

media LAWs

Rivista di diritto dei media
1/2022 giugno



**DIRETTORE RESPONSABILE
EDITOR-IN-CHIEF**

Oreste Pollicino (Università Bocconi)

**DIRETTORI
EDITORS**

Giulio Enea Vigevani (Università di Milano - Bicocca)
Carlo Melzi d'Eril (Avvocato in Milano)
Marina Castellaneta (Università di Bari)

**VICEDIRETTORI
VICE-EDITORS**

Marco Cuniberti (Università di Milano)
Giovanni Maria Riccio (Università di Salerno)
Marco Orofino (Università di Milano)
Marco Bassini (Università Bocconi)
Ernesto Apa (Avvocato in Roma)

**REDAZIONE
EDITORIAL BOARD**

Marco Bassini (*coordinatore*) (Università Bocconi)
Maria Chiara Meneghetti (*vice coordinatore*) (Università Bocconi)
Flavia Bavetta (*vice coordinatore*) (Università Bocconi)
Ludovico Bossi, Niccolò Iurilli, Elena Mandarà

**SEDE
CONTACTS**

ACCMS Studio Legale
Via Podgora 13 – 20122 Milano

Università Bocconi - Dipartimento di Studi Giuridici
Via Roentgen 1 - 20136 Milano

e-mail: submissions@medialaws.eu

COMITATO SCIENTIFICO- STEERING COMMITTEE

Shulamit Almog (*University of Haifa*), Fabio Basile (*Università di Milano*), Mirzia Bianca (*La Sapienza – Università di Roma*), Elda Brogi (*European University Institute*), Giuseppe Busia (*Autorità Nazionale Anticorruzione*), Licia Califano (*Università di Urbino, già Garante per la protezione dei dati personali*), Angelo Marcello Cardani (*Università Bocconi, già Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*), Marta Cartabia (*Università Bocconi, Presidente emerito della Corte costituzionale*), Massimo Ceresa-Gastaldo (*Università Bocconi*), Pasquale Costanzo (*Università di Genova*), Marilisa D'Amico (*Università di Milano*), Filippo Donati (*Consiglio Superiore della Magistratura*), Mario Esposito (*Università del Salento*), Giusella Finocchiaro (*Università di Bologna*), Tommaso Edoardo Frosini (*Università Suor Orsola Benincasa*), Maurizio Fumo (*Suprema Corte di Cassazione*), Alberto Maria Gambino (*Università Europea – Roma*), Michale Geist (*University of Ottawa*), Glauco Giostra (*La Sapienza – Università di Roma*), Enrico Grosso (*Università di Torino*), Uta Kohl (*University of Southampton*), Krystyna Kowalik-Bańczyk (*Tribunale dell'Unione europea*), Simone Lonati (*Università Bocconi*), Fiona Macmillan (*University of London*), Vittorio Manes (*Università di Bologna*), Michela Manetti (*Università di Siena*), Christopher Mardsen (*University of Sussex*), Manuel D. Masseno (*Instituto Politécnico de Beja*), Roberto Mastroianni (*Tribunale UE*), Luigi Montuori (*Garante per la protezione dei dati personali*), Antonio Nicita (*LUMSA, già Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*), Monica Palmirani (*Università di Bologna*), Miquel Pequera (*Universitat Oberta de Catalunya*), Vincenzo Pezzella (*Suprema Corte di Cassazione*), Laura Pineschi (*Università di Parma*), Giovanni Pitruzzella (*Corte di giustizia UE*), Francesco Pizzetti (*Università di Torino*), Andrea Pugiotto (*Università di Ferrara*), Margherita Ramajoli (*Università di Milano*), Sergio Seminara (*Università di Pavia*), Salvatore Sica (*Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa*), Pietro Sirena (*Università Bocconi*), Francesco Viganò (*Corte costituzionale*), Luciano Violante (*Fondazione Leonardo - Civiltà delle Macchine*), Lorenza Violini (*Università di Milano*), Roberto Zaccaria (*Università di Firenze*), Nicolò Zanon (*Corte costituzionale*), Vincenzo Zeno-Zencovich (*Università di Roma Tre*)

COMITATO DEGLI ESPERTI PER LA VALUTAZIONE - ADVISORY BOARD

Maria Romana Allegri, Giulio Allevato, Benedetta Barbisan, Marco Bellezza, Daniela Bifulco, Elena Bindi, Carlo Blengino, Monica Bonini, Manfredi Bontempelli, Fernando Bruno, Daniele Butturini, Irene Calboli, Simone Calzolaio, Quirino Camerlengo, Gianluca Campus, Nicola Canzian, Marina Caporale, Andrea Cardone, Corrado Caruso, Stefano Catalano, Adolfo Ceretti, Francesco Clementi, Roberto Cornelli, Giovanna Corrias Lucente, Filippo Danovi, Monica Delsignore, Giovanni De Gregorio, Giovanna De Minico, Gabriele Della Morte, Marius Dragomir, Fernanda Faini, Fabio Ferrari, Roberto Flor, Federico Furlan, Giovanni Battista Gallus, Marco Gambaro, Gianluca Gardini, Ottavio Grandinetti, Antonino Gullo, Erik Longo, Valerio Lubello, Federico Lubian, Nicola Lupo, Paola Marsocci, Claudio Martinelli, Alberto Mattiacci, Alessandro Melchionda, Massimiliano Mezzanotte, Francesco Paolo Micozzi, Donatella Morana, Piergiuseppe Otranto, Omar Makimov Pallotta, Anna Papa, Paolo Passaglia, Irene Pellizzone, Sabrina Peron, Bilyana Petkova, Davide Petrini, Marina Pietrangelo, Federico Gustavo Pizzetti, Augusto Preta, Giorgio Resta, Francesca Rosa, Andrej Savin, Salvatore Scuto, Monica Alessia Senior, Stefania Stefanelli, Giulia Tiberi, Bruno Tonoletti, Emilio Tosi, Lara Trucco, Luca Vanoni, Gianluca Varraso, Silvia Vimercati, Thomas Wischmeyer, Paolo Zicchittu

