

GLAUCO GIOSTRA

I LIMITI ALLA CRONACA GIUDIZIARIA NEL NUOVO CODICE DI PROCEDURA PENALE

SOMMARIO Sezione prima: *Premesse sistematiche*. — 1. La situazione preesistente. — 2. Le direttive della legge-delega del 1987 per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale. — 3. Riflessi della nuova funzione della fase investigativa sul divieto di pubblicazione degli atti. — 4. I diversi tipi di divieto di pubblicazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale. — 5. Il divieto di pubblicazione come forma di tutela del processo. — 6. Il divieto di pubblicazione come forma di tutela dal processo. — **Sezione seconda: Il divieto di pubblicazione a tutela dell'attività investigativa**. — 7. Il criterio legale di contemperamento degli interessi confliggenti. — 8. Gli atti soggetti all'obbligo del segreto e al divieto di pubblicazione. — 9. La durata del divieto. — 10. Potere di « segretazione » e di « desegretazione »: significato tecnico e *ratio* ispiratrice. — 11. Presupposti comuni per l'esercizio del potere di « segretazione » e del potere di « desegretazione ». — 12. Profili specifici della disciplina del potere di « desegretazione ». — 13. Profili specifici della disciplina del potere di « segretazione ». — 14. Riserve sulla conformità alla delega. — 15. Difficoltà applicative. — **Sezione terza: Il divieto di pubblicazione come garanzia di corretta formazione del convincimento giudiziale**. — 16. L'idea di tutelare la formazione del convincimento giudiziale con il divieto di pubblicazione: rilievi critici. — 17. Il rapporto tra la soluzione prefigurata dalla legge-delega e la soluzione adottata dal legislatore delegato. — 18. Distanze sistematiche in ordine all'oggetto del divieto. — 19. Termine iniziale e termine finale del divieto: questioni interpretative. — 20. Il divieto di pubblicare gli atti contenuti nel fascicolo del dibattimento e nel fascicolo del pubblico ministero. — 21. La « difficile » distinzione tra pubblicazione dell'atto (vietata) e pubblicazione del contenuto dell'atto (consentita).

SEZIONE PRIMA: PREMESSE SISTEMATICHE

1. LA SITUAZIONE PREESISTENTE.

L'attuale disciplina dei limiti alla cronaca giudiziaria in materia penale nasce sulle ceneri di una normativa inapplicata e, forse, inapplicabile.

* Il saggio riproduce, con i necessari adeguamenti, la terza parte del volume *Processo penale e informazione* pubblicato per i tipi dell'Editore A. Giuffrè nel 1989.

Gli articoli citati senza indicazione della fonte normativa si intendono riferiti al nuovo codice di procedura penale.

Lo stato dei rapporti tra informazione e giustizia penale appariva ormai da lungo tempo intollerabilmente dicotomizzato. Una realtà con due « volti »: ad una normativa che prevedeva penetranti limiti alla cronaca giudiziaria, in sostanza esclusa dal processo penale sino a quando questo non diventava pubblico, faceva riscontro un fenomeno, per così dire, di « rimozione » di tale normativa nella prassi¹.

Sul piano scientifico e pubblicistico ci si rivolgeva al divieto stabilito dall'art. 164 del codice previgente con espressioni che denunciavano la sua totale mancanza di presa sulla realtà di ogni giorno², sovente proferite con « spirito inumatorio »³.

L'aspetto più significativo della generalizzata prassi *contra legem* era costituito dalla sua accettazione, anzi dalla sua « approvazione » culturale e sociale.

Sicuro indice della misura del fenomeno era la reattività giornalistica non già alle violazioni della normativa sul divieto di pubblicazione, ma alla sporadica repressione delle stesse: era la riaffermazione del diritto violato a far notizia. Non solo per la minor frequenza statistica, bensì per la sua « anomalia ». Nessuno si chiedeva più, ormai, chi e perché avesse violato il segreto istruttorio, mentre interrogativi e sospetti si addensavano intorno all'eventuale iniziativa giudiziaria intesa a reprimere tale violazione.

Vi era poi un altro aspetto, a questo strettamente collegato, ancor più interessante e ancor più preoccupante. Il nostro ordinamento affidava la determinazione di ciò che era pubblicabile alla legge e non all'autorità giudiziaria. Man mano che il precetto legale perdeva pratica incidenza sulla realtà, era nato nei detentori dell'infor-

¹ Sulla vistosa estensione del fenomeno disapplicativo, v., tra i tanti, P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, 1974, p. 474 s.; G. GALLI, *Riservatezza e cronaca giudiziaria*, in PALLADINO-DE MATTIA-GALLI, *Il diritto alla riservatezza*, 1963, p. 171; M. PISANI, *La tutela penale della « riservatezza »: aspetti processuali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1967, p. 801; G.P. VOENA, *Cronaca giudiziaria, cronaca nera e rispettivi limiti di liceità*, in *Giur. it.*, 1976, c. 303 s.

Problema, del resto, non nuovo. Già più di trent'anni fa veniva autorevolmente denunciata la tendenza a condurre « sulle colonne dei giornali una specie di seconda istruzione, spesso illustrata, in parallelo con la istruzione giudiziaria, così che il segreto (...) voluto e mal garantito dalla legge, è continuamente e gravemente violato » (F. CARNELUTTI, *La pubblicità del processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, p. 7).

² « Il segreto istruttorio è un avanzo anacronistico di una metodologia (e filosofia)

medioevale del processo »: il popolo vuol sapere come si celebrano i riti della giustizia » (A. DALL'ORA, *Il giudice fa bene a non dare notizie?*, in *Corriere della sera*, 12 maggio 1984). « La violazione del segreto istruttorio (...) è larghissimamente praticata sì da diventare quasi una regola di esperienza, un "dato processuale scontato" » (M. RAMAT, *Segreti giudiziari e informazione*, in *Problemi dell'informazione*, 1980, p. 499). « Mai segreto fu tanto abbondantemente violato quanto il segreto istruttorio » (G. LUMIA, *L'informazione tra diritto e democrazia*, in *Giustizia e informazione*, 1975, p. 72).

³ « Il segreto istruttorio è morto » (M. CICALA, *Critica al magistrato e politica*, in *Giustizia e informazione*, 1975, p. 405); « il segreto istruttorio non esiste più », questo « istituto è morto nella coscienza popolare e nella stessa prassi giudiziaria » (N. FRANCO, *La difesa del segreto istruttorio è una battaglia di retroguardia*, *ivi*, p. 426); il divieto di pubblicazione è « un inutile relitto » (P. NUVOLONE, *Libertà di stampa e segreto d'ufficio*, in *Ind. pen.*, 1979, p. 303).

mazione giudiziaria il convincimento di poter o addirittura di dover supplire al « vuoto » normativo e negli altri la disposizione ad accettare questa supplenza.

Ormai circolava, più o meno clandestinamente, l'idea secondo cui l'equilibrio tra esigenze del processo penale ed esigenze dell'informazione, faticosamente espresso dalla prassi, non soltanto dovesse costituire la pietra tombale della normativa vigente, ma dovesse altresì prefigurare la trama essenziale di una riforma sempre annunciata. Di cui anzi, secondo l'inconfessata convinzione di molti, si sarebbe potuto anche fare a meno, prendendo atto del nuovo assetto modelato dal diritto « vivente ».

Certo, non c'era da attendersi una robusta sollecitazione riformistica — al di là di talune enunciazioni declamatorie od emotive, estemporaneamente dettate dall'indignazione per il singolo caso — dalle categorie professionali direttamente interessate: gli operatori della giustizia e gli operatori dell'informazione.

Sarebbe stato ingenuo pretendere da essi spinte alla modifica di un sistema che garantiva ai primi, un'indisturbata gestione del segreto, ed ai secondi, un *budget* di informazioni incomparabilmente superiore a quello che la legge consentiva⁴ ed anche a quello che la legge futura avrebbe potuto consentire.

Se a ciò si aggiunge che in una situazione siffatta i detentori del potere politico o economico erano in grado, più del cittadino comune, di ottenere dagli uni e dagli altri, l'« embargo di notizie » imposto dalla legge ovvero l'impunità pubblicità assicurata dalla prassi, a seconda delle personali convenienze nel caso concreto, non è difficile capire per quale motivo si fosse lasciata incancrenire questa illegalità diffusa.

Tuttavia, al di là degli opportunismi delle categorie professionali interessate e dei singoli, era difficile disconoscere che quello stato di anarchia dell'informazione giudiziaria aveva reso un cattivo servizio sia alla giustizia che all'opinione pubblica.

È persino superfluo richiamare, da un lato, il gravissimo pregiudizio sovente recato alla ricerca della verità processuale da intempestive fughe di notizie, dall'altro, l'inadeguatezza dell'informazione giudiziaria al compito di consentire un controllo dell'opinione pubblica sull'amministrazione della giustizia. In un sistema in cui la pubblicazione delle notizie sull'istruzione penale, vietata dalla legge, risulta di fatto impunita è fatale che la cronaca giudiziaria finisca per vivere di informazioni confidenziali, di canali privilegiati di approvvigionamento della notizia, di reciproche compiacenze tra operatore della giustizia e operatore dell'informazione, e finisca, correlativamente, per lasciare largo spazio alle mezze notizie, ai condizionali d'obbligo, alle perifrasi di stile sulla fonte dell'informazione, cioè a

⁴ Cfr., per qualche spunto di riflessione, P. GRALDI, in AA.VV., *Processo a giudici e giornalisti*, 1985, p. 118 s.

quegli accorgimenti verbali che servono per fornire come notizie indiscrezioni non controllate, né spesso controllabili, quasi sempre frutto della rivelazione di un segreto d'ufficio. Sino a quando il detentore della notizia potrà cederla a proprio piacimento, sicuro dell'impunità, vi sarà per il giornalista la possibilità, e quindi la tentazione, di averla in esclusiva; o, comunque, di averla prima degli altri. È inevitabile che lungo questa strada l'informazione sulla giustizia degradi a giornalismo da *scoops*.

Si dovette prendere atto, quindi, della non difendibilità di una prassi che aveva sì superato una disciplina giuridica antiquata, ma che, avendo perso ogni referente normativo in grado di garantirle uniformità e certezza, lasciava ampi spazi all'abuso e al privilegio.

L'analisi della situazione, semmai, offriva più di uno spunto di riflessione in ordine alle carenze normative, che avevano agito da causa del fenomeno degenerativo, e poneva in particolare l'accento su due condizioni ineludibili per un riassetto normativo, che non fosse di per sé foriero di distorsioni applicative.

Anzitutto, l'estensione dell'area del segreto (nel senso, improprio, di ciò che *non è pubblicabile*) sarebbe dovuta essere credibile, cioè compatibile con la società di oggi, caratterizzata da un inarrestabile accrescimento della richiesta e delle possibilità di informazione. Una credibilità, beninteso, che non si sarebbe dovuta giocare solo in termini di ridimensionamento del segreto entro più plausibili limiti temporali. Un segreto credibile è anche un segreto ben tutelato sul piano sanzionatorio e disciplinato in modo tale, sotto il profilo soggettivo ed oggettivo, da non presentare franchigie, che ne consentano di fatto facili elusioni.

L'altra condizione che appariva irrinunciabile, peraltro strettamente connessa alla prima, era quella della massima trasparenza delle fonti della notizia processuale.

Non vi può essere, infatti, una corretta informazione giudiziaria se non si fa in modo che la notizia processuale quando deve essere segreta sia segreta per tutti, quando è pubblicabile sia accessibile a tutti.

Ma dalla quasi sessantennale esperienza della disciplina normativa dettata dal codice Rocco emergeva un dato ulteriore, che sconsigliava un approccio di intervento legislativo che svincolasse la riforma dell'informazione giudiziaria da una più globale riforma del processo penale.

Negli ultimi decenni l'informazione sulla giustizia penale ha subito due sollecitazioni di segno opposto. Sul versante operativo, ha risentito della più generale accelerazione dei meccanismi di trasmissione della notizia che, ormai, per l'apporto di una tecnologia sempre più sofisticata e per l'azione dei diversi *media* che moltiplicano vicendevolmente il proprio potenziale divulgativo, è in grado di raggiungere l'utente in tempi ridottissimi dal fatto, se non addirittura in tempo reale. A ciò si aggiunga una capillarità di diffusione che consente di vivere praticamente in diretta gli avvenimenti salienti della comunità

internazionale, quasi nella preconizzata dimensione di « piccolo villaggio ». La rapidità e la pletoricità dell'informazione, naturalmente, fanno della notizia un prodotto molto caduco, se non effimero: ogni notizia eclissa la precedente ed è subito incalzata delle successive.

Sul versante processuale, invece, si è assistito ad una non più tollerabile decelerazione dei tempi della giustizia, per il concorrere di fattori endemici e congiunturali: dall'ipertrofica penalizzazione degli illeciti all'estrema complessità di molti fenomeni criminali, dall'obsoleta organizzazione giudiziaria alle carenze tecnico-operative delle forze dell'ordine, dal mancato aggiornamento di taluni istituti processuali al ritardo culturale e professionale degli operatori della giustizia di fronte alle nuove emergenze.

Intuitive le conseguenze di questi due opposti ritmi all'interno della cronaca giudiziaria penale. Per un verso, l'alto indice di deperibilità della notizia non consentiva al cronista di seguire per lungo tempo la vicenda processuale, anzi, esasperava il suo interesse nei confronti dei primissimi movimenti della macchina giudiziaria. Tanto più se si pensa che il già breve ciclo vitale della notizia prende avvio, quasi sempre, con la divulgazione del fatto illecito.

Per altro verso, la lenta e faticosa andatura dell'azione giudiziaria faceva sì che sempre meno numerosi fossero gli atti del singolo processo destinati a cadere sotto il riflettore dell'opinione pubblica, prima che l'attenzione si affievolisse sino a spegnersi. Sempre meno numerosi e, soprattutto, sempre più lontani dalla sentenza. A volte la cronaca giudiziaria si riduceva alla cronaca della comunicazione giudiziaria.

È spiegabile, ancorché inaccettabile, che questi atti finissero per caricarsi di un'attendibilità o, peggio, di una definitività che non potevano avere.

Sui *mass media* si celebrava una giustizia « parallela » — che poi, in una « civiltà di vergogna »⁵, ove ognuno vive « sotto l'occhio pubblico »⁶ e teme più di ogni altra cosa il discredito sociale, è la giustizia

⁵ L'espressione è tratta da E.R. DODDS, *The Greeks and the Irrational*, 1951, ora nella trad. it. *I greci e l'irrazionale*, 1983, p. 29.

⁶ Per alcuni aspetti, i mezzi di comunicazione di massa hanno ricreato quella caratteristica tipica delle piccole comunità che insistono su una ristretta area geografica, che secondo W. GODWIN, *Enquiry concerning*

Political Justice and its influence on Morals and Happiness, ed. fotostatica a cura di F.E.L. Priestley, 1946, p. 340, avrebbe potuto consentire di fare a meno della pena come sofferenza fisica: la caratteristica cioè di una collettività in cui ogni individuo vive « sotto l'occhio pubblico » e la « disapprovazione dei suoi vicini ».

che conta — in cui la comunicazione giudiziaria equivaleva ad un'imputazione, un'imputazione alla condanna, una misura cautelare alla pena⁷.

