima difesa: il difficile equilibrio fra tutela dell'agredito e tutela dell'aggressore*, in *Giurisprudenza Penale web*, 2020, 1.
- M. BERTOLINO, *Privato e pubblico nella rappresentazione mediatica del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 1091.
- A. BEVERE, A. CERRI, *Il diritto di informazione e i diritti della persona*, Giuffrè, Milano, 2005.
- R. BIANCHETTI, *La paura del crimine. Un'indagine criminologica in tema di mass media e politica criminale ai tempi dell'insicurezza*, Giuffrè, Milano, 2018.
- R. BIANCHETTI, *Sentimenti, risentimenti e politica criminale: un'indagine quali-quantitativa in tema di legislazione penale compulsiva*, in *Arch. pen.*, 2019, 1, 1.
- S. BOLOGNA, *La presunzione di innocenza nel D.lgs. 188/2021: un'occasione persa?*, in *UniCost*, 24 febbraio 2022.
- L. BREZIGAR, *I vaccini sperimentali del processo mediatico*, in *Dir. difesa*, 2020, 247.
- P. BRUNETTI, *Diritto penale del nemico: una lettura critica dei presupposti filosofici*, in *Pen. Dir. e proc.*, 2020, 2, 336.
- E. BRUTI LIBERATI, *Giustizia e comunicazione: 11) La problematica attuazione della direttiva UE 2016/343 sulla presunzione di innocenza*, in *Giustizia Insieme*, 3 settembre 2021.
- E. BRUTI LIBERATI, *Il ruolo del Pubblico Ministero tra Costituzione e riforme*, in *Costituzionalismo.it*, 2022, 1, 84.
- E. BRUTI LIBERATI, *Prassi, disciplina e prospettive dell'informazione giudiziaria*, in *Diritto penale contemporaneo*, 12 gennaio 2018.
- E. BRUTI LIBERATI, *Processo mediatico, libertà di critica e presunzione di innocenza*, in *Quest. Giust. Online*, 1° dicembre 2021.
- E. BRUTI LIBERATI, *Un punto di arrivo o un punto di partenza?*, in *Quest. Giust.*, 2018, 4, 318.
- G.D. CAIAZZA, *Governo populista e legislazione penale: un primo bilancio*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 589.

- G.D. CAIAZZA, *Ucpi, Il diritto penale deve essere liberale oppure non esiste*, in *Guida dir.*, 2019, 27, 9.
- L. CAMALDO, *Immagine dell'imputato in manette, presunzione di non colpevolezza e tutela della libertà morale*, *Cass. pen.*, 2001, 6, 1942.
- A. CAMON – M. DANIELE – D. NEGRI – C. CESARI – M.L. DI BITONTO – P.P. PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, Milano, 2019.
- G. CANESCHI, *Processo penale mediatico e presunzione di innocenza: verso un'estensione della garanzia?* in *Arch. pen.*, 2021, 3.
- G. CANZIO, *Un'efficace strategia comunicativa degli uffici giudiziari vs. il processo mediatico*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 12, 1537.
- B. CARFAGNA, *Processo mediatico e processo giuridico*, in L. DE CATALDO NEUBURGER (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, Padova, 2007, 303.
- F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, (Parte speciale), 1859, Firenze, 1907, X, I, 22.
- E. CATALANO, *Sulla presunta irrilevanza del clamore mediatico intorno a vicende giudiziarie*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2016, 2, 87.
- M. CATERINI, *Presunzione di elementi della fattispecie versus presunzione di non colpevolezza*, in *Ind. pen.*, 2016, 2, 468.
- A. CAVALIERE. *Diritto penale massimo e diversione discrezionale? Un'ipotesi su neoliberalismo e politica criminale*, *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2017, 3-4.
- A. CERETTI, R. CORNELLI, *Del diritto a non avere paura. Note su sicurezza, populismo penale e questione democratica*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 11, 1481.
- D. CIRUZZI, *Il condizionamento dei media nel processo penale*, in *Diritto e giustizia minorile*, 2012, 2-3, 131.
- M. CHIAVARIO, *Diritto Processuale Penale*, Torino, 2018.
- M. CHIAVARIO, *La presunzione di innocenza nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. it.*, 2000, 5, 1089.
- M. CHIAVARIO, *Presunzione d'innocenza e diritto di difesa nel pensiero di Francesco Carrara*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 356.