**Saggi - Sezione monografica
“L’attuazione della direttiva
europea sulla presunzione di
innocenza”**

a cura di Carlo Melzi d’Eril

- 11 Un catechismo per atei
Una prima lettura del d.lgs n. 188
del 2021**
Glauco Giostra
- 20 Presunzione di innocenza: un diritto
leso, buone intenzioni, una disciplina
inadeguata**
Carlo Melzi d’Eril
- 34 Presunzione d’innocenza e riforma
della giustizia penale**
Manfredi Bontempelli
- 39 Irrinunciabile tutela della
presunzione di innocenza contro
le distorsioni del processo mediatico**
Salvatore Scuto
- 50 Quell’arma (spuntata) contro
le indagini spettacolo**
Giovanni Negri
- 55 Informazione giudiziaria e presunzione
di innocenza: lo stato di attuazione
della direttiva (UE) 2016/343 nei
diversi ordinamenti europei**
Simone Lonati
- 74 L’attuazione della direttiva sulla
presunzione d’innocenza: atto dovuto
o occasione per limitare la libertà di
stampa?**
Marina Castellaneta

Altri saggi

- 100 Freedom of pluralism of the media:
an European value waiting to be
discovered?**
Roberto Mastroianni

- 111 La registrazione delle imprese
editoriali e la verifica della trasparenza
dell’assetto proprietario**
Alfonso Contaldo
- 138 Il valore giuridico e probatorio delle
firme elettroniche tra neutralità
tecnologica, non discriminazione e
certezza del diritto**
Fernanda Faini
- 170 Dati sanitari: aperti, accessibili e
riutilizzabili**
Elisa Sorrentino - Anna Federica Spagnuolo
- 183 Vita quotidiana del minore online.
Tra esigenze di tutela e limiti
tecnologici**
Raffaele Giarda - Jacopo Liotta - Giovanni
Rindi
- 199 The role of technology and innovation
in digital and social inclusion.
The case of disability in a public
perspective**
Beatrice Rabai
- 212 Il contributo del binomio *talk show*/
pubblicità alla deriva “panpopulistica”
del diritto penale**
Mariangela Telesca
- 255 Il Parlamento e l’emergenza.
Forma di governo, fonti, ipotesi
di digitalizzazione**
Luca Cavalli

Note a sentenza

- 272 Il difficile bilanciamento tra libertà
di informazione professionale e tutela
della reputazione della persona.
Riflessioni sulla dichiarazione di
incostituzionalità della pena detentiva
nei confronti dei giornalisti**
Andrea Napolitano

291 L'anonimato degli utenti quale forma mediata della libertà di stampa: Il caso *Standard Verlagsgesellschaft mbH c. Austria*

Pietro Dunn

304 L'estensione degli effetti estintivi del reato all'intervistato derivati dalla remissione di querela nei confronti del direttore intervistatore

Silvia Vimercati

310 Prospettive sul ruolo delle piattaforme nel bilanciamento tra accertamento processuale e profili di riservatezza. Riflessioni a margine della saga *Gambia v. Facebook*

Licia Cianci

325 La finalità riparatoria dell'istituto della rettifica ex art. 8 l. 47/1948

Sabrina Peron

Cronache

332 Non-Fungible Tokens (NFT): business models, legal aspects, and market valuation

Cecilia Trevisi - Roberto Moro Visconti -
Andrea Cesaretti

358 Enforcement del diritto d'autore. L'equo compenso derivante dall'utilizzo online delle pubblicazioni a carattere giornalistico

Augusto Preta - Laura Zoboli

Essays - Focus: The implementation of the EU directive on the presumption of innocence

a cura di Carlo Melzi d'Eril

- 11** “Catechism for atheists”
Glauco Giostra
- 20** Presumption of innocence: good will but inadequate discipline
Carlo Melzi d'Eril
- 34** Presumption of innocence and reform of criminal justice
Manfredi Bontempelli
- 39** Protecting the presumption of innocence vis-à-vis trial by media
Salvatore Scuto
- 50** An arm against trial by media?
Giovanni Negri
- 55** Judicial information and the presumption of innocence: the state of implementation of Directive (EU) 2016/343 in the European national legal systems
Simone Lonati
- 74** The implementation of the directive on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence: a way to restrict freedom of the press?
Marina Castellaneta

Other essays

- 100** Freedom of pluralism of the media: an European value waiting to be discovered?
Roberto Mastroianni
- 111** The registration of publishing companies and the verification of the transparency of the ownership structure
Alfonso Contaldo

- 138** The legal and evidentiary value of electronic signatures between technological neutrality, non-discrimination and legal certainty
Fernanda Faini
- 170** Health data: open, accessible and reusable
Elisa Sorrentino - Anna Federica Spagnuolo
- 183** Everyday life of minors on the Internet: legal protections and technical restrictions
Raffaele Giarda - Jacopo Liotta - Giovanni Rindi
- 199** The role of technology and innovation in digital and social inclusion. The case of disability in a public perspective
Beatrice Rabai
- 212** The contribution of trial by media to populism in criminal law
Mariangela Telesca
- 255** The Parliament and the emergency. Form of government, sources of law, hypothesis of digitalization
Luca Cavalli