In conclusione, all'osservatore attento della preesistente situazione non solo non poteva sfuggire che i rapporti tra processo penale e informazione dovevano essere rifondati, anche e prioritariamente a livello normativo, ma che nessuna riforma non avrebbe sortito gli effetti sperati se non si fosse inserita nella più ampia riforma del processo penale.

2. LE DIRETTIVE DELLA LEGGE-DELEGA DEL 1987 PER L'EMANAZIONE DEL NUOVO CODICE DI PROCEDURA PENALE.

Di fronte alla sempre più diffusa consapevolezza dell'improrogabile necessità di ridisciplinare il rapporto tra giustizia penale e informazione, così da restituirgli credibilità e concretezza operativa, il legislatore delegante non poteva sottrarsi, come aveva fatto, invece, nel 1974, al compito di indicare le linee maestre per la disciplina dell'informazione giudiziaria nel nuovo assetto processuale penale. La legge-delega 16 febbraio 1987, n. 81 contiene, infatti, due importanti direttive in tema di limiti alla pubblicazione di informazioni concernenti, rispettivamente, il processo ordinario (art. 2, n. 71) e il processo a carico di minorenni (art. 3, lett. c).

L'attenzione va rivolta preliminarmente alla direttiva n. 71, non soltanto per la sua priorità « topografica », ma anche perché riguardando il processo penale ordinario, costituisce la cornice entro cui l'altra, concernente il procedimento a carico di imputati minorenni, va iscritta e spiegata.

Nella direttiva si avverte subito la preoccupazione di realizzare l'auspicato ridimensionamento del divieto di pubblicazione, soprattutto con riguardo all'area processuale di sua maggiore incidenza: la fase inquirente.

La stessa preoccupazione, del resto, si era fatta sentire sin dalla prima formulazione della direttiva nel corso della nona legislatura a scapito, però, della concorrente esigenza di funzionalità della soluzione adottata.

Il contenimento dell'ambito operativo del divieto di pubblicazione vi era semplicisticamente realizzato mediante la previsione di un termine, al di là del quale « gli atti compiuti dal giudice, dal pubblico

⁷ Come riconosce G. PANSA, *Carte false*, 1986, p. 82, spesso i giornali « assomigliano

ad albi pretori, zeppi di sentenze stilate senza neppure ascoltare gli imputati ».

ministero e dalla polizia giudiziaria » non erano più coperti dal segreto e diventavano pubblicabili⁸.

In definitiva, la distinzione tra atto divulgabile e atto non divulgabile sarebbe dovuta correre lungo un discrimine meramente temporale, rendendo l'individuazione dell'interesse in contrasto con il diritto di cronaca estremamente incerta e, di conseguenza, la soluzione normativa costituzionalmente sospetta.

Oltretutto, un confine cronologico di segretezza, in quanto generalizzato, non poteva che risultare insoddisfacente da un punto di vista funzionale, finendo, di fronte alla variegata gamma degli atti cui si riferisce, con il vietare troppo o troppo poco.

Fu introdotta, quindi, « una disciplina diversificata in rapporto al diverso regime degli atti e una chiara distinzione tra segreto e divieto di pubblicazione »⁹ e soprattutto si collegarono inequivocabilmente le ragioni del segreto alle esigenze investigative, secondo un'impostazione non più cronologica, ma funzionale.

I primi due periodi della direttiva n. 71 delineano così un sistema processuale in cui « su tutti gli atti compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria » convergono sinergicamente l'obbligo del segreto e il divieto di pubblicazione, fino a quando gli atti *de quibus* « non possono essere conosciuti dall'imputato ».

Perspicuo l'intendimento del legislatore delegante: i limiti alla diffusione della conoscenza degli atti di indagine preliminare debbono operare sempre e soltanto per scongiurare il pregiudizio derivabile alle indagini a causa di una conoscenza anticipata, da parte dell'imputato, delle investigazioni che si stanno svolgendo nei suoi confronti.

Che la preoccupazione del legislatore delegante sia stata esclusivamente quella di tutelare le indagini è confermato *per tabulas* dal terzo periodo della direttiva in esame, il quale, nel riconoscere al pubblico ministero il potere di vietare « la pubblicazione di atti non più coperti dal segreto o di notizie relative a determinate indagini », vincola l'esercizio di questo potere al « tempo strettamente necessario ad evitare pregiudizio per lo svolgimento delle stesse ».

⁸ Nel testo approvato il 18 luglio 1984 dalla Camera dei deputati, la direttiva n. 71 era del seguente tenore: « previsione del segreto su tutti gli atti compiuti dal giudice, dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria, con un termine alla scadenza del quale ciascun atto diventa pubblico, salvo proroga del termine stesso in casi eccezionali e specificamente determinati; divieto di pubblicizzare in qualsiasi forma le generalità e l'immagine dell'indiziato che non vi consenta, sino all'udienza prevista dal numero 44 del presente articolo, e comunque non oltre il termine di sei mesi dall'iscrizione nel registro indicato nel numero 35 del presente articolo; assoluto

divieto di pubblicazione delle generalità e dell'immagine dei minori, siano essi parti offese, danneggiati o testimoni; previsione di sanzioni per la violazione del segreto ».

⁹ La Commissione ministeriale per la riforma del nuovo codice di procedura penale ha motivato in questi termini la proposta — poi fatta propria dal Senato e recepita nel testo definitivo — di emendamento dell'art. 2 n. 71 del disegno di legge-delega approvato dalla Camera dei deputati il 18 luglio 1984 e trasmesso al Senato il 3 agosto 1984 (in *Ministero di grazia e giustizia, Ufficio legislativo, Proposte formulate dalla Commissione ministeriale*, 11 gennaio 1985).

Il divieto di pubblicazione degli atti di indagine, sia per la parte in cui risulta ricalcato sull'obbligo del segreto, sia per la parte in cui lo sopravanza nel tempo in forza di un provvedimento *ad hoc*, rimane sempre funzionalmente collegato alla tutela dell'attività di ricerca delle prove.

Va detto, semmai, che nell'ottica della delega, la tutela del processo assicurata dal divieto *de quo* non deve esaurirsi nel corso della fase delle indagini preliminari — che pure rappresentano il momento di maggiore frizione tra le esigenze del procedimento e quelle dell'informazione — ma va estesa alle risultanze investigative depositate presso l'ufficio del pubblico ministero, a disposizione delle parti, dopo la chiusura delle indagini (direttive n. 58 e n. 71 in lettura coordinata)¹⁰.

Con l'esclusione della pubblicabilità di tali risultanze non si intende più scongiurare il pregiudizio investigativo derivante da un'intempestiva divulgazione delle notizie, ma il pre-giudizio che il giudice del dibattimento potrebbe maturare prendendo dai *mass media* conoscenza anticipata — rispetto al dibattimento, « luogo » elettivo per la formazione della prova e del convincimento — dei risultati delle indagini. Una sorta di profilassi da condizionamenti decisori, nella quale, peraltro — come vedremo — è facile ravvisare una non trascurabile componente di ingenuità.

Nonostante la sostanziale differenza, le due prescrizioni contenute nella prima parte della direttiva n. 71 — relative alla pubblicabilità degli atti di indagine preliminare — obbediscono ad una medesima finalità: assicurare il buon esito del processo, sia sotto il profilo di un'esauritiva individuazione delle prove, sia sotto il profilo di una loro corretta formazione e valutazione.

L'interesse processuale sbiadisce notevolmente, sino a venire addirittura meno, nell'altra ipotesi di divieto di pubblicazione prevista dalla direttiva n. 71, con riguardo « agli atti da assumere in dibattimento a porte chiuse »: ipotesi che riecheggia l'art. 164, commi 1 e 3 cod. proc. pen. 1930, con disinvolta indifferenza¹¹ per l'intervento con cui la Corte costituzionale ha chiarito come la *ratio* per cui un atto va assunto a porte chiuse non possa di per sé fondare il divieto di pubblicare l'atto medesimo¹².

¹⁰ Nell'impianto della Delega il divieto di pubblicazione concernerebbe gli atti depositati nell'ufficio del pubblico ministero, dopo l'emissione del decreto che dispone il rinvio a giudizio. A norma della direttiva n. 58, infatti, tale deposito deve avvenire « contestualmente agli adempimenti indicati nel numero 57 », vale a dire nel momento in cui viene trasmesso al giudice il provvedimento che dispone il giudizio, unitamente al fascicolo per il dibattimento.

¹¹ La stessa Commissione ministeriale, nel suggerire la formulazione della direttiva n. 71 della delega poi destinata ad essere recepita nel testo definitivo, precisa come l'emendamento da essa proposto prevede, tra l'altro, « che il nuovo codice debba contenere una particolare disciplina del divieto di pubblicazione degli atti da assumere in dibattimento a porte chiuse (analogamente a quanto è stabilito nel codice attuale) ». Cioè, analogamente alla disciplina dichiarata in più parti incostituzionale.

¹² Corte cost. 14 aprile 1965, n. 25.

Intesa alla lettera, questa parte della direttiva n. 71 sembrerebbe imporre un'equiparazione fra atti da assumere a porte chiuse e atti non pubblicabili¹³, ponendo il legislatore delegato dinanzi ad una impraticabile alternativa: non prevedere il dibattimento a porte chiuse nei casi in cui l'interesse atto a giustificare l'esclusione della pubblicità (ad es. la pubblica igiene) sarebbe costituzionalmente inidoneo a fondare l'esclusione della pubblicabilità degli atti; oppure disciplinare i limiti alla pubblicità dibattimentale tenendo conto anche dell'esigenza di tutela di questo tipo di interessi, ma esponendosi — nel momento in cui su tali limiti si radicano anche quelli alla pubblicabilità degli atti — a censure di incostituzionalità.

L'ultima fattispecie di divieto di pubblicazione prefigurata dalla direttiva n. 71 differisce sensibilmente dalle precedenti — che pur nella diversità dei presupposti e dei fini, riguardano sempre atti processuali — in quanto ha per oggetto le generalità e l'immagine « dei minori parti offese, danneggiati o testimoni », in evidente assonanza formale e sostanziale con l'art. 3, lett. c della stessa delega, che prescrive il « divieto di pubblicazione e di divulgazione con qualsiasi mezzo, di notizie o immagini idonee a consentire la identificazione della persona nei cui confronti sono svolte le indagini, imputata o condannata ».

In effetti, si tratta di due direttive a contenuto complementare: la loro azione combinata tende a soddisfare l'esigenza di tutela della personalità del minore a qualsiasi titolo coinvolto in un processo penale, anche se con un'intensità diversa secondo che vi prenda parte in veste di testimone, di offeso o di danneggiato dal reato (art. 2, n. 71) ovvero in veste di inquisito, imputato o condannato (art. 3, lett. c).

Prima di ritornare sul contenuto precettivo delle singole proposizioni normative in cui si articola la direttiva n. 71 attraverso l'esame delle soluzioni elaborate dal legislatore delegato, si impone una considerazione di carattere generale.

¹³ In effetti, la formulazione letterale di questa parte della direttiva n. 71, in cui si parla di « divieto di pubblicazione (...) degli atti da assumere a porte chiuse » non sembra lasciare molti margini al legislatore delegato. Tanto più che il Senato aveva approvato un emendamento del sottosegretario di Stato per la grazia e giustizia, on. Cioce, inteso a sostituire la frase « divieto di pubblicazione », contenuta nel secondo periodo della direttiva n. 71, con la frase « disciplina del divieto di pubblicazione » (in *Senato della Repubblica, IX legislatura, Assemblea*, seduta 21 novem-

bre 1986, p. 37). Ancor più significativa, in una lettura a *contrario*, è l'argomentazione che il proponente aveva addotto nell'illustrare l'emendamento: « appare utile dare spazio al legislatore delegato perché possa formulare una normativa che sia adatta alle diverse ipotesi e risponda al criterio alla base della sent. n. 25 del 1965 della Corte costituzionale, così che il vincolo di segretezza sia collegato alla natura e al perdurare delle esigenze che lo impongono » (in *Senato della Repubblica*, cit., p. 36).

Il legislatore delegante non si è limitato a prevedere la possibilità di introdurre un divieto di pubblicazione degli atti processuali penali, indicando le coordinate entro cui il legislatore delegato avrebbe dovuto far cadere le proprie scelte e, magari, i criteri valutativi in base alle quali esprimerle. Ha individuato per grandi linee le fattispecie di divieto, ne ha circoscritto le aree di incidenza e, a volte, ha dettato norme immediatamente precettive, relegando a mansioni notarili il compito del delegato.

Ma, a prescindere da talune discutibili prodigalità di dettaglio manifestate dal Parlamento (e non solo in questa materia), ci si deve chiedere se il valore del catalogo di ipotesi di divieto di pubblicazione risultante dall'art. 2, n. 71 e dall'art. 3, lett. c sia esemplificativo o tassativo. In sostanza, poteva il legislatore delegato introdurre altre fattispecie di divieto, magari in connessione analogica con quelle previste nelle direttive richiamate?

Già la puntigliosa analiticità con cui il delegante ha inteso precisare i casi di divieto — indicativa, qui più ancora che altrove, di un implicito rifiuto ad introdurne di ulteriori o di diversi — postula una risposta negativa.

Per di più, nel « prologo » dell'art. 2 della legge-delega è scritto che il nuovo codice « deve attuare i principi della Costituzione ». Se questa formula ha da essere qualcosa di più di un mero pleonismo esornativo — in che modo, infatti, il legislatore delegato avrebbe potuto, anche senza la prescrizione *de qua*, discostarsi dai principi della Costituzione? — è necessario intenderla come un richiamo rivolto al Governo, affinché le eventuali alternative cui si fossero prestati « i principi e i criteri » fissati nella delega venissero sempre risolte nel senso di privilegiare la soluzione in grado di meglio realizzare i principi costituzionali¹⁴. E poiché nella Costituzione la libertà di manifestazione del pensiero, in cui il diritto di cronaca si iscrive, ha una presenza qualificante e tendenzialmente incompressibile, salvo che si ponga in contrasto con il buon costume o con altri interessi di rango costituzionale, l'indicazione delle ipotesi di divieto da parte del legislatore delegante assume un significato ben preciso: rappresenta il tributo massimo che il legislatore delegato è « autorizzato » a pagare per la tutela di interessi processuali o extraprocessuali pregiudicati dalla libera divulgabilità delle informazioni relative al procedimento.

¹⁴ Per uno spunto in tal senso, cfr. CHIAVARIO, *La riforma del processo penale*, 1988, pp. 26-27.

3. RIFLESSI DELLA NUOVA FUNZIONE DELLA FASE INVESTIGATIVA SUL DIVIETO DI PUBBLICAZIONE DEGLI ATTI.

Anche nel nuovo assetto normativo, il problema della divulgabilità degli atti di indagine resta il nodo nevralgico dei rapporti tra processo penale e informazione.

Non v'è dubbio, peraltro, che i termini della questione risentano del differente significato processuale che l'attività inquirente assume nel sistema del 1930 e in quello del 1988. Nel primo, il divieto di pubblicazione degli atti istruttori impedisce all'opinione pubblica di sapere come si siano formati atti suscettibili di utilizzazione probatoria ai fini del giudizio; nel secondo, il divieto di pubblicazione degli atti di indagine preliminare sottrae all'informazione notizie relative all'attività investigativa della polizia giudiziaria e del pubblico ministero, tendenzialmente priva di rilievo processuale. A parità di vincoli per la divulgazione degli atti, dunque, il limite conoscitivo appare meno penetrante nel codice del 1988, poiché lascia impregiudicata la divulgabilità e quindi la conoscibilità degli atti di prova in senso proprio, che, di regola, si formano nella fase del giudizio.