- G. CONSO, *Contro l'uso perverso del mezzo televisivo*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 1425.
- G. CONSO, V. GREVI, M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, Milano, 2018.
- F. CONSULICH, *La legittima difesa tra ascesa della forza privata e declino del potere pubblico*, in *disCrimen*, 2019, 3.
- F. CONSULICH, *La riforma della legittima difesa: prove tecniche di diritto senza giustizia*, *Dir. pen. cont.*, 2019, 3, 1.
- C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Cedam, Padova, 2007.
- C. CONTI, *Cronaca giudiziaria e processo mediatico: l'etica della responsabilità verso nuovi paradigmi*, *Arch. pen.*, 2022, 1.
- C. CONTI (a cura di), *Processo mediatico e processo penale. Per un'analisi critica dei casi più discussi da Cogne a Garlasco*, Milano, 2016.
- F. CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, 2^a ed., Utet, Torino, 1992.
- F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012.
- R. CORNELLI, *Contro il panpopulismo. Una proposta di definizione del populismo penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 4, 128.
- P. CORSO, O. DOMINIONI, L. FILIPPI, A. GAITO, M. N. GALANTINI, G. GARUTI, O. MAZZA, G. SPANGHER, G. VARRASO, D. VIGONI, *Procedura penale*, Torino, 2021.
- P. CORSO, *Codice di procedura penale: commentato con la giurisprudenza*, 49^a edizione, Piacenza, La Tribuna, 2022.
- M. D'AMICO, *Commento all'art. 27 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di A. CELOTTO, R. BIFULCO, M. OLIVETTI, Torino, 2006.
- L. D'AURIA, *La difesa penale davanti al nuovo modello processuale mediatico-popolare*, in *Foro ambr.*, 2004, 407.
- C. DE MARTINI, *Cronaca giudiziaria e presunzione di innocenza*, in *Dir. inf.*, 1997, 195.
- S. DE NICOLA, S. INGROSSO, R. LOMBARDO, *Comunicazione mediatica e processo penale*, in *Arch. pen.*, 2012, 2, 1.

- J. DELLA TORRE, *Il paradosso della direttiva sul rafforzamento della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo: un passo indietro rispetto alle garanzie convenzionali?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 4, 1836.
- G. DI CHIARA, *Giudizio abbreviato, reati “da ergastolo”, populismo penale e Stato di diritto*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, 5, 1037.
- G. DI CHIARA, *Televisione e dibattito penale*, in *Foro it.*, 1998, 6, 277.
- F.R. DINACCI, voce *Regole di giudizio (dir. proc. pen.)*, in AA.VV., *Digesto delle discipline VIII Aggiornamento*, Utet Giuridica, Torino, 2014, 644.
- O. DOMINIONI, *sub art. 27 comma 2 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. BRANCA, *Rapporti civili. Art. 27-28*, Bologna-Roma, 1991, 162.
- M. DONINI, *Populismo penale e ruolo del giurista*, in *Sistema penale*, 2020.
- L. FERRAJOLI, *Democrazia e populismo*, in *Rivista Aic*, 3/2018.
- L. FERRAJOLI, *Dieci regole di deontologia giudiziaria, conseguenti alla natura cognitiva della giurisdizione*, in *Quaderno n. 8 - Il procedimento disciplinare dei magistrati a cura di SCUOLA SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA*, 2022, 85.
- L. FERRAJOLI, *Il garantismo e la sinistra*, in *Dem. dir.*, 2012, 3, 271.
- L. FERRAJOLI, *Il populismo penale nell’età dei populismi politici*, in *Quest. Giust.*, 2019, 1, 79.
- M.L. FERRANTE, *Il pericolo del populismo penale nelle sue varie forme*, in «*dirittifondamentali.it*», 2017, 1.
- L. FERRARELLA, *Cronaca giudiziaria: le alternative possibili al segreto di Pulcinella (considerazioni un po’ provocatorie di un giornalista)*, in *Quest. Giust.*, 2006, 1, 22.
- L. FERRARELLA, *Il “giro della morte”: il giornalismo giudiziario tra prassi e norme*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 3/2017.
- L. FERRARELLA, *Il ponte fragile del diritto*, in *Corriere della Sera*, 13 gennaio 2020.
- L. FERRARELLA, «*Non per dovere ma per interesse (dei cittadini): i magistrati e la paura di spiegarsi*», in *Quest. Giust.*, 2018, 4, 310.