Case notes

- 272** The difficult balance between professional freedom of speech and protection of the person's reputation. Thoughts on the declaration of unconstitutionality of the imprisonment towards journalists.
Andrea Napolitano
- 291** User anonymity as a mediated form of freedom of the press: The Standard Verlagsgesellschaft mbH v. Austria case
Pietro Dunn

304 The Italian Supreme Court on the consequences of the withdrawal of criminal complaints vis-à-vis editor-in-chief

Silvia Vimercati

310 Perspectives on platforms' role in the balancing between procedural assessment and privacy rights. Reflections on the *Gambia v. Facebook* saga

Licia Cianci

325 The compensatory ratio of rectification in the Italian Law on the Press

Sabrina Peron

Comments

332 Non-Fungible Tokens (NFT): business models, legal aspects, and market valuation

Cecilia Trevisi - Roberto Moro Visconti -
Andrea Cesaretti

358 Copyright enforcement: the fair remuneration for the online uses of press publications

Augusto Preta - Laura Zoboli

Sono stati sottoposti a referaggio a doppio cieco i contributi di: Luca Cavalli; Alfonso Contaldo; Fernanda Faini; Raffaele Giarda, Jacopo Liotta e Giovanni Rindi; Roberto Mastroianni; Andrea Napolitano; Beatrice Rabai; Elisa Sorrentino e Anna Federica Spagnuolo; Mariangela Telesca; Laura Zoboli e Augusto Preta.

Sono inoltre stati sottoposti a referaggio anonimo i contributi di: Marina Castellaneta; Licia Cianci; Pietro Dunn; Simone Lonati; Carlo Melzi d'Eril; Salvatore Scuto; Cecilia Trevisi, Roberto Moro Visconti e Andrea Cesaretti; Silvia Vimercati.

Su determinazione della direzione, in conformità al regolamento della Rivista, non sono stati sottoposti a referaggio i contributi di Manfredi Bontempelli; Glauco Giostra e Giovanni Negri

Un catechismo per atei

Una prima lettura del d.lgs n. 188 del 2021

Glauco Giostra

1. Nel comune sentire l'imputato è presunto colpevole sin dall'inizio del procedimento, talvolta anche dopo che questo si sia concluso con un proscioglimento o persino con un'assoluzione: il solo fatto di essere risucchiato negli ingranaggi della giustizia è percepito come inequivoco indizio di colpevolezza. Persino quando gli sgherri di Pinochet trascinarono via, i polsi legati con filo spinato, i ragazzi della guardia del corpo di Allende, per torturarli e ucciderli «i testimoni che non avevano visto nulla mormorarono: “qualcosa avranno fatto, non per niente li portano via”» (L. Sepulveda, *Il generale e il giudice*).

L'inconfessata ansia di condannare, che è ansia di placare le nostre paure prima ancora che di soddisfare il nostro bisogno di giustizia, è problema di cronica attualità. Quasi duemilacinquecento anni fa, nelle Vespe, Aristofane personificò questo sentire sociale nella figura di Filocleone, che aveva la passione di condannare, in qualità di “giudice popolare”. In tribunale sedeva sempre al primo banco e – poiché nelle tavolette incerate i giudici ateniesi sollevano segnare con una lunga linea la condanna – «quando rincasava pareva un calabrone o un'ape tanta era la cera che aveva sotto le unghie».

Dunque, *nihil novi sub sole*? Solo un passaggio dalle unghie del tribunale aristofaneo ai polpastrelli dei moderni digitatori della tastiera e del telecomando? No, esiste una siderale differenza: ai tempi di Filocleone i processi duravano un giorno e solo i presenti ne avevano contestuale conoscenza.

Attualmente, giustizia e informazione sono cadenzate da due metronomi diversissimi. Da un lato, vi è l'“andatura” del processo, con i suoi tempi “geologici”: la sentenza giunge di regola quando i media e la società hanno già da anni emesso la loro pronuncia e “archiviato” il fatto; dall'altro, vi è l'incalzante rapidità dell'informazione: la notizia è ormai prodotto effimero e i riflettori mediatici si possono attardare soltanto sulle primissime indagini.

Non è difficile cogliere una prima conseguenza di questo macroscopico disallineamento temporale: con l'attenzione avidamente puntata soltanto sui primi passi dell'azione giudiziaria, questi finiscono per caricarsi di un significato improprio e di un'attendibilità che non hanno. Così accade sovente che l'iscrizione della notizia di reato o l'informazione di garanzia acquisti valore di accusa, la formulazione dell'imputazione quello di condanna, la misura cautelare quello di pena.

Ma l'incolmabile *spread* tra la velocità dell'informazione e la lentezza della giustizia causa anche una sorta di “collusione informativa” tra inquirenti che vorrebbero far conoscere i risultati della loro azione e i giornalisti che quei risultati vorrebbero conoscere in esclusiva o almeno prima della concorrenza. Non di rado, un invisibile e collaudato notizie-dotto finisce per collegare l'ufficio inquirente alla testata giornalistica di fiducia. Questo reticolo carsico di reciproche compiacenze sversa sui media un'informazione “segnata”, nel senso che non soltanto induce nell'opinione pubblica

improprie anticipazioni di giudizio, ma condiziona anche il segno di questo giudizio. L'indiscrezione giudiziaria, infatti -raramente disinteressata, mai neutra- è latrice nel migliore dei casi di un obiettivo di autolegittimazione o di rassicurazione della collettività in ordine all'efficacia dell'azione repressiva: fatalmente lascia passare le sole informazioni funzionali allo scopo. Sarebbe per questo fortemente auspicabile un raddoppiato spirito critico da parte degli operatori dell'informazione sulle notizie a loro non passionatamente elargite. Di norma, invece, i giornalisti che hanno ricevuto in via confidenziale e privilegiata la notizia non hanno interesse a "dubitarne" criticamente il contenuto o il significato, rischiando di inaridire in futuro la propria fonte, e si limitano a "girarle" all'opinione pubblica.