Da questa differenza, tuttavia, non si può certo trarre la frettolosa conclusione che nel nuovo sistema processuale l'importanza del controllo della pubblica opinione sull'attività investigativa si ridimensioni notevolmente.

Va detto, anzitutto, che l'irrilevanza processuale dell'attività inquirente è principio che soffre importanti e numerose deroghe. Tutte le volte che il processo si conclude anticipatamente senza passare alla fase del giudizio dibattimentale, gli atti di indagine sono non soltanto rilevanti, ma anche decisivi (si pensi al giudizio abbreviato, al « patteggiamento », al decreto di condanna). Ed anche quando il procedimento si sviluppa secondo il modulo ordinario, almeno la decisione di rinviare a giudizio viene assunta sulla scorta degli esiti investigativi. Né la celebrazione del dibattimento esclude in modo tassativo ogni utilizzazione processuale delle risultanze delle indagini: queste possono essere usate ai fini delle contestazioni in sede di esame (artt. 500, 501, 503); possono, altresì, essere acquisite al dibattimento mediante lettura quando ricorrono particolari condizioni di irripetibilità dell'atto (artt. 512 e 513); possono, infine, valere direttamente come prova (art. 431, lett. b e c).

Anche a prescindere dalla possibile utilizzazione processuale degli atti di indagine, tuttavia, l'interesse alla loro conoscenza conserva un'importanza primaria. Non si deve, infatti, ridurre il controllo pubblico sul modo di amministrare giustizia al controllo pubblico su ciò che è processualmente rilevante. Capire perché non si svolge il processo non è meno importante di sapere come si svolge. La determinazione di non esercitare l'azione penale è assunta dal pubblico ministero sulla base delle proprie indagini preliminari, che costituiscono anche gli unici elementi cognitivi a disposizione del giudice per acco-

gliere o respingere la richiesta di archiviazione. Quindi, non è neppure necessario che il procedimento abbia un epilogo processuale per giustificare un'esigenza di informazione sulle modalità di conduzione delle indagini¹⁵.

Va infine aggiunto, sotto un profilo più generale, che proprio la mutata fisionomia funzionale della fase delle indagini ha, per altro verso, accresciuto l'importanza del controllo della pubblica opinione in correlazione alla diminuita incidenza del controllo endoprocessuale esercitabile dalla difesa dell'inquisito, che è di regola estromessa da questa fase a carattere marcatamente preprocessuale e di parte¹⁶.

Si può dire, in conclusione, che la diversa finalizzazione delle indagini ha in parte mutato le caratteristiche e le implicazioni dell'informazione giudiziaria relativa a tale fase, ma non ne ha certo diminuito l'importanza. Non a caso, del resto, la tematica della divulgabilità degli atti di indagine conserva una posizione centrale nel nuovo assetto normativo dei rapporti tra processo penale e informazione.

4. I DIVERSI TIPI DI DIVIETO DI PUBBLICAZIONE DEGLI ATTI NEL NUOVO CODICE DI PROCEDURA PENALE.

La scelta di fondo del legislatore del 1988, in stretta aderenza alla legge di delega, è nel senso che il divieto di pubblicazione degli atti di indagine del pubblico ministero e della polizia giudiziaria opera sino a quando l'atto è coperto dal segreto interno (artt. 114 e 329, comma 1). Una soluzione che si fa apprezzare per la nettezza dei suoi confini operativi e per la chiarezza delle scelte politiche da cui scaturisce.

La linearità di questa scelta legislativa sembra, tuttavia, ad un primo esame compromessa dalla norma che protrae l'operatività del divieto, proibendo la pubblicazione degli atti non più coperti dal segreto fino alla conclusione delle indagini preliminari ovvero fino al termine dell'udienza preliminare (art. 114, comma 2). Tanto più in considerazione del fatto che, quando si procede al dibattimento, gli atti di indagine — insieme agli altri atti inseriti nel fascicolo per il dibattimento e nel fascicolo del pubblico ministero — non sono pubblicabili sino alla definizione del giudizio di primo o di secondo grado,

¹⁵ Ma anche a prescindere dallo sbocco che potrà avere il procedimento, gli atti di indagine rivestono un ruolo determinante in ordine a decisioni di notevole rilievo che debbono essere adottate durante la fase delle indagini preliminari: si pensi al provvedimento che dispone una misura cautelare, che ammette l'incidente probatorio, che proroga il termine per le indagini, che autorizza un'intercettazione telefonica. Di qui, un innegabile interesse alla conoscenza delle modalità di svolgimento di tali atti.

¹⁶ Anche la *Relazione al progetto definitivo del codice di procedura penale* insiste efficacemente sulla necessità di un « tempestivo controllo della pubblica opinione e degli organi di informazione sul comportamento tenuto dalla pubblica accusa proprio in un sistema, come quello nuovo, in cui la piena autonomia in cui questa viene a trovarsi elimina (o, quanto meno, attenua) qualsiasi altro tipo di controllo su eventuali omissioni » (in *Gazz. uff.* 24 ottobre 1988, n. 250, *Suppl. ord.* n. 2, p. 177).

avuto riguardo al fascicolo di appartenenza (art. 114, comma 3). Né basta la diversa incidenza del divieto — che nelle ipotesi menzionate non si estende più al contenuto dell'atto — a rendere comprensibile questa sorta di *prorogatio* oltre il momento della caduta della segretezza interna.

La verità è che contrariamente a quanto potrebbe *prima facie* apparire, il secondo e il terzo comma dell'art. 114 non costituiscono — come vedremo — un prolungamento del divieto disciplinato nel comma 1, ma introducono un altro divieto di pubblicazione degli atti di indagine, da quello diverso per presupposti e finalità.

A fianco di questi divieti legalmente predeterminati, il codice del 1988 prevede — sempre in materia di indagini preliminari — un meccanismo di adattamento del regime di divulgabilità degli atti alle esigenze del caso concreto. Si tratta di una scelta legislativa importante ed inedita. Per la prima volta, infatti, viene riconosciuto al pubblico ministero il potere sia di consentire la pubblicazione di un atto di indagine per legge non pubblicabile (art. 329, comma 2), sia di disporre il divieto di pubblicare il contenuto di atti di indagine non più coperti dal segreto (art. 329, comma 3), qualora, in entrambi i casi, le deroghe alla regola ordinaria siano ritenute necessarie « per la prosecuzione delle indagini ».

Diverso per soggetto legittimato a disporlo, oggetto e finalità è l'altro divieto di pubblicazione *ope iudicis*, che può essere imposto, quando non si procede al dibattimento, sugli atti la cui pubblicazione « può offendere 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 e delle parti private » (art. 114, comma 5).

Queste finalità sono, per voluta coincidenza, le stesse poste alla base dell'unico divieto di pubblicazione concernente atti del dibattimento. Si tratta delle sole finalità a tutela delle quali la legge prevede congiuntamente limiti alla pubblicità (art. 472, commi 1 e 2) e limiti alla pubblicabilità (art. 114, comma 4) degli atti dibattimentali. Infatti, opportunamente superando l'indicazione testuale contenuta nella direttiva n. 71 della legge-delega, il legislatore delegato non ha ricollegato il divieto di pubblicazione degli atti del dibattimento a tutti i casi in cui questo si svolge, *iussu iudicis*, a porte chiuse. Ma ha selezionato, all'interno dei casi di dibattimento a porte chiuse, quelli nei quali le ragioni di esclusione della pubblicità costituiscono anche valide ragioni di esclusione della pubblicabilità.

Completano il quadro delle norme sul divieto di pubblicazione degli atti l'art. 114 e l'art. 13 delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni, i quali, nel loro combinarsi, tendono ad evitare gli effetti perniciosi che potrebbe avere sul minorenne, a qualunque titolo coinvolto in un procedimento penale, la divulgazione di notizie o immagini idonee a consentirne l'identificazione.

Già questi rapidi cenni dimostrano come si sia di fronte ad una normativa di non agevole decifrazione e della quale è difficile indivi-

duare una chiave di lettura unitaria. Ciò non solo per la compresenza di interessi marcatamente eterogenei, ma anche per tecniche e modalità di tutela degli stessi sempre assai diversificate, e talora poco lineari.

A volte il divieto di pubblicazione opera *ex lege*, a volte *officio iudicis*; a volte riguarda solo l'atto, altre anche il suo contenuto; a volte è posto a tutela del procedimento, altre a tutela di interessi extraprocessuali; a volte cessa nel corso del procedimento, altre gli sopravvive; a volte ha per oggetto atti segreti, altre atti liberamente rivelabili; a volte concerne gli atti di indagine preliminare, altre gli atti del dibattimento.

In un contesto legislativo così articolato la scelta dell'angolo prospettico è di prioritaria rilevanza, non soltanto per assicurare alla materia la migliore coerenza possibile, ma anche per impostare correttamente i non pochi problemi interpretativi che essa comporta. Delle molteplici prospettive di analisi adottabili, basate sulla fonte, sull'oggetto, sulla durata, sulla funzione del divieto, quest'ultima è forse la meno agevole, ma sicuramente la più proficua. Non foss'altro perché consente di valutare la congruità delle scelte legislative e, soprattutto, la loro compatibilità con il sistema costituzionale, che ammette limiti all'informazione giudiziaria soltanto se questi sono preordinati alla tutela di un interesse costituzionalmente confligente.

5. IL DIVIETO DI PUBBLICAZIONE COME FORMA DI TUTELA DEL PROCESSO.

Per cercare di cogliere il senso di una disciplina normativa in base alla quale un atto investigativo deve rimanere « indivulgabile » anche dopo che, con la caduta del segreto, viene meno l'esigenza di tutela delle indagini, anzi, persino dopo che si sia proceduto al dibattimento, bisogna ritornare alla direttiva n. 71 della legge di delega, ove è contenuta una netta scansione, anche temporale, tra il divieto di pubblicazione « su tutti gli atti compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria fino a quando gli stessi non possono essere conosciuti dall'imputato » e il divieto di pubblicazione degli atti del fascicolo del pubblico ministero depositati a norma della direttiva n. 58¹⁷. Negli intendimenti del delegante, il primo divieto sarebbe do-

¹⁷ La scansione è ancor più pronunciata nel sistema delineato dalla delega di quanto non lo sia in quello del codice. Ai sensi della direttiva n. 58, infatti, il deposito degli atgti inseriti nel fascicolo del pubblico ministero dovrebbe avvenire dopo il provvedimento che dispone il giudizio. Nel codice, invece, il pubblico ministero è tenuto a depositare l'intera documentazione a sua disposizione sin dal

momento della richiesta di rinvio a giudizio, « al fine di rendere possibile all'imputato e al suo difensore di compiere le scelte nell'ambito delle diverse alternative poste dai cosiddetti riti differenziati » (*Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *Gazz. uff.* 24 ottobre 1988, n. 25, *Suppl. ord.* n. 2, p. 102).

vuto cessare prima ancora che il secondo fosse divenuto operativo; anzi, la delega fa implicitamente salva la possibilità che il secondo non diventi mai operativo (ipotesi di conclusione anticipata del procedimento). Stando alla disciplina del codice, invece, tra l'uno e l'altro divieto non vi è soluzione di continuità. Ma sarebbe fuorviante, per l'interprete, andare alla ricerca di una continuità anche di *ratio*: una volta venuta meno la segretezza interna e con essa l'esigenza di tutela delle indagini, il divieto di pubblicazione degli atti permane, ma muta funzione.

In sostanza, il legislatore delegato, per rendere effettiva la tutela dell'interesse che il legislatore delegante voleva garantire con la previsione del « divieto di pubblicazione degli atti del fascicolo del pubblico ministero depositati a norma del n. 58 » ha anticipato l'operatività del divieto *de quo* « saldandola » con quella del divieto posto a protezione dell'efficacia delle indagini.

Ne è scaturito un sistema, in cui il divieto di pubblicazione, che accompagna l'atto di indagine dal momento della sua formazione sino a quando può essere ancora emessa una pronuncia di merito, dissimula due realtà nettamente differenti: il divieto di pubblicare l'atto e il suo contenuto sino a quando l'atto è coperto dal segreto; il divieto di pubblicare l'atto non più segreto. Il primo, inteso a garantire la ricerca e l'assicurazione degli elementi di prova; il secondo, ad impedire la conoscenza da parte del giudice del dibattimento.

In questa cornice va inserito e spiegato il potere del pubblico ministero di vietare la pubblicazione del contenuto degli atti di indagine non più coperti dal segreto; potere, che si ricollega alla prima delle due finalità appena menzionate. Vi è una presunzione *iuris tantum* di cessazione dell'esigenza di tutela dell'attività investigativa con il venir meno della segretezza dell'atto. Tuttavia, l'organo inquirente, ove ne ravvisi la necessità per la prosecuzione delle indagini, può disporre il divieto di pubblicazione del contenuto di atti non più segreti. In tale particolare evenienza, il divieto di pubblicazione degli atti non più segreti — sino a quando risulta esteso, con provvedimento dell'autorità giudiziaria, al contenuto degli stessi — obbedisce ad entrambe le finalità sopra richiamate.

I temi ora sommariamente indicati — connettendosi al momento di massimo attrito tra gli interessi del processo e gli interessi dell'informazione, cioè alla fase delle indagini preliminari — richiedono una trattazione più specifica ed approfondita. Per il momento preme mettere in evidenza la bipartizione funzionale che « attraversa » il divieto di pubblicazione degli atti di indagine preliminare, per incardinarvi il tentativo di dare ricostruzione sistematica alla complessa disciplina normativa.

6. IL DIVIETO DI PUBBLICAZIONE COME FORMA DI TUTELA DAL PROCESSO.

La necessità di distinguere e di considerare separatamente le due « ragioni » su cui si fonda il divieto di pubblicazione degli atti di indagine preliminare non impedisce, peraltro, di coglierne il comune denominatore: siamo dinanzi a *finalità endoprocessuali*, cioè a finalità di *tutela del procedimento*. Gli altri casi di divieto di pubblicazione, pur fra loro diversissimi nei presupposti e negli obiettivi, hanno *finalità extraprocessuali*; cioè, finalità di *tutela* di interessi sostanziali *dal procedimento* o, meglio, dal pregiudizio che ad essi potrebbe derivare dalla pubblicazione di atti del procedimento.

Ciò, tra l'altro, consente di avvertire la netta differenza che intercorre tra il potere del pubblico ministero di disporre il divieto di pubblicazione ai sensi dell'art. 329, comma 3 e il potere del giudice delle indagini preliminari di disporre il divieto di pubblicazione ai sensi dell'art. 114, comma 5: due fattispecie apparentate dalla circostanza di rappresentare esempi di divieto di pubblicazione di fonte giudiziaria¹⁸.