- P. FERRUA, *La direttiva europea sulla presunzione di innocenza e i provvedimenti cautelari*, in *Il Penalista*, 27 ottobre 2021.
- P. FERRUA, voce *Regole di giudizio*, in *Enc. dir., Annali*, X, 2017, 725.
- P. FERRUA, *Resoconti stenografici delle indagini conoscitive*, giovedì 27 settembre 2012, 9.
- G. FIANDACA, *Aspetti problematici del rapporto tra diritto penale e democrazia*, in *Foro it.*, vol. 134, 1, 1, 2011.
- G. FIANDACA, *Il populismo giudiziario non è diritto e i magistrati non sono tribuni*, in *Il Dubbio*, 4 febbraio 2017.
- G. FIANDACA, *Intorno al diritto penale liberale*, in *disCrimen*, 10 giugno 2019.
- G. FIANDACA, *Intorno alla crisi della giustizia penale*, in *Foro it.*, 2011, vol. 134, 11, 321.
- G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 36, *Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli)*, Giuffrè, Milano, 2007, 1247.
- G. FIANDACA, *Mani pulite trenta anni dopo: un'impresa giudiziaria straordinaria; ma non esemplare*, in *Giustizia Insieme*, 16 febbraio 2022.
- G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 95.
- L. FILIPPI, *Quale presunzione di innocenza*, in *Pen. Dir. e proc.*, 11 novembre 2021.
- C. FIORIO, *La presunzione di non colpevolezza*, in G. DEAN (a cura di), *Fisionomia costituzionale del processo penale*, Torino, 2007, 119.
- C. FIORIO – R. FONTI – MARIANGELA MONTAGNA, *Corso di procedura penale*, Firenze, 2019.
- D. FONDAROLI, *L'accertamento della responsabilità penale secondo il paradigma del "caso per caso" ed il "circo mediatico-giudiziario". Il nuovo particolarismo giuridico*, in *Arch. pen.*, 2014, 1, 135.
- G. FONTANA, *Torniamo a Beccaria!*, in *Giur. cost.*, 2018, 2889.
- P. GAETA, *Il problema della divulgazione delle notizie giudiziarie*, in *Quest. Giust. online*, 7 marzo 2019.