È pur vero che quando l'informazione viene fornita "ufficialmente" dalla fonte giudiziaria, cioè *erga omnes*, il pluralismo delle chiavi di lettura offre di per sé una maggiore garanzia di obiettività. Se non fosse che l'odierna carenza di specializzazione professionale del giornalista giudiziario -sulle cui cause economiche, organizzative e concorrenziali non è qui possibile soffermarsi- determina spesso una subalternità del controllore rispetto al controllato: la notizia viene acriticamente riportata corredata della "didascalia esplicativa" che vi ha impresso la fonte. E quand'anche per capacità e per scrupolo professionale il giornalista voglia sottoporre ad un rigoroso vaglio l'effettiva portata del dato giudiziario che si accinge a pubblicare, difficilmente potrebbe consentirselo. Tardare significherebbe correre un rischio editorialmente insopportabile: "bucare la notizia".

Per le ragioni cui si è fatto sommariamente cenno è inevitabile che l'intonazione della cronaca giudiziaria abbia tendenzialmente un'impronta colpevolista.

La narrazione mediatica, poi, con il suo sensazionalismo nel riferire i fatti di cronaca nera e con la tendenza ad alimentare un'impaziente attesa di risultato, accentua inevitabilmente l'orientamento colpevolista e le aspettative dell'opinione pubblica, attivando una circolarità perversa.

Quando "nella tv del dolore" si va morbosamente a frugare nella disperazione delle vittime alla ricerca di qualche dichiarazione, la risposta più frequente e scontata è "vogliamo giustizia", ma in realtà si vuole, comprensibilmente, soltanto un colpevole e subito. L'individuazione di un accusato appaga in loro e nell'opinione pubblica la naturale ansia di dare un responsabile all'azione criminale: un sollievo che difficilmente si lascia turbare da distinguo, precisazioni e cautele, dovute all'estrema provvisorietà degli elementi a carico. È del resto significativo che l'esclamazione "giustizia è fatta" sia sostanzialmente riservata all'esito di un processo conclusosi con la condanna.

2. Gli errori e gli orrori che sono derivati da questa spontanea tendenza psicologica e mediatica a sovrapporre i concetti di accusa e di colpevolezza, di giustizia e di condanna, hanno anzitutto indotto a enunciare a livello costituzionale il controistintivo principio secondo cui, per quanti indizi di responsabilità si possano addensare sul suo capo, «l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva» (art. 27 comma 2 Cost.). E a tutela di tale principio la legislazione ordinaria ha posto determinati presidi, primo fra tutti quello che impone all'accusa l'onere della prova per dimo-

Saggi - Sezione monografica: “L’attuazione della direttiva europea sulla presunzione di innocenza”

strare la responsabilità dell’accusato al di là di ogni ragionevole dubbio.

Ma, ammesso che tali presidi siano sempre sufficienti a difendere “all’interno” del processo il giudizio dal pre-giudizio, molto arduo risulta proteggere “all’esterno” la dignità e la reputazione di chi è raggiunto dal sospetto. Spesso la vita di una persona è devastata più dall’ostracismo e dall’escrazione sociale derivanti da un’indagine che non da una condanna in sede giudiziaria. Il principio enunciato dall’art. 27 comma 2 Cost. avrebbe dovuto rappresentare una stella polare etica e professionale per l’informazione relativa al processo penale, ma non si può certo dire che questa – diciamo così, eufemisticamente – ne abbia tenuto gran conto.

Da ciò il proposito, meritorio e improbo ad un tempo, di imporre regole alla rappresentazione delle vicende giudiziarie, perseguito dalla Direttiva 2016/343/UE prima, e dal recentissimo Decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 188 (da ora in avanti, Decreto), poi. Se ci si è soffermati, sia pure con sommarie pennellate impressionistiche, sull’attuale stato dell’informazione giudiziaria è perché solo la conoscenza delle sue criticità ci consente di esprimere una valutazione in ordine all’efficacia dei rimedi apprestati, che – lo si anticipa – non appaiono sempre adeguati ai condivisibili obiettivi perseguiti.

Beninteso, non si può sottovalutare il pregnante significato culturale che la direttiva europea e il Decreto attuativo hanno comunque assunto, quale forte richiamo ad un fondamentale valore di civiltà giuridica, come la presunzione di innocenza.

Beninteso, non sfugge la forte riprovazione implicita per le trascorse rodomontate mediatiche di pubblici ministeri preoccupati soltanto di ostentare i propri risultati investigativi e di proporsi come salvatori della Patria.

Beninteso, è certo sacrosanta la precisazione secondo cui le informazioni sui procedimenti in corso devono essere «fornite in modo da chiarire la fase in cui il procedimento pende».

Beninteso, non si trascura di apprezzare il potere del soggetto illegittimamente additato come colpevole di chiedere la rettifica della notizia (rimedio peraltro che, per come è strutturato, rischia di tradursi nella “notizia data due volte”).