La differenza non consiste tanto nel fatto che nel primo caso si vieta, come si è appena visto, la pubblicazione del contenuto degli atti, mentre nel secondo si vieta la pubblicazione di atti e non del loro contenuto. La vera differenza sta nel fatto che il potere riconosciuto al pubblico ministero va esercitato nel corso e per la prosecuzione delle indagini, mentre il potere del giudice va esercitato nel momento in cui il procedimento si conclude anticipatamente (cioè senza andare al dibattimento) e per tutelare beni giuridici extraprocessuali, come il buon costume, la riservatezza delle notizie nell'interesse dello Stato e la riservatezza dei testimoni e delle parti private. Dal punto di vista funzionale, la seconda fattispecie presenta semmai stretti legami con quella disciplinata dall'art. 114, comma 4, a norma del quale « è vietata la pubblicazione, anche parziale, degli atti del dibattimento celebrato a porte chiuse nei casi previsti dall'art. 472, commi 1 e 2 », cioè, appunto, nei casi in cui la pubblicità può nuocere agli interessi extraprocessuali sopra menzionati.

Non mancano certo le differenze tra le fattispecie disciplinate dai commi 4 e 5 dell'art. 114. Differenze, anzitutto, in ordine alla sfera applicativa del divieto: nell'un caso, riguarda gli atti del dibattimento, nell'altro, gli atti del procedimento conclusosi prima della fase dibattimentale. Differenze, sia pure — come subito si vedrà — più apparenti che sostanziali, in ordine alla fonte del divieto: nell'un caso la legge, nell'altro il provvedimento del giudice.

¹⁸ L'unico altro caso di divieto di pubblicazione *ope iudicis* previsto dal nuovo codice di procedura penale è disciplinato dal comma 4 dell'art. 114. In forza di questa norma il giudice, nei casi per i quali è stabilito il divieto di pubblicazione degli atti del dibatti-

mento celebrato a porte chiuse, può disporre, sentite le parti, « il divieto di pubblicazione anche degli atti o di parte degli atti utilizzati per le contestazioni ». Cioè, di quegli unici atti di indagine di cui « è sempre consentita la pubblicazione » (art. 114, comma 3).

Tuttavia, a suggerirne una trattazione unitaria, che in questa sede dobbiamo premettere¹⁹ è la comune logica ispiratrice. Con le disposizioni richiamate il legislatore ha affrontato il problema dell'individuazione e della tutela degli interessi sostanziali ritenuti suscettibili di subire pregiudizio dalla pubblicazione di atti del procedimento penale.

Sino a quando degli atti medesimi viene interdetta la pubblicazione a salvaguardia di preminenti interessi processuali — come accade per gli atti di indagine preliminare — le esigenze « sostanziali » non si avvertono o, meglio, restano assorbite e soddisfatte dal divieto di pubblicazione imposto ai fini processuali. Ma quando il divieto, per così dire « a carattere processuale », non è più operante (come avviene dopo la definizione anticipata del procedimento o dopo l'utilizzazione dell'atto per le contestazioni), ovvero quando non opera *ab origine* (come avviene per gli atti del dibattimento), perdura o nasce un divieto — avente medesimo contenuto, ma differente finalità — la cui esistenza, il cui oggetto e la cui durata debbono essere, anche per verificarne l'ortodossia costituzionale, autonomamente considerati e giustificati.

SEZIONE SECONDA: IL DIVIETO DI PUBBLICAZIONE A TUTELA DELL'ATTIVITÀ INVESTIGATIVA

7. IL CRITERIO LEGALE DI CONTEMPERAMENTO DEGLI INTERESSI CONFLIGGENTI.

Come nel codice del 1930, la tutela della segretezza esterna nel codice del 1988 corre, di regola, lungo il binario dell'obbligo del segreto e del divieto di pubblicazione, sanciti rispettivamente dall'art. 329 e dall'art. 114. A differenza, però, del sistema precedente ove le disposizioni omologhe (artt. 230 e 307, da un lato; art. 164, dall'altro), sia pure finalisticamente convergenti, erano strutturalmente autonome, nel nuovo assetto normativo vi è tra l'art. 114, comma 1 e l'art. 329 un duplice, reciproco rinvio, che ne rimarca la stretta complementarietà funzionale e ne consente una trattazione unitaria. Così come unitaria è del resto, significativamente, la previsione dell'obbligo del segreto e del divieto di pubblicazione nella legge di delega.

¹⁹ Al riguardo, ci si consenta di rinviare a G. GIOSTRA, *Processo penale e informazione*, 1989, p. 295 s.

Si aggiunga che, rispetto alla disciplina del 1930, in quella del 1988 vi è una maggiore « oggettivazione » del segreto, prescindendosi dall'elencazione dei soggetti tenuti al riserbo, che era prevista dagli artt. 230 e 307 cod. proc. pen. 1930²⁰. La scelta del legislatore delegato rende, quindi, più omogenea ed immediata la comparazione tra l'area del segreto e l'area del non pubblicabile.

Gli atti di indagine compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria sono coperti dal segreto e non sono pubblicabili, sino a quando l'imputato non ne possa avere conoscenza legale: questa la portata precettiva espressa dagli artt. 114 e 329, secondo un agevole coordinamento dei rispettivi primi commi.

Il significato politico-legislativo è trasparente. L'obbligo del segreto e il divieto di pubblicazione hanno oggetto (atti di indagine) e durata (sino al permanere della segretezza interna) coincidenti, perché coincidente è l'obiettivo che essi perseguono: la tutela dell'attività investigativa.

Questa esplicitazione dell'interesse tutelato dagli artt. 114 e 329 è tanto più apprezzabile se si pensa al « vuoto dei fini » della normativa del 1930 e alle incertezze interpretative che ne sono scaturite.

Sul piano dell'esegesi, tuttavia, più di un'insidia si nasconde tra le pieghe della nuova normativa, a cominciare dal problema dell'esatta determinazione degli atti²¹ soggetti all'obbligo del segreto e, quindi, al divieto di pubblicazione.

8. GLI ATTI SOGGETTI ALL'OBBLIGO DEL SEGRETO E AL DIVIETO DI PUBBLICAZIONE.

Precisando che sono coperti dal segreto « gli atti di indagine compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria »²², il comma 1 dell'art. 329 esclude che siano segreti e, perciò, non pubblicabili gli atti compiuti dal giudice per le indagini preliminari nel corso della

²⁰ Nel nuovo sistema processuale *tutti* sono tenuti all'obbligo del segreto, così come *tutti* sono tenuti all'osservanza del divieto di pubblicazione. Tuttavia, essendo rimasto invariato il quadro delle norme poste a tutela di questi limiti alla divulgazione degli atti, mentre l'art. 114 trova il suo *pendant* sostanziale nell'art. 684 cod. pen., la trasgressione dell'obbligo del segreto non è penalmente perseguibile al di fuori delle ipotesi previste dagli artt. 326, 622 e 623 c.p. La norma che impone l'obbligo del segreto sarà spesso nel nuovo codice, come lo era in quello del 1930 con riguardo alla figura del difensore, una *lex imperfecta*.

²¹ È opportuno notare che, a differenza di quanto avveniva nell'art. 164 cod. proc.

pen. 1930 e nell'art. 684 cod. pen., l'art. 114 del nuovo codice non menziona i documenti come oggetto del divieto di pubblicazione. Si deve pertanto ritenere che i documenti acquisiti al procedimento siano pubblicabili, a meno che non costituiscano l'oggetto (ad es. perizia) o il risultato (ad es. sequestro) di un atto non pubblicabile.

²² È appena il caso di notare l'inesatto, ma innocuo, impiego della congiuntiva « e » in luogo della disgiuntiva « o ». Nonostante l'improprietà lessicale, peraltro, non può essere revocato in dubbio che sono coperti dal segreto sia gli atti della polizia giudiziaria, sia gli atti del pubblico ministero, sia, a maggior ragione, quelli compiuti congiuntamente.

fase omonima²³. Così, esemplificativamente, si deve ritenere (rivelabile e) pubblicabile la notizia del provvedimento che dispone una misura cautelare (art. 292), dell'interrogatorio compiuto ai sensi dell'art. 294, dell'autorizzazione all'intercettazione di comunicazioni o conversazioni (art. 267), dell'autorizzazione all'accompagnamento coattivo (art. 376), dell'assunzione di un incidente probatorio (art. 398).

L'art. 329, inoltre, fa riferimento ad « atti di indagine »²⁴, cioè ad atti che, propriamente parlando, rappresentano sì grande parte dell'attività compiuta dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria durante le indagini preliminari, ma non la esauriscono: il *ricevere notizie di reato* (art. 330); l'*informativa* sulla notizia di reato e sulle prime attività compiute (art. 347); la *trasmissione* al giudice della *richiesta di sequestro* inoltrata dall'interessato e non accolta (art. 368); i *provvedimenti per il coordinamento* fra uffici diversi del pubblico ministero che procedono ad indagini collegate (art. 371); la *richiesta* di autorizzazione a disporre l'*intercettazione* di comunicazioni o conversazioni (art. 267); la *richiesta* di autorizzazione a disporre l'*accompagnamento coattivo* della persona sottoposta alle indagini (art. 376); l'invio alla persona nei cui confronti sono svolte le indagini e alla persona offesa di una *informazione di garanzia* (art. 369); l'*arresto in flagranza* (artt. 380-381); l'*avviso dell'arresto o del fermo* ai familiari (art. 387), sono, ad esempio, tutti atti della fase delle indagini preliminari che non possono tecnicamente qualificarsi come atti di indagine, cioè come atti diretti al reperimento e all'assicurazione delle fonti di prove²⁵.

Quid iuris per questi ed altri atti non investigativi compiuti dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria nel corso delle indagini preliminari? Essi, in assenza di limiti espressi, sono da considerare liberamente divulgabili, ancorché a volte ciò comprometta la coerenza del sistema, ignorando esigenze di riservatezza non meno meritevoli di tutela.

D'altra parte, la direttiva n. 71 della legge-delega — con un'espressione normativa che per tenore ed analiticità di previsione sembrava destinata ad avere automatica applicazione — parla di « ob-

²³ *A fortiori*, sono pubblicabili le risultanze investigative compiute da qualsiasi altro soggetto processuale (si pensi ad un'indagine difensiva) o da soggetti estranei al procedimento (si pensi ad un'inchiesta giornalistica).

²⁴ Non può dubitarsi del fatto che, pur in assenza di specifica aggettivazione, la norma si riferisca ad atti di indagine *preliminare*. A parte che l'art. 329 è collocato nel libro quinto dedicato alle indagini preliminari e che negli artt. 326 e 327 con cui il libro si apre è contenuta l'identica espressione « atti di indagine » inequivocabilmente usata in luogo di « atti di indagine preliminare », depone in tal senso un inconfutabile dato nor-

mativo. Ai sensi del comma 1 dell'art. 329 gli atti di indagine sono coperti dal segreto « non oltre la chiusura delle indagini preliminari ». È chiaro, quindi, che il legislatore non potesse riferirsi alle altre indagini che il pubblico ministero può svolgere dopo la richiesta di rinvio a giudizio (art. 419, comma 3) ovvero dopo il divieto che dispone il giudizio (art. 430).

²⁵ Per la stessa ragione sono legittimamente pubblicati gli atti del pubblico ministero conclusivi o tendenzialmente conclusivi delle indagini: ad esempio, la richiesta di giudizio immediato, di rinvio a giudizio, di decreto di condanna, di archiviazione.

bligo del segreto su tutti gli atti compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria ». Il passaggio da « tutti gli atti » agli « atti di indagine » sembrerebbe, quindi, sottintendere un'espressa volontà delimitativa del legislatore delegato.

Si potrebbe osservare che spesso, sia nel caso degli atti non di indagine compiuti dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria, sia nel caso degli atti compiuti da autorità diversa, siamo dinanzi ad atti di cui la persona sottoposta ad indagine deve o può avere conoscenza, e che quindi sarebbero liberamente divulgabili, anche se rientrassero nella previsione degli artt. 114 e 329. A parte che la considerazione potrebbe servire a ridimensionare il problema e non certo a risolverlo, si deve tener presente che il comma 2 dell'art. 114 prevede il divieto di pubblicazione per gli atti *non più coperti* dal segreto. Di qui l'importanza di sapere se l'atto sia da considerare *ad initio* segreto, cioè soggetto anche per brevissimo tempo al vincolo della segretezza.

Né i segnalati scompensi di carattere sistematico possono essere superati con il ricorso all'analogia, in quanto il disposto degli artt. 114 e 329 rappresenta il nucleo precettivo delle norme penali (rispettivamente artt. 684 e 326 cod. pen.), che ne assicurano la tutela sanzionatoria.

9. LA DURATA DEL DIVIETO.

In ordine alla durata, gli « atti di indagine » sono segreti, e perciò non pubblicabili, fino a quando l'imputato non abbia diritto di conoscerli e, comunque, fino alla chiusura delle indagini preliminari. Il momento della conoscenza legale dell'atto da parte dell'imputato costituisce pertanto il *dies ad quem* del divieto di pubblicazione, salvo che questo momento sia successivo a quello della conclusione delle indagini preliminari²⁶. In sostanza, con il venir meno della segretezza interna vi è anche una caduta verticale dell'interesse alla riservatezza « istruttoria », per cui, salvo ipotesi particolari fronteggiabili caso per caso con un potere di « segretazione » del pubblico ministero (art. 329, comma 3), non v'è motivo di mantenere l'obbligo del segreto e il divieto di pubblicazione. A più forte ragione, l'obbligo e il divieto *de quibus* sarebbero privi di giustificazione razionale e costituzionale dopo la fine delle indagini preliminari.

²⁶ Come avviene nel caso di richiesta di rinvio a giudizio. La chiusura delle indagini si verifica nel momento in cui il pubblico ministero inoltra la richiesta (art. 405, comma

1), mentre al deposito degli atti provvede il giudice per le indagini preliminari, dopo l'emissione del decreto che fissa l'udienza preliminare (art. 419, comma 2).

Chiara e condivisibile nelle sue motivazioni di fondo²⁷, la scelta politica, ha però trovato una traduzione normativa tecnicamente non ineccepibile.

Va subito rilevato come il riferimento alla figura dell'imputato sia del tutto improprio: quando la persona nei cui confronti si svolgono le indagini preliminari assume la veste di imputato, l'obbligo del segreto e il divieto di pubblicazione o sono già inoperanti o lo diventano in quel momento. La qualità di imputato si assume, infatti, soltanto con la chiusura delle indagini preliminari, che rappresenta il termine finale di quell'obbligo e di quel divieto²⁸.

Anzi, nel procedimento che si conclude con una pronuncia di archiviazione, pur operando i limiti divulgativi di cui agli artt. 114 e 329, non vi è mai — per definizione — un imputato.

Salvo errore, il sistema offre un solo e fragile spunto per escludere che il termine « imputato » presente nel comma 1 dell'art. 329 sia addebitabile ad un infortunio legislativo²⁹. Il riferimento all'imputato può avere un senso nelle ipotesi in cui, a seguito di richiesta di giudizio immediato (art. 455), di decreto penale di condanna (artt. 459, comma 3 e 460, comma 4) ovvero a seguito di presentazione dell'imputato in udienza per il giudizio direttissimo (artt. 449, comma 2; 452, comma 1 e 566, comma 5), il giudice restituisce gli atti al pubblico ministero.