- F. GALLUZZO, *Presunzione di innocenza: tra giustizia e informazione*, in *dirittifondamentali.it*, 2021, fasc. 3, 511.
- V. GAROFOLI, *Dalla non considerazione di colpevolezza alla regola dell'oltre il ragionevole dubbio*, *Dir. pen. proc.*, 2010, 9, 1029.
- V. GAROFOLI, *Presunzione di innocenza e considerazione di non colpevolezza. La fungibilità delle due formulazioni*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 4, 1169.
- G.L. GATTA, *La criminalizzazione della 'clandestinità' fra scelte nazionali e contesto europeo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 188.
- A. GHIARA, *Presunzione di innocenza, presunzione di "non colpevolezza" e formula dubitativa, anche alla luce degli interventi della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, 1, 72.
- M. GIALUZ, *Gli automatismi cautelari tra legalità costituzionale e garanzie convenzionali*, in *Proc. pen. giust.*, 2013, 6, 111.
- M. GIALUZ, *sub art. 27, co. 2, Cost.*, in R. BIN - S. BARTOLE (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 2008, 273.
- M. GIALUZ, J. DELLA TORRE, P. SEVERINO, *Giustizia per nessuno: l'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino, 2022.
- N. GIDRON, B. BONIKOWSKI, *Varieties of Populism, Literature Review and Research Agenda, Weatherhead Working Paper Series*, 2013, No. 13-0004.
- G. GIOSTRA, *Il media-evo della giustizia penale*, in *Sistema penale*, 14 giugno 2021.
- G. GIOSTRA, *I processi mediatici insidiano il ruolo della magistratura*, *Il Corriere della Sera*, 20 giugno 2021.
- G. GIOSTRA, *I rapporti tra giustizia penale e informazione nell'ottica delle valutazioni costituzionali*, *Giur. cost.*, 1984, 1, 1256.
- G. GIOSTRA, *L'informazione giudiziaria non soltanto distorce la realtà rappresentata, ma la cambia*, AA. VV., *L'informazione giudiziaria in Italia. Libro bianco sui rapporti tra mezzi di comunicazione e processo penale*, Pisa, 2016, 75.
- G. GIOSTRA, *La giustizia penale nello specchio deformante della cronaca giudiziaria*, in *Rivista di diritto dei media*, 2018, 3.

- G. GIOSTRA, *Prima lezione sulla giustizia penale*, Laterza, Roma-Bari, 2020.
- G. GIOSTRA, *Processo penale e mass media*, in *Criminalia*, 2007, 57.
- G. GIOSTRA, voce *Processo penale mediatico*, in *Enc. dir., Annali*, X, 2017, 646.
- G. GIOSTRA, *Riflessi della rappresentazione mediatica sulla giustizia "reale" e sulla giustizia "percepita"*, in *Leg. pen.*, 2018, 9, 15.
- G. GIOSTRA, *Segreto: X) Segreto processuale (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur., Aggiornamento*, 1998.
- F. GIUNCHEDI, *La tutela dei diritti umani nel processo penale*, Cedam, Padova, 2006.
- F. GREGORACE, *Il diritto penale del nemico, la legislazione a reazione: tra populismo penale e principio di offensività*, *Riv. Cammino Diritto*, 2021, 10.
- E. GRISONICH, *Verso una tutela integrata dei diritti fondamentali dei prevenuti: doppia pregiudizialità, Carta di Nizza e direttive di Stoccolma alla luce di un rilevante approdo della Consulta in relazione all'art. 578 c.p.p.*, in *Sistema penale*, 21 settembre 2021.
- M. GUGLIELMI, *Il giudice nell'Europa dei populismi*, in *Quest. Giust.*, 2019, 1, 220.
- G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979.
- G. ILLUMINATI, *Presunzione d'innocenza e uso della carcerazione preventiva come sanzione atipica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, 919.
- G. ILLUMINATI, voce *Presunzione di non colpevolezza*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, 1991.
- F. IMPOSIMATO, *La giustizia mediatica*, in *Sicurezza e scienze Sociali*, 2013, 2, 33.
- G. INSOLERA, *Colpe e rimedi*, in *disCrimen*, 24 ottobre 2019.
- G. INSOLERA, *Consenso sociale e diritto penale*, in *disCrimen*, 6 giugno 2019.
- G. INSOLERA, *Il buio oltre la siepe. La difesa delle garanzie nell'epoca dei populismi*, in *Giust. pen.*, 2019, 1, 59.
- G. INSOLERA, *Il populismo penale*, in *disCrimen*, 13 giugno 2019.
- R. KOSTORIS, *Processo penale, delitto politico e "diritto penale del nemico"*, *Riv. dir. proc.*, 2007, 1, 1.