Ma, nonostante indiscutibili meriti, il recente intervento legislativo presenta due severe criticità riguardanti l’an e il *quomodo* della comunicazione giudiziaria.

La prima e più rilevante: si prefigura un sistema in cui l’autorità pubblica, sostanzialmente quella giudiziaria inquirente, è messa in grado di manovrare *ad libitum* il rubinetto delle notizie riguardanti il procedimento penale.

E’ pur vero che il Decreto ostenta perentori parametri regolatori: «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». Di fatto, però, la “somministrazione” della notizia processuale è sostanzialmente affidata all’arbitrio del detentore della stessa. Non solo la sussistenza del primo dei due presupposti, legato com’è alle esigenze investigative, è evidentemente rimessa all’insindacabile valutazione dell’autorità inquirente, ma anche *l’interesse pubblico* è criterio sfuggente e variamente graduabile, specie se si considera che un interesse pubblico alla conoscenza di ogni processo è sempre inoppugnabilmente sostenibile. Soprattutto, poi, la sua sussistenza *consente, non impone*, di fornire informazioni rispetto

al procedimento cui si riferisce. Ne deriva che l'autorità giudiziaria ben potrà legittimamente omettere ogni comunicazione pure rispetto a procedimenti la cui conoscenza ritiene di rilevante interesse pubblico. Prospettiva preoccupante se si considera che queste capricciose intermittenze informative rischiano di costituire l'unica legittima fonte di approvvigionamento delle notizie per gli organi di stampa. Infatti, se fino ad oggi -vigente una disposizione che recitava: «il procuratore della Repubblica mantiene personalmente (...) i rapporti con gli organi di informazione» (art.5 comma 1 d.lgs 106/2006)- veniva generalmente disconosciuto, salvo meritorie eccezioni (ad esempio, Procura della Repubblica di Napoli), il diritto del giornalista ad ottenere il rilascio di copie di atti non più segreti a norma dell'art. 116 c.p.p., è ragionevole presumere che questo orientamento ritenga di trarre comprensibilmente conforto dal fatto che a tale prescrizione normativa il Decreto aggiunge ora che tali rapporti devono essere mantenuti «*esclusivamente* tramite comunicati ufficiali o (...) conferenze stampa».

A immaginare, irrealisticamente, un'applicazione a tenuta stagna del tessuto normativo scaturito dall'entrata in vigore del Decreto, avremmo un sistema in cui il controllato –cioè l'autorità giudiziaria– decide *quando* e *cosa* sottoporre all'attenzione pubblica affinché la collettività possa esercitare tale controllo. Una stampa già oggi sin troppo acriticamente appiattita sulle prospettazioni offerte dalle proprie fonti, dovrebbe limitarsi a riportare notizie selezionate insindacabilmente dall'autorità inquirente.

Ma le cose probabilmente non andranno così.

Per quale ragione, infatti, dovrebbe venire smantellato il reticolo sotterraneo procure-organi di informazione che ha sinora garantito l'approvvigionamento clandestino di notizie? Già il d.lgs. 20 febbraio 2006, n. 106 faceva «divieto ai magistrati della procura della Repubblica di rilasciare dichiarazioni o fornire notizie agli organi di informazione circa l'attività giudiziaria dell'ufficio» (art. 5 comma 3), con obbligo per il procuratore della Repubblica «di segnalare al consiglio giudiziario, per l'esercizio del potere di vigilanza e di sollecitazione dell'azione disciplinare, le condotte» trasgressive del divieto (art. 5 comma 5). Non consta né che l'informazione giudiziaria in questi ultimi quindici anni sia improntata alla trasparenza delle fonti, né che tale obbligo di segnalazione sia stato mai esercitato. Nulla fa presagire che le cose siano destinate a cambiare con il recente Decreto. Anzi, la restrizione delle modalità di comunicazione *erga omnes* accrescerà verosimilmente l'interesse all'indiscrezione clandestina sia da parte dell'autorità inquirente che voglia “passare” notizie sulla propria attività pur in palese assenza di necessità investigative o di rilevante interesse pubblico dei fatti indagati, sia da parte di operatori dell'informazione che non vogliano rassegnarsi alla “razione” di notizie ufficialmente erogata. Tanto più che, incomprensibilmente, alle modalità comunicative imposte dal Decreto non risultano vincolati gli organi di informazione. Non è difficile pronosticare che accanto ad una ingessata comunicazione ufficiale, germinerà ancor più diffusa e più appetita una narrazione degli eventi procedurali appresi da non meglio precisate “fonti attendibili”. In altri termini, i moltissimi magistrati che già avevano un rapporto trasparente e corretto con la stampa finiranno per rispettare anche le nuove indicazioni sin troppo analiticamente prescrittive. Gli “inoservanti” delle regole previgenti – non molti, ma molto disinvolti – continueranno a gestire l'indiscrezione giudiziaria secondo propri criteri di opportunità e di convenien-

Saggi - Sezione monografica: “L’attuazione della direttiva europea sulla presunzione di innocenza”

za. Per loro, a cui precipuamente era idealmente indirizzato, il Decreto rappresenterà quello che rappresenta il catechismo per i non credenti.

Per quanto questa sia all’evidenza una prospettiva tutt’altro che edificante, rimane pur sempre preferibile a una situazione in cui alla stampa, e quindi alla collettività nel cui nome la giustizia viene amministrata, giungano solo le notizie che “i sacerdoti celebranti” ritengono di comunicare al popolo.