²⁷ Per la verità, la soluzione di collegare la pubblicabilità dell'atto al venir meno della segretezza interna, per più aspetti apprezzabile, presenta un lato debole che non va sottovalutato. Nel caso di indagini contro ignoti che si concludono con un decreto di archiviazione, l'intero procedimento viene sottratto alla conoscenza dell'opinione pubblica. Gli atti ad esso relativi ed il loro contenuto restano, infatti, segreti e non pubblicabili sino al provvedimento di archiviazione, poiché non c'è una persona sottoposta alle indagini che maturi anticipatamente un diritto alla conoscenza dell'atto. Ed è politicamente difficile accettare — specie nei casi di reati gravi ed allarmanti, con inquietanti implicazioni istituzionali — che la cortina del divieto di pubblicazione si alzi soltanto dopo due anni (proroga massima del termine ordinario per le indagini) dall'evento.

²⁸ Di fatto, quando il segreto cade con la chiusura delle indagini si può verificare uno scarto temporale tra la cessazione della segretezza dell'atto e la possibilità per l'imputato di prendere conoscenza dell'atto medesimo, la cui divulgabilità, quindi, resta per l'imputato una facoltà più astratta che reale. Si pensi ad una sommatoria informazione testimoniale: con la richiesta di rinvio a giudizio (art. 416) l'atto non è più coperto dal segreto, ma di fatto l'imputato ne potrà avere cono-

scenza soltanto dopo il ricevimento dell'avviso di cui all'art. 419, comma 2.

La considerazione, peraltro, nulla toglie all'esattezza di quanto affermato in testo circa il perfetto allineamento cronologico e processuale dell'assunzione della qualità di imputato con la chiusura delle indagini preliminari e, *ipso iure*, con la cessazione della segretezza di tutti gli atti.

²⁹ Il nuovo ordinamento, per la verità, prefigura un'altra evenienza processuale in cui le indagini preliminari si svolgono nei confronti di un imputato. Si allude all'ipotesi di revoca della sentenza di non luogo a procedere, che determina la reviviscenza della qualità di imputato (art. 62, comma 3), nonostante l'eventualità che siano da svolgere ulteriori indagini (artt. 435, comma 1 e 436, comma 3).

Si tratta, peraltro, di una fattispecie processuale che non può essere invocata a giustificazione dell'uso del termine « imputato » nell'art. 329. In essa, infatti, la problematica del segreto ha una dimensione del tutto particolare: l'imputato partecipa all'udienza (art. 436) in cui il giudice decide sulla necessità di riaprire le indagini per consentire al pubblico ministero di acquisire le nuove fonti di prova da quest'ultimo indicate nella richiesta di revoca della sentenza di non luogo a procedere (art. 435).

Ove si ritenesse che, in questi casi, insieme agli atti viene restituito al pubblico ministero il potere di svolgere indagini preliminari (sempre che, ovviamente, sia ancora entro i termini consentiti)³⁰, avremmo un imputato nel corso delle indagini preliminari e quindi spazi di operatività per l'art. 329, comma 1.

In quest'ordine di idee si potrebbe arrivare a giustificare la scelta terminologica di tale norma, con il precisare che sovente, verificandosi la necessità di indicare congiuntamente la persona soggetta alle indagini e l'imputato, ragioni di economia espositiva hanno indotto il legislatore del nuovo codice ad adoperare il termine « imputato » come connotativo di entrambe le figure procedurali³¹. Ma sarebbe un tentativo di « salvataggio » della norma alquanto faticoso e pur sempre legato ad una premessa molto opinabile.

L'importante, comunque, è che da simili economie o sviste lessicali non si facciano discendere conseguenze sostanziali. Si potrebbe ritenere, ad esempio, che il legislatore delegante prima, e quello delegato poi, abbiano usato il termine « imputato » in senso restrittivo, volendo con ciò significare che i limiti divulgativi concernenti atti di indagine cadono solo quando di questi atti possa prendere conoscenza la persona nei cui confronti di pubblico ministero abbia formulato un'accusa dinanzi al giudice, ancorché la medesima persona fisica ne avesse legalmente avuto cognizione già in un momento anteriore all'assunzione della qualità di imputato.

È bene allora dire subito che una soluzione interpretativa del genere darebbe luogo ad una eccessiva compressione delle esigenze dell'informazione, estromessa da un'intera fase del procedimento; ad una poco ragionevole « ipertutela » delle indagini, prorogando i limiti preclusivi della diffusione anche con riguardo ad atti già da tempo conosciuti da tutte le persone sottoposte a procedimento; e, soprattutto, ad inammissibili incongruenze sistematiche. Da quest'ultimo punto di vista, infatti, riuscirebbe difficilmente comprensibile l'esplicita attribuzione al pubblico ministero del potere di vietare — *nel corso delle indagini preliminari*, e cioè prima che vi siano un'azione penale e un imputato — la pubblicazione di *atti non più coperti dal segreto* (art. 329, comma 3). Privato di significato resterebbe poi il

³⁰ La tesi suscita serie perplessità. Anche perché introduce nel sistema una vistosa distonia: se il pubblico ministero fosse abilitato, dopo la restituzione degli atti nei casi *de quibus*, a compiere ulteriori indagini preliminari, saremmo in presenza di un'attività che la legge vuole diretta ad assumere « le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale » (art. 326), svolta dopo l'esercizio dell'azione penale.

Ma la riserva più grave riguarda la vulnerazione del principio di obbligatorietà dell'azione penale. Ove si riconoscesse al pubblico

ministero, dopo la restituzione degli atti, il potere di svolgere le indagini preliminari nella pienezza delle sue prerogative, non gli si potrebbe negare il diritto di chiedere, sulla base delle nuove risultanze, l'archiviazione della *notitia criminis*, ritrattando, così, l'azione penale precedentemente esercitata.

³¹ Senza pregiudizio per la posizione della persona sottoposta alle indagini, cui sono estesi « i diritti e le garanzie dell'imputato » (art. 61, comma 1), nonché « ogni altra disposizione relativa all'imputato, salvo che sia diversamente stabilito » (art. 61, comma 2).

comma 2 dell'art. 114, che sancisce il divieto di pubblicare atti di indagine (ma non il loro contenuto) sino alla conclusione della fase delle indagini preliminari.

Pur dopo aver stabilito che « imputato » è termine che nell'art. 391, comma 1 designa, di regola, la « persona nei cui confronti si svolgono le indagini », l'espressione usata nella stessa disposizione per fissare il *dies ad quem* dell'obbligo del segreto e, in modo indiretto, del divieto di pubblicazione, necessita di precisazioni.

Letteralmente intesa, la locuzione secondo cui gli atti sono segreti « fino a quando l'imputato non ne possa avere conoscenza » si presta a letture foriere di incertezze applicative. Quella delle indagini preliminari è una fase procedimentale gestita da un'unica parte e chiusa, in via di principio, al contraddittorio. Gli unici « spiragli » per la difesa si risolvono in talune possibilità riconosciute al difensore non già di partecipare attivamente alla formazione degli atti di indagine, ma di essere presente al loro compimento ovvero di prendere cognizione del relativo verbale. Subordinare la cessazione del divieto di rivelare e di pubblicare gli atti di indagine preliminare al momento in cui nasce il diritto dell'imputato (*rectius*, della persona sottoposta alle indagini) — e non soltanto del suo difensore — a conoscerli, significherebbe vanificare la previsione dell'art. 329, comma 1 e, ancor prima, della direttiva n. 71 (primo periodo) della legge-delega: la barriera del duplice divieto non solo non subirebbe nel corso delle indagini preliminari quel progressivo sgretolamento che le due norme sembrerebbero prefigurare, ma permanerebbe sostanzialmente intatta ben oltre la conclusione della fase delle indagini preliminari. Infatti, il deposito del fascicolo del pubblico ministero *in limine* a ciascuno degli sbocchi processuali che si prospettano dopo la conclusione delle indagini preliminari, è di regola previsto per consentirne la visione al difensore e non all'imputato.

Si dovrebbe, dunque, agevolmente convenire sulla necessità di riferire l'espressione « il diritto di conoscerli » alla difesa nel suo complesso e non al solo imputato (*rectius*, persona sottoposta alle indagini).

Piuttosto è opportuno domandarsi a quale disciplina soggiacciono le non infrequenti situazioni in cui vi sono più persone sottoposte alle indagini. La circostanza che un atto sia conoscibile da una di esse o dal suo difensore comporta di per sé la cessazione dell'obbligo del segreto e del divieto di pubblicazione con riguardo all'atto medesimo?

Una cosa è certa: la conoscenza da parte di uno degli inquisiti o del suo difensore non determina automaticamente il venir meno dell'esigenza della riservatezza investigativa. Si pensi, esemplificativamente, ad una perquisizione domiciliare a carico di uno dei soggetti inquisiti: non v'è dubbio che le informazioni sulla sua esecuzione e sul suo esito possano essere utilizzate dagli altri inquisiti per frustrare analoghe operazioni investigative.

Per contro, però, è altrettanto indubbio che la legge, prescrivendo la fine dell'obbligo del segreto e del divieto di pubblicazione nel momento in cui l'imputato può prendere cognizione dell'atto, ha escluso

— in via generale — che per la pubblicabilità di un atto si debba attendere il venir meno della segretezza interna, in ordine a quell'atto, nei confronti di tutte le persone sottoposte alle indagini.

Ciò non significa che il legislatore abbia ignorato il problema, ma soltanto che, ad una soluzione generalizzata, è stata preferita una soluzione da demandare caso per caso all'autorità giudiziaria.

Questa, come vedremo più diffusamente in seguito, può disporre « l'obbligo del segreto per singoli atti (...) quando la conoscenza dell'atto può ostacolare le indagini riguardanti altre persone » (art. 329, comma 3, lett. a). Più in generale, può disporre, in caso di necessità per la prosecuzione delle indagini, « il divieto di pubblicare il contenuto dei singoli atti » non più segreti o di « notizie specifiche relative a determinate operazioni » (art. 329, comma 3, lett. b).

10. POTERE DI « SEGRETAZIONE » E DI

« DESEGRETAZIONE »: SIGNIFICATO TECNICO E RATIO ISPIRATRICE.

La regola generale, in base alla quale il divieto di pubblicazione degli atti di indagine preliminare e del loro contenuto coincide per oggetto e durata con l'obbligo del segreto previsto dall'art. 329, comma 1, subisce due eccezioni: i commi 2 e 3, infatti, conferiscono al pubblico ministero il potere, rispettivamente, di rimuovere o di imporre il divieto di pubblicazione.

Va precisato preliminarmente che, con espressione divenuta ormai d'uso corrente nel dibattito sull'argomento, si suole denominare queste due prerogative del pubblico ministero *potere di desegretazione* e *potere di segretazione*. Locuzioni icastiche e di efficace sintesi, ma largamente approssimative. Tuttavia, più che tentare di proscrivere dal linguaggio giuridico, oltretutto con scarsissime possibilità di successo, conviene precisarne il significato di impiego.

Alla lettera, le due espressioni valgono per « potere di togliere il segreto » e « potere di sottoporre a segreto ». Più precisamente: « potere di esonerare dall'obbligo del segreto » e « potere di imporre l'obbligo del segreto » su uno o più atti. A rigore, quindi, il regime di pubblicabilità degli atti medesimi potrebbe rimanere impregiudicato pur dopo l'esercizio del potere di « segretazione » o del potere di « desegretazione ».

Se quest'ultime espressioni sono adoperate come sinonime di potere di disporre e potere di revocare il divieto di pubblicazione accade, presumibilmente, perché sia le une che le altre denotano un'attività di imposizione o di rimozione di un vincolo alla divulgabilità di una certa notizia. Ma a ricordare la necessità di distinguere è proprio l'art. 329 che, nel suo comma 3, differenzia il decreto che dispone l'obbligo del segreto (lett. a) dal decreto che dispone il divieto di pubblicazione (lett. b).

Per comodità espositiva e per non discostarsi dall'uso invalso, si può pertanto convenzionalmente continuare ad usare i termini « segreta-

zione » e « desegretazione » dell'atto con riguardo al provvedimento che ne esclude o consente la pubblicabilità, purché si procuri poi di precisare « segretazione o desegretazione » *in senso stretto* ogni qualvolta ci si intende riferire al provvedimento che impone o rimuove il solo segreto.

Venendo — dopo questa doverosa digressione terminologica — ai contenuti sostanziali dei commi 2 e 3 dell'art. 329, non è arduo rintracciarne la *ratio* ispiratrice: il sistema imperniato su un discrimine tracciato dalla legge, fra ciò che non è divulgabile e ciò che è divulgabile, offre irrinunciabili vantaggi in termini di certezza, che vuol poi dire uniformità di trattamento, prevenzione di abusi e correttezza di informazione. D'altra parte, però, un sistema del genere è destinato a scontare le conseguenze del possibile scarto tra la previsione legislativa e la realtà effettuale.

Affidare all'organo giudiziario procedente il potere di verificare di volta in volta se le indagini rendano necessario divulgare ciò che per legge non potrebbe essere divulgato o non divulgare ciò che per legge sarebbe divulgabile, può in effetti apparire il correttivo più idoneo³². Ma non si richiamerà mai a sufficienza l'attenzione sul fatto che, in mancanza di una rigorosa individuazione dei presupposti ed un'adeguata possibilità di controllo, il potere di « segretazione » o di « desegretazione » rischia di divenire strumento di tutela non delle indagini, ma dell'inquirente.

Di più: la previsione che una parte o il giudice possa in qualche modo « gestire » la notizia processuale tende di per sé a straripamenti applicativi e comunque cambia, anche presso l'opinione pubblica, il senso e il valore della pubblicabilità.

Queste preoccupazioni si fanno sentire già ad una prima lettura della disciplina dettata dall'art. 329.

11. PRESUPPOSTI COMUNI PER L'ESERCIZIO DEL POTERE DI « SEGRETAZIONE » E DEL POTERE DI « DESEGRETAZIONE ».

Il presupposto per emettere i provvedimenti di « desegretazione » e di « segretazione » è il medesimo: la loro necessità per la prosecu-

³² Uno strumento legislativo su cui il dibattito non ha soffermato sufficientemente l'attenzione è quello di strutturare la fattispecie sostanziale del divieto di pubblicazione non già in termini di pericolo astratto, ma di pericolo concreto o, forse ancor meglio, di danno. Ciò potrebbe in qualche modo dar spazio, pur in un sistema di limiti legali ed astratti alla divulgazione di atti del procedimento penale, ad un accertamento caso per

caso della reale offensività della condotta. La soluzione avrebbe il vantaggio di condurre, attraverso una valutazione preventiva dell'operatore dell'informazione ed una (eventuale) valutazione successiva del giudice, ad un bilanciamento in concreto degli interessi in giuoco, senza attribuire pericolosi poteri di gestione della notizia processuale all'autorità inquirente.

zione delle indagini preliminari³³. Si tratta, va detto subito, di una condizione di esercizio del potere pericolosamente generica, sia pure con accentuazioni diverse nei due casi.

Quanto alla « desegretazione », necessaria per il proseguimento delle indagini potrebbe essere la pubblicazione della foto di una persona scomparsa, della descrizione di una cosa pertinente al reato, dell'*identikit* del ricercato, del disegno di un luogo non identificato, degli estremi di un'autovettura e via dicendo. Ma si potrebbe anche ritenere funzionale allo sviluppo delle indagini, la pubblicazione della confessione dell'inquisito, del contenuto di un esame testimoniale, del riscontro negativo o positivo di un alibi, dei risultati di un accertamento di tipo peritale, dell'annuncio da parte dell'inquisito di future chiamate di correo. Del resto, come negare che accorgimenti divulgativi del genere potrebbero servire a « stanare » eventuali complici o ad indurli a « mosse false »; a convincere testimoni reticenti e ancora sconosciuti a collaborare; a propiziare confessioni; a favorire delazioni incrociate all'interno di un'organizzazione criminale?