- G. LATTANZI, *Costituzione e carcere. Il “viaggio nelle carceri” della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 22 ottobre 2018.
- L. LUPARIA, *Un mirabile sguardo sulle imperfezioni del processo penale e sul perché dobbiamo continuare a difenderlo*, in *Sistema penale*, 20 gennaio 2020.
- F. A. MAISANO, *Processo penale e informazione giudiziaria. Un rapporto complicato*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, 5.
- A. MALACARNE, *La presunzione di non colpevolezza nell’ambito del d.lgs. 8 novembre 2021, n. 188: breve sguardo d’insieme*, in *Sistema penale*, 17 gennaio 2022.
- V. MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Quest. Giust.*, 2019, 1, 86.
- V. MANES, *Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, il Mulino, Bologna, 2022.
- V. MANES, *L’estensione dell’art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, *Dir. pen. cont.*, 2019, 2, 105.
- V. MANES, *La “vittima” del “processo mediatico”: misure di carattere rimediabile*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, 114.
- G. MANTOVANI, *Informazione, giustizia penale e diritti della persona*, Napoli, 2011.
- G. MANTOVANI, *Processo pubblico e “mass media”*, in *Leg. pen.*, 2020, 141.
- G. MANTOVANI, *Se un comunicato-stampa può aiutare giudici e cittadini...*, in *Cass. pen.*, 2013, 11, 3787.
- V. MANZINI, *Istituzioni di diritto processuale penale*, Padova, Cedam, 1946.
- G. MAROTTA, *La vittima del processo penale: un nuovo processo di vittimizzazione*, *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, 2017, 70, 359.
- E. MARZADURI, *Considerazioni sul significato dell’art. 27, co. 2, Cost.: regola di trattamento e regola di giudizio*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di F.R. DINACCI, Milano, 2010, 303.

- E. MARZADURI, *Law in the books e law in action: la libertà personale tra rispetto della presunzione di non colpevolezza ed anticipata esecuzione delle sanzioni detentive*, in *Leg. pen.*, 2016, 9.
- O. MAZZA, *La presunzione di innocenza messa alla prova*, in *Dir. pen. cont.*, 9 aprile 2019.
- N. MAZZACUVA, *Dal "Populismo giudiziario" al "Populismo penale di governo"*, in *Diritto di difesa*, 21 febbraio 2020.
- E. MAZZANTI, *Eternal Sunshine of the Spotless Crime. Informazione e oblio nell'epoca dei processi su internet*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 2, 212.
- G. MICALI, *La presunzione di innocenza dell'imputato e l'art. 27 c. 2 Cost.*, in *Cass. pen.*, 1990, 663.
- P. MOSCARINI e M.L. DI BITONTO, *Introduzione alla procedura penale*, Torino, 2018.
- A. NAPPI, *Guida al Codice di Procedura Penale*, Milano, 2007.
- R. ORLANDI, *La giustizia penale nel gioco di specchi dell'informazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, 48.
- R. ORLANDI, *Provvisoria esecuzione della sentenza e presunzione di non colpevolezza*, in *Ind. pen.*, 2000, 1, 87.
- L. ORSI, *Istantanee del populismo penale in Italia, oggi. Note a margine di un recente saggio sul giustizialismo morale*, in *Questionegiustizia.it*, 2020.
- T. PADOVANI, *Informazione e giustizia penale: dolenti note*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 690.
- F. PALAZZO, *Il volto del sistema penale e le riforme in atto*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 1
- F. PALAZZO, *Innalzare le pene per tutti i reati? Un vizio tipico degli Stati autoritari*, in *Il Dubbio*, 1° dicembre 2018.
- F. PALAZZO, *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2020, 3, 1249.
- F. PALAZZO, *Note sintetiche sul rapporto tra giustizia e informazione giudiziaria*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, 141.
- F. PALAZZO, *Paura del crimine, rappresentazione mediatica della criminalità e politica penale (a proposito di un recente volume)*, in *MediaLaws*, 2018, 3, 14.