Ed ancora, sempre per restare all’an della comunicazione giudiziaria. La prospettiva scotomizzata adottata dalla direttiva europea e riprodotta dal recente Decreto non ha soltanto trascurato il versante giornalistico della narrazione giudiziaria, spesso almeno parimenti lesivo della presunzione di non colpevolezza, ma ha ignorato un settore nei rapporti tra giustizia e informazione, che ha concorso in modo significativo a minare l’effettività della garanzia. Si allude al fenomeno che si registra quando dall’informazione sul processo si passa al processo celebrato sui mezzi d’informazione. Va sempre più prendendo piede, infatti, la deprecabile tendenza a scimmiettare liturgie e terminologie della giustizia ordinaria, riproducendone alcune movenze, taluni meccanismi procedurali, “pantografando” una sorta d’indagine giudiziaria per presentare all’opinione pubblica i risultati di questa messa in scena: un’“aula mediatica” che si costituisce come foro alternativo rispetto a quello istituzionale. Non sempre l’osservatore 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 risultare spesso meno comprensibile e meno “vera”. Si registra, cioè, una crescente insofferenza per la giustizia istituzionale, intessuta di regole e di limiti, a fronte del presunto accesso diretto alla verità, che sembra assicurato dall’avvicinamento di un microfono o di un obiettivo alle fonti. Liberata da ogni forma del procedere, quella fornita dai media sembra l’unica verità immediata: una falsità che sconfinava nell’ossimoro, trattandosi della verità mediata per definizione e per eccellenza. Oltretutto, per quel che qui interessa, la verità degli organi di informazione, a causa del modo inquisitorio, sensazionalistico e acritico con cui si raccolgono bulimicamente notizie e dati, si riduce quasi sempre ad un indice puntato con cui si addita alla folla mediatica il colpevole.

Questa sorta di “rappresentazione para-processuale” – ha da tempo ammonito l’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni – genera, «con l’immediatezza propria della comunicazione televisiva», «una sorta di convincimento pubblico in apparenza degno di fede sulla fondatezza» dell’accusa: nella percezione di massa, infatti, la comunicazione televisiva svolge una «funzione di validazione della realtà».

Senza dire dell’influenza – certo mutevole e imponderabile, ma altrettanto sicuramente non scongiurabile – che alcuni *format* mediatici possono esercitare su chi deve giudicare, vulnerando in modo sostanziale il diritto ad essere dichiarati innocenti. Né vale confidare aprioristicamente, come di recente fa la giurisprudenza della Cassazione nel giustificare la scarsa propensione a ricorrere all’istituto della remissione (oggi giorno, con la diffusione dei media, poco efficace), sullo scudo della professionalità che difenderebbe il giudice dalle pressioni mediatiche. A parte che la considerazione non tranquillizzerebbe con riguardo ai giudici popolari delle corti di assise, è bene ricordare che in base ad una norma del nostro ordinamento – in un contesto molto meno insidioso

– il giudice in dibattimento può autorizzare le riprese audiovisive «purché non ne derivi pregiudizio (...) alla decisione» (art. 147 disp. att. c.p.p.). Sarebbe da domandarsi quale coerenza possa vantare un sistema che valuti potenzialmente lesiva per la corretta formazione della decisione giudiziale la mera ripresa dell'udienza e tendenzialmente ininfluenza la grancassa para-giudiziaria imbastita dai media. In ordinamenti di *common law*, alcuni dei “giustizia-show”, che affollano i nostri palinsesti televisivi, disinvoltamente sguinzagliando microfoni e telecamere, potrebbero integrare il reato di *contempt of Court*: illecito che si propone, appunto, di tutelare l'interesse della collettività ad una corretta amministrazione della giustizia, sanzionando i comportamenti che possono influenzarne *unfairly* il corso e l'esito.

3. Come si è anticipato, non è soltanto il perimetro operativo che il legislatore si è auto-assegnato ad essere inadeguato: insoddisfacente è anche il corredo prescizionale relativo al *quomodo* della comunicazione. Si tratta di “istruzioni per l'uso” di faticosa lettura, che si prestano a una farisaica applicazione. Certo, non è difficile scorgervi le impronte della matrice europea: la direttiva 2016/343 – più ancora del Decreto che le ha dato attuazione – si incartava, fin dai vari *considerando* di esordio, in labirintiche previsioni, costringendo l'interprete a tenere ben saldo in mano il filo di Arianna dell'obiettivo perseguito, se non voleva cedere allo sconforto esegetico e smarrirsi.

Resta comunque il fatto che un legislatore accorto dovrebbe evitare di cadere nella tentazione di irreggimentare le modalità di esercizio del diritto di informare. In generale, infatti, è terreno scivolosissimo quello in cui si inoltra il potere politico quando si ripromette di guidare la penna dell'informazione imponendo una sorta di normografo legislativo, che finisce sempre per mortificare la libertà di stampa, senza migliorarne il prodotto. Ciò è ancor più vero nella materia *de qua*, in cui si tratta spesso di imporre “un dire e non dire” che opacizza il messaggio, privandolo di credibilità: comunicare le prove della colpevolezza necessarie per adottare un determinato provvedimento che la presuppone, salvaguardando al contempo la presunzione che quella colpevolezza nega, rischia di risolversi in esercizi di funambolismo lessicale. Si finisce per pretendere ossimori comunicativi che difficilmente trasmetteranno l'idea che, nonostante l'atto o il provvedimento interinale, sia doveroso presumere innocente l'accusato. Di fronte a questa oggettiva difficoltà il recente legislatore – con lo sguardo ipnotizzato dalla direttiva europea – non mostra di essersi avveduto del rischio insito nell'impegnarsi in una analitica pedagogia della comunicazione.