Andando probabilmente ben al di là dei limiti voluti dal legislatore³⁴, ma restando al di qua dei limiti fissati dalla legge, il pubblico ministero si trova ad esercitare un potere che gli consente di modulare a proprio piacimento l'iniziale flusso di informazioni sulle indagini, condizionando in modo spesso decisivo l'orientamento della pubblica opinione.

Non meno vago, e quindi non meno preoccupante, si presenta il requisito della « necessità per la prosecuzione delle indagini » con riferimento all'esercizio del potere di « segretazione ». Anzi, in tal caso sembra ancor più agevole per il pubblico ministero giustificare un provvedimento di deroga alle regole « ordinarie » fissate dalla legge, essendo quasi sempre possibile immaginare intralci alla prosecuzione delle indagini potenzialmente derivabili dalla diffusione di notizie sulle stesse.

Anche se l'imputato sa, la pubblicazione degli atti potrebbe indurre le persone concorrenti nel reato a sottrarsi alla giustizia ovvero a sviare le indagini; la conoscenza di una linea difensiva cifratamente minacciosa potrebbe spingere i testi d'accusa a tacere o a ritrattare ovvero dissuadere gli eventuali correi dal collaborare; l'informazione sulle prime univoche risultanze di indagine potrebbe suggestionare il

³³ La legge non specifica espressamente che debba trattarsi di indagini *preliminari*, ma a questa conclusione si giunge abbastanza agevolmente sul piano interpretativo: cfr. nota 24.

³⁴ Si legge nella *Relazione al progetto preliminare* che il secondo comma dell'art.

329 « consente al pubblico ministero di escludere il segreto per atti o parte di atti per i quali la pubblicazione sia necessaria per le indagini (es.: fotografie, *identikit*, etc.) » (in *Gazz. uff.*, 24 ottobre 1988, n. 250, *Suppl. ord.* n. 2, p. 82).

testimone o il consulente tecnico che si accingesse a prestare il suo ufficio; la direzione e l'esito di talune perquisizioni potrebbero mettere sull'avviso i detentori di cose pertinenti al reato o comunque utili per la ricerca della verità, inducendoli a trasferirle, occultarle o sopprimerle. Si può dire, in termini più generali, che ogni divulgazione di atti investigativi è astrattamente in grado di compromettere o precludere non ipotizzati, ma ipotizzabili sviluppi delle indagini.

Di fronte a presupposti così elastici per l'esercizio delle facoltà di « desegretazione » e di « segretazione », la garanzia della motivazione — prevista per entrambe le ipotesi — costituisce argine non certo sufficiente contro gli abusi. L'estrema discrezionalità del potere rende di fatto inefficace un sindacato sul suo esercizio, svilendo il significato della motivazione.

La sensazione che si ricava da un primo sguardo d'assieme alle norme sul potere di « segretazione » e di « desegretazione » è che si siano improvvidamente lasciati spazi troppo ampi ad un suo uso strumentale, tanto da non poter escludere che, attraverso un abile dosaggio dei decreti di « segretazione » e « desegretazione », l'organo dell'accusa faccia filtrare solo informazioni che offrano una versione colpevolista delle risultanze « istruttorie »; legittimino presso l'opinione pubblica l'azione persecutoria, mettendone in luce l'efficacia e l'utilità; producano un impatto sociale funzionale ad una determinata politica giudiziaria. Il rischio è che si pervenga ad avallare normativamente quell'uso distorto dell'informazione giudiziaria, che prima del codice del 1988 era sì generalizzato, ma pur sempre *contra legem*.

L'unico rimedio potrebbe consistere in un'interpretazione restrittiva del carattere della necessità che, a norma dell'art. 329, deve inerire al provvedimento con cui si deroga alla regola generale sulla divulgabilità degli atti di indagine. Si dovrebbe richiedere che la « segretazione » o la « desegretazione » si presenti come indispensabile e non surrogabile per evitare un determinato nocumento alle indagini o per consentirne l'utile prosecuzione, altrimenti compromessa. Bisognerebbe, cioè, tentare di recuperare a livello interpretativo e applicativo, facendo leva sul non robustissimo appiglio della *necessità per le indagini*, quella garanzia di indispensabilità del mezzo e di specificità del fine, che sola può preservare dagli abusi³⁵.

Giungere ad una interpretazione restrittiva del presupposto per l'esercizio del potere di « segretazione » e di « desegretazione » significa anche restituire significato all'obbligo che incombe sul pubblico ministero di provvedere con decreto motivato. Infatti, maggiore è la

³⁵ In altri termini, la « desegretazione » o la « segretazione » deve considerarsi *necessaria* quando, soltanto grazie ad essa, può

conseguirsi un risultato determinato, il cui mancato raggiungimento potrebbe compromettere irreparabilmente le indagini.

vaghezza del presupposto, più forte è il rischio che la garanzia della motivazione scada ad adempimento formale di mero orpello al dispositivo.

Per la verità, anche interpretando restrittivamente, nel senso poc'anzi proposto, la nozione legislativa di « necessità per la prosecuzione delle indagini », il rischio che la motivazione del provvedimento sia del tutto inidonea a svolgere quella funzione di garanzia dagli abusi per la quale, di regola, è richiesta dall'ordinamento, resta piuttosto consistente. In tal caso, infatti, la motivazione non è strumentale ad alcun tipo di controllo. Il legislatore, forse anche per la difficoltà di individuare un soggetto direttamente interessato alla rimozione o alla censura del provvedimento, ha di fatto reso insindacabili tanto il decreto di « segretazione », quanto il decreto di « desegretazione ».

La circostanza è particolarmente preoccupante con riguardo al primo provvedimento, poiché rispetto ad esso si potrebbe porre un problema di legittimità non solo in ordine alla sussistenza del presupposto, ma anche in ordine alla durata, che la delega vuole limitata al « tempo strettamente necessario ad evitare pregiudizio per lo svolgimento delle indagini » (direttiva n. 71).

Prima di esaminare partitamente le peculiarità dei due tipi di provvedimento, importa segnalare un'altra nota comune, in qualche modo sorprendente. Non può non stupire, infatti, che facciano difetto disposizioni inequivocche circa il regime di divulgabilità dei provvedimenti in esame, che sono a loro volta destinati a determinare il regime di divulgabilità degli atti del procedimento. Il decreto di « segretazione » è soggetto all'obbligo del segreto? È pubblicabile il decreto di « desegretazione »? Sono interrogativi cui è difficile dare una risposta sicura e soddisfacente.

L'unico punto fermo è che soggetti all'obbligo del segreto ed al divieto di pubblicazione sono gli *atti di indagine*. Si tratta di vedere se il decreto di « segretazione » o di « desegretazione » sia qualificabile come atto di indagine.

Ove si ritenga — ed è forse questa la soluzione più convincente sul piano esegetico — che il provvedimento in questione non sia un *atto di indagine* in senso proprio, bensì un *atto per le indagini* o, come si esprime la legge, per la prosecuzione delle indagini, si deve propendere per la sua pubblicabilità. Il che non significa sottovalutare le ripercussioni negative che potrebbe avere sulle indagini l'intempestiva pubblicazione del provvedimento con cui il pubblico ministero modifichi il regime di divulgabilità degli atti proprio in vista di una più efficace azione investigativa. Ciò è di immediata evidenza per quanto concerne il decreto di « segretazione », ma non si può certo escludere che la stessa divulgazione delle ragioni che inducono il pubblico ministero a far pubblicare atti o parte di atti segreti possa frustrare la strategia dell'inquirente.

Per contro, anche a voler forzare la lettera della norma, ritenendo applicabile per il decreto del pubblico ministero la disciplina degli atti di indagine, gli inconvenienti sarebbero ancora più gravi, special-

mente con riguardo al provvedimento di « segretazione »: un atto di parte, destinato ad incidere sensibilmente sul diritto di cronaca, verrebbe reso di pubblica ragione soltanto al termine del secondo grado di giudizio, vanificando nei fatti l'unica, indiretta forma di controllo — quella dell'opinione pubblica — sull'esercizio del potere di restrizione di una fondamentale libertà costituzionale.

La verità è che la normativa in esame presenta, sul punto, una vistosa lacuna, resa meno giustificabile dalla presenza, nella direttiva n. 71 della delega, di un implicito avvertimento al legislatore delegato circa la necessità di disciplinare modalità e tempi di pubblicazione del decreto di « segretazione ». Stabilisce, infatti, la direttiva n. 71 che il potere del pubblico ministero di vietare la pubblicazione di atti non più coperti dal segreto va esercitato « con decreto motivato, *cui è data pubblicità solo successivamente* »³⁶.

12. PROFILI SPECIFICI DELLA DISCIPLINA DEL POTERE DI « DESEGRETAZIONE ».

Non meno meritevoli di attenzione critica appaiono i profili specifici della disciplina del potere di « desegretazione » (art. 329, comma 2) e di quello di « segretazione » (art. 329, comma 3).

Può essere utile ricordare, preliminarmente, che il potere di « desegretazione » non è previsto dalla legge-delega (cfr. art. 2, n. 71). E più di una ragione induce a ritenere che il silenzio del delegante dovesse essere inteso come un'implicita volontà di non introdurre nel nostro ordinamento una disciplina *ad hoc*. Sarebbe difficile, infatti, attribuire l'omessa previsione ad una « dimenticanza », atteso che la stessa delega ha imposto al legislatore delegato di introdurre il potere di « segretazione », a quello di « desegretazione » specularmente simmetrico, tracciandone anche il profilo essenziale. Né sarebbe molto plausibile giustificare il silenzio della direttiva n. 71 con il proponimento di rimettere alla libera discrezionalità del legislatore delegato la scelta sull'*an* e sul *quomodo* di una disciplina del potere di « desegretazione ». Il tenore della direttiva medesima, estremamente analitica, fa semmai pensare che, nella materia *de qua*, il Parlamento abbia voluto mettere il Governo dinanzi ad un quadro di riferimento decisamente « a maglie strette », in grado di salvaguardare da indesiderate sorprese un settore di estrema delicatezza come quello dei rapporti fra processo penale e informazione.

Ciò non vuol dire che il Parlamento ignorasse che esigenze investigative possano talvolta richiedere deroghe al regime di divulgabilità

³⁶ È interessante notare come il legislatore delegante non si sia limitato a prevedere la necessità che il decreto di « segretazione » divenisse successivamente divulgabile, ma ha voluto che fosse *effettivamente* pubblicato; segno inequivocabile, questo, dell'avvertita

esigenza di rendere di pubblico dominio le ragioni che possono aver indotto ad assumere un provvedimento eccezionale, limitativo del diritto ad informare e ad essere informati. Cfr., al riguardo, par. 14.

degli atti. Pur in mancanza di un esplicito conferimento al pubblico ministero del potere di « desegretazione », infatti, la pubblicazione di uno o più atti, disposta in deroga al relativo divieto, ben si sarebbe potuta considerare penalmente scriminata, se determinata dalla necessità di proseguire nelle indagini, cioè di adempiere un dovere.

Sul piano più tecnico, la disciplina apprestata dal legislatore delegato appare suscettibile di una precisazione e di un rilievo.

Quando si legge al comma 2 dell'art. 329 che il potere di « desegretazione » può essere esercitato « in deroga a quanto previsto dall'art. 114 », vi è il rischio, fermandosi alla lettera della norma, che le si faccia affermare o di più o di meno, di quanto intenda esprimere. Si potrebbe ritenere, infatti, che il potere del pubblico ministero sia esercitabile con riguardo a tutti i divieti di pubblicazione disciplinati dall'art. 114 ovvero con esclusivo riferimento al divieto di pubblicazione degli atti di indagine segreti previsto dal comma 1 dell'art. 114 e, circostanza che potrebbe favorire l'equivoco interpretativo, dallo stesso art. 329, comma 1.

La strada della prima lettura è inesorabilmente sbarrata dalla finalità cui deve essere preordinato l'esercizio del potere di « desegretazione » del pubblico ministero: « la prosecuzione delle indagini ».

Non v'è dubbio, pertanto, che il potere in questione può esclusivamente concernere gli atti compiuti nel corso della fase delle indagini, dei quali sia vietata la pubblicazione in forza dell'art. 114.

Ma se oltre questo ambito non è possibile andare, nulla autorizza ad ulteriormente circoscriverlo. Il comma 2 dell'art. 329 parla di pubblicazione « di singoli atti o di parte di essi » con chiaro riferimento agli « atti di indagine compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria » di cui al comma 1, senza peraltro recepire da questo il regime di segretezza degli atti. Se il legislatore avesse voluto questa delimitazione si sarebbe richiamato in modo esplicito « agli atti coperti dal segreto », come significativamente fa nel comma 3 dello stesso art. 329, con riguardo al potere di desegretazione.

È pur vero che la possibilità di pubblicare il *contenuto* degli atti non più coperti dal segreto rende meno pressante, per il pubblico ministero, l'esigenza di avvalersi del potere conferitogli dal primo capoverso dell'art. 329. Ma poiché non si può escludere che l'autorità inquirente avverta la necessità, per proseguire nelle indagini, di pubblicare testualmente atti non più coperti dal segreto, mancano plausibili ragioni per disconoscerle in tal caso il correlativo potere, che la lettera e lo spirito della norma le conferiscono.

Un rilievo merita, invece, la poco felice dizione, secondo la quale il pubblico ministero « può consentire (...) la pubblicazione di singoli atti o di parte di essi ». Testualmente, ciò sembrerebbe significare che il pubblico ministero, a seguito di richiesta, possa autorizzare la pubblicazione altrimenti vietata. Anche a non voler ricollegare, come l'etimologia della parola imporrebbe, il « consentire » ad una istanza, si può al massimo giungere ad interpretare la disposizione nel senso che il pubblico ministero sia legittimato a rimuovere l'ostacolo legale alla pubblicazione degli atti, quando ciò sia « necessario per la prosecu-

zione delle indagini ». Ma ad essere necessario per le indagini non è il « nulla-osta » dell'autorità inquirente alla pubblicazione di determinati atti, ma la loro effettiva pubblicazione. La lezione normativa, in sostanza, finisce per rimettere all'iniziativa degli operatori dell'informazione la possibilità di proseguire nelle indagini e oltretutto, « condanna » il pubblico ministero, una volta che abbia disposta la pubblicabilità dell'atto, ad un diuturno, analitico censimento degli organi di informazione per rendersi conto se gli sviluppi o i mancati sviluppi investigativi siano rapportabili all'avvenuta ovvero alla mancata o inadeguata pubblicazione dell'atto medesimo. E quand'anche gli facesse difetto questo scrupolo investigativo, il pubblico ministero dovrebbe comunque procedere al menzionato censimento per adempiere all'obbligo, che la legge gli impone, di depositare presso la propria segreteria *gli atti pubblicati* a seguito dell'esercizio del suo potere di « desegretazione » (art. 329, comma 2, ultima parte).

Proprio quest'ultima disposizione, peraltro, induce a ritenere che la formula « può consentire la pubblicazione » vada letta come « può disporre la pubblicazione », in linea con la logica ispiratrice del comma 2 dell'art. 329. Questo, pertanto, andrebbe ricostruito sostanzialmente nei termini che seguono: quando è necessario per la prosecuzione delle indagini, il pubblico ministero può ordinare con decreto motivato la pubblicazione di atti, che non sarebbero pubblicabili ai sensi dell'art. 114, disponendone nel contempo il deposito presso la propria segreteria.