- C.A. PALIERO, *La maschera e il volto. Percezione sociale del crimine ed “effetti penali” dei media*. *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 2, 467.
- A. PASTA, *Lo scopo del processo e la tutela dell'innocente: la presunzione di non colpevolezza*, *Arch. pen.*, 2018, 1, 9.
- P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009.
- P.P. PAULESU, *Presunzione di non colpevolezza*, in *Dig. disc. pen.*, IX, 1995, 677.
- M. PELISSERO, *Contrasto al terrorismo internazionale e diritto penale al limite*, in *Quest. giust.*, 2016, 99.
- F. PERCHINUNNO, *Il difficile bilanciamento tra il diritto all'informazione giudiziaria e altri interessi confliggenti*, in *Rivista Aic*, 2/2020.
- S. PERON, *Il risarcimento danni da diffamazione tramite "mass-media": analisi e riflessioni sui criteri orientativi proposti dell'Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano (edizione 2018)*, in *Rivista di diritto dei media*, 2019, 1, 335.
- P. PISA, *La legittima difesa domiciliare: verso un'equilibrata lettura da parte della giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 12, 1545.
- F. PORCU, *L'adeguamento della normativa nazionale alla direttiva sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza*, in *Il Penalista*, 9 dicembre 2021.
- D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, *Criminalia*, 2013, 123.
- D. PULITANÒ, *Sulle politiche penali in discussione*, in *Giurisprudenza penale Web*, 2018, 11.
- D. PULITANÒ, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 3, 235.
- R. RAMPIONI, *Le modifiche al sistema penale fra «giustizialismo» e «populismo giudiziario»*, in *Ind. pen.*, 2019, 145.
- F. RESTA, *Il “compiuto” adeguamento alla direttiva 2016/343/UE sulla presunzione d'innocenza*, in *Giustizia Insieme*, 14 dicembre 2021.
- A. RIVIEZZO, *L'ingiusto processo mediatico*, in *Media laws*, 2018, 3, 62.
- M. ROMANO, *La “nuova” legittima difesa sulla bilancia dei principi costituzionali*, in *Pen. Dir. e proc.*, 25 febbraio 2020.

- N. ROSSI, *Giudici, popolo e populismi*, in *Quest. Giust.*, 2019, 1, 14.
- N. ROSSI, *Il diritto a non essere “additato” come colpevole prima del giudizio. La direttiva UE e il decreto legislativo in itinere*, in *Quest. Giust. Online*, 3 settembre 2021.
- F. ROTONDO, *Presunzione di innocenza, informazione giudiziaria e diritti fondamentali*, in *Freedom Security & Justice*, 2022, 1, 308.
- S. RUGGERI, voce *Giudicato penale*, in *Enc. dir., Annali*, 2010, III.
- R.M. SABELLI, *Giustizia e Società: L’orizzonte Possibile (Relazione Introduttiva al XXXI Congresso Nazionale Dell’Associazione Nazionale Magistrati)*, in *Foro it.*, 2013, vol. 136, 11, 307.
- A. SAGNA, *Presunzione di innocenza e stampa: alla vigilia di un nuovo volto*, in *Filodiritto*, 24 settembre 2021.
- D. SALAS, *Il populismo penale*, in *Quest. Giust.*, 2006, 2, 389.
- D. SALAS, *Il populismo penale, una malattia delle democrazie*, in <https://insorgenze.net>, 13 luglio 2008.
- L. SALVATO, *Profili della presunzione di innocenza e della modalità della comunicazione nel d.lgs. n. 188 del 2021*, in *Giustizia Insieme*, 1° aprile 2022.
- P. SAMMARCO, *Giustizia e social media*, Bologna, 2019.
- G. SANTORO (a cura di), *I profili di illegittimità costituzionale del Decreto Salvini*, Antigone Edizioni, 2018.
- S. SATTA, *Il mistero del processo*, Milano, 1994.
- M. SCAPARONE, B. LAVARINI, *Procedura penale. Volume 1.*, Settima edizione, Torino, 2022.
- E. SCODITTI, *Populismo e diritto. Un’introduzione*, in *Quest. Giust.*, 2019, 1, 7.
- S. SEMINARA, *Consenso sociale, populismo e diritto penale*, in *Giustizia Insieme*, 10 giugno 2020.
- S. SILVERIO, *La garanzia costituzionale della presunzione di non colpevolezza*, in *Rass. parl.*, 2015, 4, 853.