Sotto il profilo formale, ne è scaturita una formulazione normativa appannata e talvolta arabescata: i primi due commi del neo-introdotta art. 115-*bis* c.p.p., ad esempio, sembrano rampe della scala di Escher.

Sotto il profilo sostanziale, si registra una faticosa e non sempre plausibile differenziazione delle fattispecie comunicative. Mentre ad esempio, all'autorità giudiziaria «nei provvedimenti diversi da quelli volti alla decisione in merito alla responsabilità penale dell'imputato» è fatto divieto di indicarlo come colpevole, un tale divieto non opera nei confronti del pubblico ministero quando compie atti volti a dimostrarne la colpevolezza (primo comma del nuovo art. 115-*bis* c.p.p.). Espressione quest'ultima - mutuata con un taglia-incolla dalla Direttiva europea - a cui è difficile dare contenuto e

Saggi - Sezione monografica: “L’attuazione della direttiva europea sulla presunzione di innocenza”

senso plausibili. Rischio che deve essere stato avvertito dal nostro legislatore, quando ha pensato bene di non riportare interamente la formulazione eurolingua laddove (art. 4 Direttiva 2016/343) sottraeva al divieto *de quo* anche «le decisioni preliminari di natura procedurale adottate da autorità giudiziarie o da altre autorità competenti e fondate sul sospetto o su indizi di reità» (sic!). A recepire pure questo segmento pre-cettivo, invero, l’intera disciplina sarebbe risultata in imbarazzante difficoltà di senso. Resta comunque il fatto che il neo introdotto art. 115-*bis* disegna, in una materia estremamente delicata come quella riguardante i contenuti e le modalità dell’informazione giudiziaria, una geometria normativa slabbrata e confusa. Il legislatore ha lasciato inopportunitamente inascoltato il pressante invito del CSM ad abbandonare «la tecnica redazionale utilizzata dalla direttiva europea lontana dal tradizionale modello codicistico» e ad individuare con il dovuto nitore le diverse fattispecie «al fine di eliminare qualsiasi incertezza interpretativa» (*Parere sullo schema di decreto legislativo*, espresso con delibera del 3 novembre 2021).

Un’ultima considerazione. Secondo una regola generale troppo spesso disattesa, più ci si inoltra in un’analiticità prescrittiva, più è alto il rischio di consegnare zone all’anomia. Tra l’altro, esonda, ad esempio, dal perimetro operativo del provvedimento in commento quella particolare forma di comunicazione non verbale costituita da una sequenza di immagini singolarmente neutre, ma che nella loro sintassi mandano un inequivoco messaggio di colpevolezza. Basterebbe riandare con la memoria alle indagini relative all’omicidio della piccola Yara Gambirasio, alla insistita riproposizione nel corso delle indagini dello sguardo glaciale dell’imputato Bossetti e di un furgone simile a quello da lui posseduto, che passava più volte dinanzi alla scuola della vittima.

4. Insomma, essendo scopo dichiarato del recente Decreto soprattutto quello di contrastare una rappresentazione mediatica delle vicende giudiziarie quasi sempre colpevolista, si avverte forte la sensazione di essere di fronte, se non a un’*aberratio ictus*, ad un intervento non proprio centrato sull’obiettivo e non privo di controindicazioni. Non che ci fossero soluzioni *à la carte*: il problema è delicato e complesso. E soprattutto è un problema culturale. È pur vero che si finisce sempre per dire che il problema è culturale tutte le volte in cui una soluzione normativa è di difficile individuazione, un po’ come i medici parlano di stress o di fibromialgia, quando non è chiara né l’eziopatogenesi, né la cura di un certo disturbo. Di certo, però, la stessa informazione che induce orientamenti colpevolisti potrebbe, ben più di qualche precetto normativo, contribuire a cambiare il modo di percepire il fenomeno processuale. A far capire che la presunzione di innocenza non è un vezzo garantistico, ma una doverosa cautela, poiché se presumere innocente chi poi sarà dichiarato colpevole è atteggiamento privo di conseguenze, presumere colpevole un innocente è invece una barbarie civile che ci rende colpevoli al suo cospetto. Potrebbe una stampa seria e documentata, ad esempio, dar conto con il giusto risalto del fatto che soltanto un terzo dei procedimenti penali si conclude con una sentenza, e, tra questi, soltanto il sessanta per cento con una condanna. Forse di fronte a questi dati ci risparmierebbero molti “crucefige!” mediatici, e imparerebbero a sospendere responsabilmente il giudizio, almeno sino alla decisione finale. Questa, peraltro, sia detto per inciso, ci solleva giuridicamente dal do-

vere di presumere l'accusato innocente, anche se non ci impedisce di conservare un dubbio sulla sua colpevolezza anche dopo la condanna. Il nostro Ministero dell'Economia e delle Finanze ha reso noto che nel 2020 sono state indennizzate 766 persone per l'ingiustizia subita (numero però comprensivo delle riparazioni sia per ingiusta detenzione, sia per condanna subita da soggetti risultati innocenti a seguito di revisione). Si tratta di una cifra che sottostima largamente la dimensione reale del fenomeno vuoi perché l'innocente – uscito dall'incubo giudiziario – non sempre propone istanza di riparazione, vuoi perché talvolta le istanze presentate vengono respinte per una ritenuta “corresponsabilità” dell'imputato nella decisione errata (l'art. 4 comma 1 lett. b del Decreto cerca opportunamente di porre un limite a questa tendenza, precisando che l'esercizio del diritto al silenzio non incide sul diritto alla riparazione).