13. PROFILI SPECIFICI DELLA DISCIPLINA DEL POTERE DI « SEGRETAZIONE ».

Il legislatore delegato, andando al di là di quanto previsto nella direttiva n. 71 della legge-delega, ha voluto disciplinare nell'ultimo comma dell'art. 329 non soltanto il potere del pubblico ministero di vietare la pubblicazione di atti non più coperti dal segreto, ma anche il potere di imporre l'obbligo del segreto con riguardo a singoli atti per legge rivelabili.

Una scelta che avrebbe potuto avere una sua plausibilità qualora l'imposizione dell'obbligo del segreto fosse stata disciplinata in modo strettamente strumentale all'imposizione del divieto di pubblicare, quasi una linea di difesa avanzata rispetto a questo. Sennonché si è introdotto un potere di segretezza (in senso stretto) del pubblico ministero, largamente svincolato per presupposti e per finalità da quello previsto dalla legge-delega.

La matrice dei due poteri, invero, è unica: « anche quando gli atti non sono più coperti dal segreto »³⁷, esordisce l'ultimo comma del-

³⁷ Poiché la norma parla di « atti non più coperti dal segreto a norma del comma 1 », sembra da escludere che il pubblico mi-

nistero possa « segretare » un atto che non sia più segreto in forza di un suo precedente provvedimento di « desegretazione ».

l'art. 329 — ove almeno l'« anche » è decisamente di troppo³⁸ — « il pubblico ministero, in caso di necessità per la prosecuzione delle indagini, può disporre con decreto motivato... ».

Su questo tronco comune si innestano l'obbligo del segreto, con specifici requisiti aggiuntivi, e il divieto di pubblicare.

L'obbligo del segreto va disposto per singoli atti « quando l'imputato lo consente o quando la conoscenza dell'atto può ostacolare le indagini riguardanti altre persone » (art. 329, comma 3, lett. a). Sottoposta ad una sorta di *spelling*, questa normativa presta il fianco a qualche riserva.

Il riferimento all'imputato è improprio: presuppone che ci si trovi già in fase processuale, mentre la premessa di base è che la « segretezza » sia necessaria per la prosecuzione delle indagini preliminari, evidentemente non ancora concluse.

Un punto, infatti, va tenuto fermo: il requisito del consenso dell'imputato e quello del pericolo per le indagini riguardanti altre persone, sono richiesti disgiuntivamente dall'art. 329, comma 3, lett. a, ma ognuno dei due deve ricorrere congiuntamente a quello della « necessità per la prosecuzione delle indagini » previsto nella prima parte del comma medesimo. Questo il senso letterale del lungo periodo normativo: che poi ve ne sia uno anche giuridico è più difficile da dimostrare.

Quale significato può avere esigere il consenso dell'imputato (*reclutius*, della persona nei cui confronti sono svolte le indagini) quando si tratta di formulare un giudizio di prognosi investigativa che non può non competere esclusivamente al pubblico ministero? Di quali interessi è portatore l'inquisito a cui, accertata la necessità del segreto con la proficua prosecuzione delle indagini, viene in sostanza concessa l'ultima parola sull'opportunità di apporlo? In assenza di qualsiasi indicazione normativa o di commento esplicativo nella relazione, si potrebbe rispondere: l'interesse a che si diffonda la conoscenza degli elementi di prova a lui favorevoli. Tuttavia, a parte che ci si trova in una fase procedimentale nella quale la persona sottoposta alle indagini non è raggiunta tecnicamente da alcun addebito di responsabilità, si fatica a capire il senso di tale diritto di veto contro il

³⁸ Più precisa, sul punto, la legge-delega, che parla di potere del pubblico ministero di vietare « la pubblicazione di atti non più coperti dal segreto » (n. 71, terzo periodo).

Si potrebbe sostenere che la formula adottata dal comma 3 dell'art. 329 serve per precisare *a contrario* che il potere di « segretezza » può essere esercitato anche quando l'atto è ancora coperto dal segreto, in previsione del momento in cui non lo sarà più.

Questa in effetti sarà la prevalente, se non l'esclusiva, modalità di esercizio del potere *de quo*. Ma se il legislatore avesse voluto dare

una tale, peraltro inutile, indicazione in ordine al momento di esercizio del potere di « segretezza », avrebbe dovuto più semplicemente e più chiaramente volgere la frase di esordio del comma 3 in senso affermativo. La verità è che la frase in questione vuole indicare — come la più precisa: « in deroga a quanto previsto dall'art. 114 » contenuta nel comma precedente — che il pubblico ministero, in deroga a quanto previsto dal comma 1 dell'art. 329, può imporre il segreto e il divieto di pubblicazione su atti non più coperti dal segreto.

potere di « segretazione » (in senso stretto) del pubblico ministero, quando poi questi, in forza della disposizione immediatamente successiva a quella che conferisce all'inquisito un simile diritto, può imporre sugli atti stessi, *inaudita altera parte*, il divieto di pubblicazione (art. 329, comma 3, lett. *b*), incidendo direttamente su un fondamentale diritto costituzionale.

Il coinvolgimento dell'inquisito nella decisione di imporre l'obbligo del segreto risulta ancor meno comprensibile se si tiene presente, da un lato, che non deve essere neppure interpellato quando il pubblico ministero decide la « desegretazione » anticipata degli atti (art. 329, comma 2), potenzialmente ben più pregiudizievole dei suoi interessi, e dall'altro che gli atti, su cui può cadere il provvedimento di « segretazione », sono già divenuti per legge rivelabili e pubblicabili e forse, di fatto, già rivelati e pubblicati.

Difficilmente armonizzabili tra loro sono anche il requisito della « necessità per la prosecuzione delle indagini » e quello del pericolo di « ostacolare le indagini riguardanti altre persone ». Ritenerli due « varianti » (di segno opposto) del medesimo concetto, intese a sottolineare l'una la necessità del segreto, l'altra il rischio della diffusione della conoscenza, significherebbe presumere ingiustificatamente uno scadimento della tecnica normativa. Del resto, la previsione di cui alla lett. *a* contiene una specificazione (« *indagini riguardanti altre persone* »), che testimonia come il legislatore abbia voluto sottolineare esigenze investigative particolari rispetto a quella, generica, della prosecuzione delle indagini.

Ma anche a voler condividere che in quest'ultima esigenza non debbano essere ricompresi tutti i possibili sviluppi investigativi, qualsiasi direzione soggettiva prendano, si deve pervenire alla poco plausibile conclusione che il pubblico ministero possa imporre il segreto su singoli atti soltanto quando risulta dimostrato sia che questa misura è necessaria per proseguire le indagini nei confronti delle persone già indiziate, sia che la sua mancata adozione può creare intralcio alle indagini riguardanti altre persone.

Un'ultima notazione di carattere sistematico dovrebbe indurre a riflettere addirittura sulla stessa opportunità di mantenere una norma come quella contenuta nell'art. 329, comma 3, lett. *a*.

Se il legislatore delegato ha considerato disgiuntamente l'imposizione dell'obbligo del segreto e quella del divieto di pubblicazione ancorandole a presupposti diversi, si deve supporre che abbia avvertito l'opportunità di assegnare al pubblico ministero il potere sia di vietare la rivelazione di atti pubblicabili, sia di vietare la pubblicazione di atti rivelabili.

Senonché, quando un atto, sia pure a seguito di decreto del pubblico ministero, è coperto da segreto, automaticamente non è più pubblicabile in forza dell'art. 114, comma 1. Pertanto, ogni qualvolta esercita il potere di cui all'art. 329, comma 3, lett. *a*, il pubblico ministero finisce indirettamente per esercitare anche il potere di cui alla lett. *b* della stessa disposizione. Ciò non manca, naturalmente,

di provocare incongruenze applicative: così, ad esempio, quando è necessario per la prosecuzione delle indagini, il pubblico ministero può imporre il divieto di pubblicazione su determinati atti, ai sensi dell'art. 329, lett. *b*; mentre, se riesce ad ottenere il consenso dell'imputato, può conseguire il medesimo risultato imponendo l'obbligo del segreto ai sensi dell'art. 329, lett. *a*. Anzi, un risultato ancor più incisivo, poiché il divieto di pubblicazione in questo secondo caso sarebbe « presidiato » e rafforzato da un concorrente obbligo del segreto, che non può non accrescerne l'effettività.

14. RISERVE SULLA CONFORMITÀ ALLA DELEGA.

Più forti perplessità si addensano sulla disciplina del potere del pubblico ministero di proibire la pubblicazione del contenuto di singoli atti non più coperti dal segreto o di notizie specifiche relative a determinate operazioni (art. 329, comma 3, lett. *b*). Qui non è questione di scelte legislative opinabili o di scadente tecnica normativa; qui è in discussione la conformità con la legge-delega, date le vincolanti indicazioni del Parlamento sia in punto di definizione dei presupposti, sia in punto di garanzie per l'esercizio di tale potere di divieto da parte del pubblico ministero.

Quanto ai presupposti, la direttiva n. 71 della legge-delega dispone che il divieto di pubblicazione può essere decretato dal pubblico ministero *nel corso delle indagini preliminari*, quando sorge la necessità di evitare pregiudizio per lo svolgimento delle stesse.

L'espressione di sintesi (« in caso di necessità per la prosecuzione delle indagini ») con cui l'art. 329, comma 3 dà attuazione alla norma delegante, se può forse ritenersi adeguata in ordine alla precisazione della fase processuale in cui è esercitabile il potere di segretezza³⁹, è sicuramente inappagante per ciò che ne concerne il fondamento giustificativo.

Un conto è, infatti, preordinare l'esercizio di tale potere alla « prosecuzione delle indagini » e un conto è preordinarlo al fine di « evitare pregiudizio per lo svolgimento delle stesse ». A fronte delle possibili dilatazioni applicative cui si presta la prima espressione, la se-

³⁹ Per le ragioni già espresse (v. nota 24) non dovrebbero esserci dubbi, sul piano interpretativo, circa l'equipollenza dell'espressione *de qua* con l'altra « in caso di necessità per la prosecuzione delle indagini preliminari ». Tanto più che un'identica locuzione (« in caso di necessità per la prosecuzione delle indagini ») ricorre al comma 2 dell'art. 329 a proposito del potere di « desegretezza », che non può che essere esercitato nel

corso delle indagini preliminari, in quanto alla chiusura delle stesse tutto è « desegretato » per legge.

Si deve ritenere, pertanto, che il pubblico ministero non possa avvalersi del potere di « segretezza » durante le indagini che eventualmente compisse dopo la richiesta di rinvio a giudizio (art. 419, comma 3) o dopo il decreto che ha disposto il giudizio (art. 430).

conda ammette il ricorso alla « segretazione » soltanto quando è dimostrato il virtuale nesso causale tra la pubblicazione di un atto *determinato* e il verificarsi di un *determinato* pregiudizio per le indagini. Del resto, che la formula della delega subordini la possibilità di emettere un decreto « segretativo » alla previa individuazione del tipo di documento che potrebbe derivare alle indagini se non si provvedesse, è dimostrato anche dal fatto che, ai sensi della direttiva n. 71, il divieto di pubblicazione imposto dal pubblico ministero deve durare « per il tempo strettamente necessario ad evitare [il] pregiudizio », dunque quel *determinato pregiudizio* che ha giustificato l'emissione del provvedimento « segretativo ».

L'accento alla durata di efficacia del provvedimento in esame introduce alla tematica delle garanzie previste dalla norma delegante.

Il decreto di pubblicazione imposto dal pubblico ministero è, nell'ottica della legge-delega, un divieto destinato a decadere non appena viene meno il pericolo per le indagini che ne ha determinato l'emissione. La preoccupazione evidente del Parlamento è stata quella di evitare che un potere eccezionale, destinato ad incidere direttamente su un diritto costituzionale, producesse effetti anche oltre il periodo « strettamente necessario ».

Per soddisfare tale esigenza, si sarebbe potuto prevedere a carico del pubblico ministero l'onere di sottoporre alla preventiva autorizzazione del giudice delle indagini preliminari il provvedimento « segretativo » con l'indicazione del periodo di operatività (salvo proroghe) ovvero l'onere di rappresentargli il tipo di pregiudizio derivante alle indagini dalla divulgazione di certe notizie, affinché il giudice potesse decidere sull'*an* e sulla *durata* del divieto da disporre; si sarebbe pure potuto introdurre una forma di verifica *ex post* da parte dell'organo giurisdizionale sulla legittimità del decreto di segretazione emesso dal pubblico ministero e sulla congruità della sua durata; si sarebbe potuto disciplinare un potere di reclamo dell'imputato al giudice delle indagini preliminari per contestare la necessità o la durata del divieto.

Quanto meno, in mancanza di ogni forma di controllo endoprocesuale, sarebbe stato indispensabile consentire *a posteriori* un controllo diffuso, anche da parte dell'opinione pubblica, mediante pubblicazione del provvedimento subito dopo la cessazione dei suoi effetti. Un'indicazione in tal senso, del resto, è desumibile dalla legge-delega là dove dispone che al decreto motivato con cui il pubblico ministero vieta la pubblicazione di atti non più coperti dal segreto, « è data pubblicità solo successivamente » (direttiva n. 71). Infatti, oltre all'ovvia precisazione che non possono essere divulgate le ragioni del divieto di pubblicazione prima che cessino il pericolo « istruttorio » su cui si fondano e, correlativamente, la giustificazione e l'efficacia del divieto, la norma delegante contiene un chiaro riferimento alla necessità che del provvedimento il pubblico ministero dia pubblica ragione attraverso adeguati strumenti divulgativi.

Di tutto ciò nell'art. 329, comma 3 non v'è traccia. Esso non in-

dica tra le condizioni che legittimano il pubblico ministero ad imporre il « segreto », quella che la sua durata non ecceda « il tempo strettamente necessario ad evitare pregiudizio » per lo svolgimento delle indagini; né richiede che il decreto di « segretazione » contenga un termine, decorso il quale cessi automaticamente di avere efficacia; né fa cenno alle modalità con cui il pubblico ministero deve « dare pubblicità » al decreto emesso; anzi, non è prevista nemmeno quella forma minima di partecipazione di conoscenza costituita dalla notifica del provvedimento o dell'avviso del suo deposito alle altre parti private.

Il comma 3 dell'art. 329 si presenta — se è consentito usare una categoria del diritto sostanziale — come una *lex imperfecta*; una norma, cioè, priva di meccanismi di controllo e di sanzione processuale che possano garantirne l'osservanza o rimediare all'inosservanza. E, sotto questo profilo, non è agevole dimostrare la perfetta conformità della norma al modello di potere « segretativo » delineato dalla delega.

15. DIFFICOLTÀ APPLICATIVE.

Resta, infine, il problema del concreto funzionamento della procedura di « segretazione ».

L'interrogativo fondamentale è quali strumenti siano utilizzabili per portare a conoscenza dei soggetti interessati l'obbligo del segreto o il divieto di pubblicazione.