- G. SILVESTRI, *Corte costituzionale, sovranità popolare e “tirannia della maggioranza”*, *Quest. Giust.*, 2019, 1, 22.
- C. SOTIS, *Il diritto penale tra scienza della sofferenza e sofferenza della scienza*, in *Arch. pen.*, 2019 1, 9.
- G. SPANGHER, *Considerazioni sul processo “criminale” italiano*, Torino, 2015.
- G. SPANGHER, *Informazione giudiziaria relativa al processo penale*, in *Pen. Dir. e proc.*, 29 marzo 2021.
- G. SPANGHER, *Tra resistenze applicative ed istanze restauratrici*, in AA.VV., *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la “legge Pecorella”*, a cura di A. GAITO, Torino, 2006, 237.
- G. SPANGHER, *Troppe cautele nell’adattare regole Ue al nostro sistema di giustizia penale*, in *Guida dir.*, 2021, 17, 48.
- G. SPANGHER, *Un’informazione sui processi nel rispetto delle garanzie*, in *Guida dir.*, 2021, 48, 36.
- G. SPANGHER, *Verità, verità processuale, verità mediatica, verità politica*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 806.
- A. SPATARO, *Commento al decreto legislativo 188/2021*, in *Giustizia Insieme*, 14 dicembre 2021.
- G. STAMPANONI BASSI, *La presunzione di innocenza e l’odiosa pratica del processo mediatico*, *Linkiesta*, 29 ottobre 2021.
- D. STASIO, *Il dovere di comunicare dei magistrati: la sfida per recuperare fiducia nella giustizia*, in *Quest. Giust.*, 2018, 4, 213.
- D. STASIO, *La spettacolarizzazione mediatica del processo penale*, in *Italianieuropei*, 2010, 1, 90.
- A. STELLA, *Intervista a Vittorio Manes: “Il tribunale dei media sfregia la giustizia*, in *Il Riformista*, 6 maggio 2022.
- V. A. STELLA, *Recepimento della direttiva europea sulla presunzione di innocenza: è davvero la fine dei processi mediatici?*, in *Giustizia Insieme*, 14 dicembre 2021.

- G. TARLI BARBIERI, *Libertà di informazione e processo penale nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte Edu: problemi e prospettive*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, 20.
- M. TERZI, *I processi in tv ormai rischiano di sostituire noi giudici*, in *Il Dubbio*, 30 gennaio 2018.
- P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, 21^a ed., Milano, 2020.
- P. TONINI e C. CONTI, *Il processo di Perugia tra “conoscenza istintuale” e scienza del dubbio*, in *Arch. pen.*, 2011, 4, 12.
- N. TRIGGIANI, voce *Segreto processuale e divieto di pubblicazione (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. II, tomo 1, Milano, 2008, 1075.
- N. TRIGGIANI, *Verità, giustizia penale, Mass media e opinione pubblica*. Relazione al Seminario di studi "Processo penale e processo mediatico" (Taranto, dicembre 2010) in *Giust. pen.*, 2011, 10, pt. 3, 568.
- A. F. TRIPODI, *Dal diritto penale della paura alla paura del diritto penale. Spunti per una riflessione*, in *Quaderno di storia del penale e della giustizia*, 2019, 263.
- A. F. TRIPODI, *Norma penale e biosicurezza. Osservazioni sul diritto punitivo emergenziale di ultima generazione*, in *Leg. pen.*, 2021, 1-13.
- S. TURCHETTI, *Diffamazione e trattamento dei dati personali nel processo mediatico*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, 97.
- G. UBERTIS, *Prova, verità e processo*, in *Arch. pen.*, 2020, 2, 547.
- C. VALENTINI, *La presunzione d'innocenza nella Direttiva n. 2016/343/UE: per aspera ad astra*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, 6, 193.
- G. VARRASO, *La decisione sugli effetti civili e la confisca senza condanna in sede di impugnazione. La legge n.3 del 2019 (c.d. “spazzacorrotti”) trasforma gli artt. 578 e 578-bis c.p.p. in una disciplina a termine*, in *Dir. pen. cont.*, 4 febbraio 2019.
- V. VASTA, *Presunzione di innocenza e pubblicità extraprocessuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1061.
- M. VENTUROLI, *La “centralizzazione” della vittima nel sistema penale contemporaneo tra impulsi sovranazionali e spinte populistiche*, in *Arch. pen.*, 2021, 2.