Ed ancora, sempre per restare nei rimedi extra-normativi. Lezioni di educazione civica sulla fisiologica fallibilità della giustizia umana dovrebbero essere impartite sin dalle scuole superiori, documentando sia i devastanti effetti sulle persone inquisite dell'alone di colpevolezza che le addita alla pubblica esecrazione, sia la significativa percentuale di archiviazioni, nonché di proscioglimenti e di assoluzioni in via definitiva, con cui si concludono i procedimenti penali. Persino certi spregevoli *infotainment* giudiziari, sempre che non si riesca meritoriamente a cancellarli dai vari palinsesti televisivi, potrebbero svolgere un ruolo importante e positivo, solo che dedicassero il consueto strepito mediatico anche alle assoluzioni sopraggiunte dopo anni di pubblicaogna.

5. Essendo comunque molto improbabile che si realizzi una tale sensibilizzazione culturale, ben si è fatto a ricorrere al succedaneo normativo. Tuttavia, limitarsi a prescrivere modulazioni comunicative per la sola Autorità pubblica presenta due gravi limiti di segno opposto per le ragioni pur sommariamente indicate: da un lato, agli organi di informazione non viene imposto un omologo dovere di non rappresentare mai l'inquisito come colpevole; dall'altro, si pretende che questi si rassegnino ad una passiva questua informativa, senza possibilità di ottenere notizie che, pur non segrete, l'autorità giudiziaria non ritenga di comunicare.

Il condivisibilissimo obbiettivo ispiratore del Decreto sarebbe stato se non più facilmente conseguito, di certo più credibilmente perseguito qualora, invece di perdersi in distinguo riguardanti le fonti e l'oggetto della comunicazione, si fosse optato per un approccio a più ampio spettro.

Sul versante, per così dire preventivo, si sarebbe potuto procedere ad un'eradicazione del malsano traffico che collega carsicamente uffici giudiziari e testate giornalistiche di fiducia, liberalizzando l'accesso agli atti pubblicabili. Le notizie non più segrete dovrebbero essere patrimonio di una stampa libera e pluralistica, rendendo infruttuose le deleterie compiacenze tra autorità inquirente e informazione, che finiscono per “accordare” questa sul diapason di quella. Posto, che – fatte salve le meritorie determinazioni di singole Procure – al giornalista viene negato il diritto al rilascio di atti non più segreti ai sensi dell'art.116 c.p.p., si sarebbe dovuto riconoscere espressamente il diritto di accesso del giornalista agli atti non segreti o non segretati. Per contro, si sarebbe dovuta predisporre una meno risibile risposta sanzionatoria alla violazione del divieto di pubblicazione dell'atto coperto dal segreto o segretato dall'autorità giudiziale.

Saggi - Sezione monografica: “L’attuazione della direttiva europea sulla presunzione di innocenza”

ria, responsabilizzando contestualmente le autorità competenti ad intervenire sul piano disciplinare e penale in modo da garantire un’effettiva persecuzione delle indebite rivelazioni e da scoraggiare fortemente, se non da eliminare del tutto, il traffico sotterraneo di tali ghiotte e perniciose indiscrezioni. Ciò ad evitare che quel mercato nero delle notizie, una volta che sia stato debellato rispetto a quelle pubblicabili, sopravviva, ancor più inaccettabilmente, con riguardo a quelle segrete o segretate.

Sul piano del dover essere della narrazione giudiziaria, poi, sarebbe stato opportuno, senza perdersi in analitici e settoriali rinvii prescrizionali, prevedere *l’illiceità di qualsiasi forma di comunicazione pubblica* (conferenza stampa, highlights della polizia, articolo giornalistico, programma televisivo, ecc.) che rappresenti implicitamente o esplicitamente l’accusato come colpevole, senza cioè che i destinatari della comunicazione possano capire con la normale diligenza che si ha invece a che fare con *un’ipotesi di responsabilità*, ancora suscettibile di essere smentita o comunque infirmata. Sarebbe controproducente e farisaico impedire di riferire anche dell’esistenza di convergenti indizi di responsabilità; doveroso, però, pretendere che sia inequivocabile il carattere unilaterale e comunque provvisorio degli addebiti.

Per i casi di violazione di questa nucleare garanzia della presunzione di innocenza, poi, si sarebbe potuta prevedere l’applicazione – come in parte già il Decreto prevede, ma limitatamente all’Autorità pubblica – di sanzioni disciplinari, amministrative e interdittive *a chiunque* indichi pubblicamente come colpevole una persona indagata o imputata. Con due opportuni accorgimenti per garantire l’effettività di questa risposta sanzionatoria e la sua efficacia general-preventiva. Evitare forme di autodichia (magistrati che giudicano magistrati; giornalisti che giudicano giornalisti; avvocati che giudicano avvocati, ecc.) affidando il compito di valutare e sanzionare simili condotte comunicative ad una Autorità di garanzia indipendente. Disporre altresì che sia resa pubblica l’irrogazione di tali sanzioni, con ciò contribuendo a rendere l’opinione pubblica consapevole dello scorretto agire di magistrati, rappresentanti delle forze dell’ordine, avvocati, politici, opinion leader, cronisti e organi di informazione, in tal modo consentendole di meglio valutarne la credibilità e la professionalità alla luce di questo indicatore di inciviltà, non soltanto giuridica.