- L. VIOLANTE, *L'infausto riemergere del tipo d'autore*, in *Quest. Giust.*, 2019, 1, 101.
- L. VIOLANTE, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, *Criminalia*, 2014, 197.
- L. VIOLANTE, *Stretta inevitabile sulle indagini-show, ora i media siano più sobri»*, in *Il Dubbio*, 22 ottobre 2021.
- G.P. VOENA, *Processo pubblico e "mass media": il passato e il presente*, in *Leg. pen.*, 19 ottobre 2020, 155.
- K. WEYLAND, *Clarifying a Contested Concept: Populism in the Study of Latin American Politics*, *Comparative Politics*, 34(1), 2001, 1-22.
- V. ZENO-ZENCOVICH, *Comunicazione, reputazione, sanzione*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2007, 2, 263.
- S. ZIRULIA, *Il diritto penale nel "Decreto Lamorgese": nuove disposizioni, vecchie politiche criminali*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 567.
- P. ZOERLE, *La pubblicazione di immagini dell'imputato: tra diritto di cronaca giudiziaria, diritto alla riservatezza e presunzione di innocenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1, 343.

SITOGRAFIA

- E. AMODIO, *La retorica colpevolista della giustizia mediatica*, in http://www.camerepenali.it/cat/7272/%20la_retorica_colpevolista_della_giustizia_mediatica.html, 2015.
- D. BRUNELLI, *Divagazioni sulle dimensioni parallele della responsabilità penale, tra ansie di giustizia, spinte moralistiche e colpevolezza normativa*, in www.penalecontemporaneo.it, 12 ottobre 2016.
- G.D. CAIAZZA, *Miracolo Draghi ma mai più populismo penale*, in https://www.ilriformista.it/miracolo-draghi-ma-mai-piu-populismo-penale-194008/?refresh_ce.
- G.D. CAIAZZA, *"Con Cartabia termina epoca giustizialismo populista a via Arenula"*, in https://www.adnkronos.com/caiazza-penalisti-con-cartabia-termina-epoca-giustizialismo-populista-a-via-arenula_55qQXAXbGPbTe7a1SV6xev?refresh_ce.
- Consiglio Superiore della Magistratura, *Linee-guida per l'organizzazione degli uffici giudiziari ai fini di una corretta informazione istituzionale*, delibera dell'11 luglio 2018, in <https://www.csm.it/documents/21768/87316/linee+guida+comunicazione+%28delibera+11+luglio+2018%29/4e1cd7cc-a61b-66b0-3f0e-46cba5804dc3>.
- Consiglio Superiore della Magistratura, *Parere del 3 novembre 2021, 38/PA/2021*, in <https://www.csm.it/documents/21768/92150/parere+presunzione+di+innocenza+3+novembre+2021/1f1eafdf-6b97-5f81-dac8-6be78215db08>.