Se tra la caduta del segreto di un atto di indagine e il momento in cui il pubblico ministero avverte la necessità investigativa di apporre vincoli alla sua divulgabilità corre un pur breve lasso di tempo, nessun meccanismo partecipativo del provvedimento di segretazione appare tecnicamente realizzabile. Quando il numero dei soggetti che hanno legittimamente notizia di un atto del procedimento non è più determinato, né determinabile, viene meno la possibilità di vincolarli ad un obbligo di riservatezza penalmente sanzionato, per l'impossibilità di assicurare ad essi la conoscenza legale dell'obbligo medesimo; cioè, per difetto del requisito minimo di esigibilità della condotta omissiva.

Sarebbe, del resto, illusorio pensare di risolvere il problema con la pubblicazione sulla *Gazzetta Ufficiale* del decreto « segretativo » del pubblico ministero.

Pubblicare gli elementi individuativi dell'atto di cui si intende vietare la divulgazione avrebbe presumibilmente un costo insopportabile, per la riservatezza delle indagini. Anzi, quasi sempre la pubblicazione « certa » ed ufficiale di tali dati recherebbe un pregiudizio maggiore alle indagini della pubblicazione « eventuale » e soggettivamente rielaborata del contenuto dell'atto.

Questa considerazione induce a prevedere che l'autorità inquirente tenterà di aggirare le prospettate difficoltà, disponendo l'obbligo del

segreto o il divieto di pubblicazione su tutta l'attività investigativa riguardante una determinata vicenda processuale, potendo in tal modo dare la massima pubblicità al provvedimento « segretativo » senza comprometterne le finalità con specificazioni su singoli atti. La lettera dell'art. 329, comma 3, che riferisce il potere di segretazione « a singoli atti » o a « notizie specifiche relative a determinate operazioni », non lascia opportunamente spazio a provvedimenti generalizzati di questo tipo. Tuttavia, non vanno sottovalutate le inevitabili, e in un certo senso comprensibili, « tentazioni » di un'autorità inquirente che si vede riconosciuto un importante potere, ma si trova nella pratica impossibilità di esercitarlo.

Soltanto se l'esigenza della « segretazione » nasce al momento in cui si compie l'atto o comunque quando questo è ancora segreto⁴⁰, è possibile immaginare qualche forma di notificazione per portare a conoscenza dei soggetti che hanno concorso alla formazione dell'atto la determinazione del pubblico ministero di prorogare il vincolo del segreto oltre la sua scadenza legale. Con il prolungamento della durata del segreto si realizzerebbe un correlativo prolungamento della durata del divieto di pubblicazione⁴¹.

Resterebbe sempre legittima, comunque, la pubblicazione dell'atto da parte di soggetti, diversi dai destinatari del provvedimento di segretazione, che ne ignorassero l'esistenza.

Insomma, un meccanismo di dubbia efficacia.

È prevedibile, quindi, che l'autorità giudiziaria inquirente, avvertendo esigenze di riserbo investigativo, punti di più su meccanismi di *differimento della conoscenza legale o effettiva* dell'atto.

Si pensi alla prevista possibilità di ritardare il deposito del verbale (art. 366, comma 2), sia quando si tratti di atto cui il difensore non ha diritto di assistere (ad esempio, un'intercettazione telefonica), sia quando si tratti di atto cui il difensore ha diritto di assistere, ma non abbia di fatto assistito (ad esempio, un'ispezione di persona diversa dall'inquisito).

Nella prima evenienza, con il differimento del deposito si proroga, surrettiziamente, anche il segreto e il divieto di pubblicazione del-

⁴⁰ L'unico meccanismo che abbia qualche idoneità a vincolare i destinatari dell'obbligo di segretezza appare quello di comunicare la « segretazione » dell'atto ai soggetti presenti alla sua formazione e di apporre sull'atto medesimo, al momento del deposito, il dispositivo del decreto « segretativo ».

Se, viceversa, si ricorre ad uno soltanto dei due modi di comunicazione della conoscenza, v'è sempre, nel primo caso, la possibilità che prenda visione dell'atto depositato un soggetto che non era presente al momento della formazione dello stesso; nel secondo caso, la possibilità che un soggetto che ha partecipato allo svolgimento dell'atto, non

prenda poi visione del relativo verbale depositato con l'annotazione del provvedimento « segretativo ». In entrambe le evenienze, l'atto sarebbe legittimamente divulgabile.

⁴¹ Mentre, paradossalmente, ove il pubblico ministero esercitasse il potere di cui all'art. 329 comma 3, lett. b) ed imponesse soltanto un divieto di pubblicazione, questo sarebbe di certo esposto a maggiori possibilità di elusione: i soggetti destinatari del provvedimento potrebbero *legittimamente rivelare* a terzi la notizia dell'atto non pubblicabile e questi, ignorando il divieto imposto dal P.M., *legittimamente pubblicarla*.

l'atto; nella seconda, l'uno e l'altro cessano con il compimento dell'atto, ma ritardandone la conoscenza di fatto ad opera della controparte il pubblico ministero diminuisce drasticamente la possibilità di propalazione della relativa notizia.

Si tratta, è inutile precisarlo, di blandi sostitutivi del potere di segretezza, ma di questo certo più agevolmente realizzabili e meno inefficaci.

Va infine rilevato che, se pure si escogitasse un sistema per rendere concretamente esercitabile il potere di disporre il divieto di pubblicazione, l'osservanza di tale divieto non sarebbe penalmente sanzionata. La norma sostanziale, infatti, punisce chiunque pubblica « atti o documenti di un procedimento penale, di cui sia vietata *per legge* la pubblicazione » (art. 684 cod. pen.).

È pur vero che l'inosservanza del divieto di pubblicazione di fonte giudiziaria « 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 » (art. 115, comma 1). Tuttavia, non è difficile prefigurarsi quale scarso grado di effettività possa avere una norma come quella dell'art. 329, comma 3, lett. *b*, che conferisce al pubblico ministero un potere di divieto in concreto difficilmente esercitabile, la cui osservanza è rimessa alla forza dissuasiva della sanzione disciplinare, quando sino ad oggi l'esperienza ha dimostrato che neppure la minaccia penale riesce a frenare il fenomeno disapplicativo del divieto di pubblicazione previsto per legge.

SEZIONE TERZA: IL DIVIETO DI PUBBLICAZIONE COME GARANZIA DI CORRETTA FORMAZIONE DEL CONVINCIMENTO GIUDIZIALE

16. L'IDEA DI TUTELARE LA FORMAZIONE DEL CONVINCIMENTO GIUDIZIALE CON IL DIVIETO DI PUBBLICAZIONE: RILIEVI CRITICI.

Anche se può sembrare strano, proprio con riguardo al nuovo sistema processuale penale, che vuole anzitutto essere più partecipato, più intellegibile, più trasparente di quello del 1930, il legislatore ha avvertito un'esigenza ulteriore di segretezza processuale. La ragione sarebbe legata alla struttura del nuovo processo, incentrato sul dibattimento come luogo elettivo di formazione della prova.

Abbandonato un modello processuale in cui il giudice andava in udienza avendo maturato un preconvincimento di massima sulla base di quella specie di brogliaccio del dibattimento che era costituito dal

fascicolo istruttorio, si profila la necessità di un giudice libero dal condizionamento di conoscenze che non nascano nel corso del dibattimento. Le attività « istruttorie » delle parti devono servire alle parti e non al giudice.

Si spiega agevolmente, quindi, come nei confronti del giudice del dibattimento operi una speciale forma di segreto processuale interno: gli è preclusa la conoscenza delle risultanze investigative, a meno che queste — eccezionalmente — non siano destinate a valere come prova nel dibattimento. Ma il legislatore delegante e il legislatore delegato sono andati oltre: hanno imposto riservatezza esterna sugli atti di indagine, onde evitare che il giudice del dibattimento ne possa prendere cognizione tramite organi di stampa o altri mezzi di divulgazione⁴².

All'esigenza non può disconoscersi un certo fondamento, ma peccano di astrattezza la preoccupazione che ne è alla base e di ingenuità il rimedio proposto.

Una realistica attenzione al fenomeno dell'informazione giudiziaria pone immediatamente in risalto altri, ben più preoccupanti condizionamenti che il giudice può subire dai mezzi di comunicazione nei processi di maggiore rilevanza sociale, cioè nei processi in cui esiste un'effettiva probabilità di pubblicazione degli atti⁴³. Si pensi alla

⁴² Può essere interessante notare come la legge costituzionale 16 gennaio 1989, n. 1 e la legge 5 giugno 1989, n. 219, che hanno ridisegnato i procedimenti per i reati di cui agli artt. 90 e 96 Cost., non abbiano fatto ricorso al divieto di pubblicazione degli atti per proteggere la corretta formazione del convincimento dell'organo giudicante.

Quanto al procedimento per i reati di cui all'art. 90 della Costituzione, « ogni atto e documento relativo alle indagini » compiute dal comitato interministeriale (art. 12 legge cost. 11 marzo 1953, n. 1, così come modificato dalla citata legge cost. 1/1989) sono segreti e non pubblicabili sino alla seduta in cui il comitato medesimo delibera l'archiviazione e la presentazione della relazione per il Parlamento (art. 11, comma 2, legge 219/1989), divenendo da questo momento liberamente pubblicabili.

Per ciò che riguarda i procedimenti per i « reati ministeriali » (art. 96 Cost.) non sono state previste norme particolari riguardanti la pubblicabilità degli atti: valgono, in quanto compatibili, le norme del codice di procedura penale (art. 1, legge 219/1989). Ma le norme espresse nei commi 2 e 3 dell'art. 114, che prevedono una sorta di *prorogatio* del divieto di pubblicazione degli atti non più segreti, non sembrano compatibili con il procedimento *de quo*. Questo, infatti, prevede, prima del giudizio, una fase caratterizzata dalla pubblicità: quella in cui, dopo il compimento delle indagini da parte dello speciale collegio previsto

dall'art. 7, legge cost. 1/1989, l'Assemblea della Camera competente si pronuncia sull'autorizzazione a procedere (art. 9 della medesima legge).

⁴³ A breve distanza dall'emanazione della legge-delega del 1987 e, soprattutto, dall'approvazione del nuovo codice di procedura penale, il legislatore costituzionale prima (legge 1/1989) e quello ordinario poi (legge 219/1989) hanno mostrato di non condividere più (v. nota precedente) quelle preoccupazioni che avevano consigliato di introdurre nella legge-delega e nel decreto delegato la previsione di limiti alla divulgazione di atti di indagine per tutelare la corretta formazione del convincimento dell'organo giudicante.

Non si può, tuttavia, parlare semplicisticamente di una netta « virata » sul punto, stanti le spiccate peculiarità del procedimento per i « reati presidenziali » e di quello per i « reati ministeriali ». Certo è, però, che il recentissimo dato normativo tradisce una diversa sensibilità per il problema. Soprattutto se si ha riguardo al procedimento per i « reati ministeriali ». In esso, infatti, le indagini non sono condotte dal pubblico ministero, cioè da un magistrato istituzionalmente chiamato a svolgere ufficio di parte del nuovo processo penale, bensì da un collegio di magistrati in tutto omologo a quello che poi dovrà decidere sulla medesima regiducanda. La conclusione delle indagini e la non infondatezza dell'accusa non sono valutate dal giudice per le indagini preliminari, ma da un ramo del Parla-

divulgazione di indagini giornalistiche, di dichiarazioni extraprocessuali rese da testimoni, inquisiti, funzionari di polizia giudiziaria, autorità giudiziaria inquirente, avvocati; a campagne di stampa dirette a sostenere una determinata ipotesi investigativa; alle prese di posizione di organi politici, di movimenti socio-culturali, di *opinion makers*, di centri di potere più o meno palesi; alle pressioni esercitabili da un'opinione pubblica che attende, pressoché compatta, provvedimenti giudiziari di un determinato segno. Né varrebbe obiettare che l'integrale pubblicazione di un atto di indagine del pubblico ministero ha inevitabilmente un più alto coefficiente di attendibilità e, quindi, di potenzialità persuasiva. Nel nuovo processo l'atto di indagine non è niente di più che un atto di parte, assunto in assenza delle garanzie della giurisdizione. È tutto da dimostrare il maggiore impatto psicologico della pubblicazione di una dichiarazione testimoniale resa alla polizia giudiziaria o al pubblico ministero rispetto alla diffusione di una intervista televisiva rilasciata in diretta dallo stesso teste sugli stessi fatti.

Si consideri, infine, che, qualora la parte intendesse portare a conoscenza del giudice atti di indagine che questi dovrebbe ignorare, può farlo addirittura « in via processuale », senza ricorrere all'espedito doppiamente aleatorio⁴⁴, della diffusione dell'atto per il tramite della stampa. Le sarebbe sufficiente un uso « smalzato » del suo diritto a sollevare questioni preliminari concernenti il contenuto del fascicolo per il dibattimento (art. 491, comma 2). Sostenendo, in ipotesi pretestuosamente, che un certo atto inserito nel fascicolo del pubblico ministero debba andare nel fascicolo per il dibattimento, la parte ottiene una presa di conoscenza dell'atto stesso da parte del giudice del dibattimento⁴⁵.

Vi è, pertanto, una certa ingenuità nel tentativo di difendere con il divieto di pubblicazione degli atti di indagine la corretta formazione del convincimento giudiziale. E comunque occorre rendersi conto che percorrere sino in fondo questa strada, a rigore significherebbe interdire l'informazione giudiziaria sull'attività investigativa fino a quando può ancora essere emessa una pronuncia di merito, cioè sino alla conclusione del giudizio di secondo grado con gravissimo sacrificio per la libertà di cronaca.

mento. Per l'autorevolezza e la natura degli organi che intervengono prima della fase del giudizio, quindi, questo sarebbe dovuto essere il procedimento in cui apprestare il più rigoroso e impenetrabile diaframma conoscitivo tra indagini preliminari e giudizio, qualora si fosse temuto che la conoscenza delle attività precedenti il dibattimento potesse pregiudicare il convincimento dell'organo giudicante.

⁴⁴ In effetti, l'intendimento di far giun-

gere al giudice notizie processuali per il tramite dei *mass media* è soggetto ad una duplice alea: che l'interessato ottenga la pubblicazione dell'atto e che, avvenuta questa, il giudice ne prenda effettiva conoscenza.

⁴⁵ Talvolta, poi, è espressamente previsto che il giudice del dibattimento possa prendere cognizione degli atti contenuti nel fascicolo del P.M. (art. 135 disp. att.). Talaltra, è implicitamente consentito (art. 452).

17. IL RAPPORTO TRA LA SOLUZIONE PREFIGURATA DALLA LEGGE-DELEGA E LA SOLUZIONE ADOTTATA DAL LEGISLATORE DELEGATO.

Nella previsione del « divieto di pubblicazione degli atti depositati a norma del n. 58 » (art. 2 n. 71 legge-delega) deve ravvisarsi il frutto di uno sforzo di compromesso compiuto dal legislatore delegante per cercare di ottenere il massimo risultato processuale con il minimo sacrificio per la libertà di cronaca. La direttiva va intesa nel senso che gli atti diventano non pubblicabili dal momento del loro deposito nell'ufficio del pubblico ministero a disposizione delle parti. Di norma, quindi, nella visione del delegante vi è un lasso di tempo tra la cessazione della segretezza interna e il deposito al momento della *discovery* delle risultanze investigative, in cui l'atto è legittimamente pubblicabile. Tant'è vero che nella stessa direttiva n. 71 è previsto il potere del pubblico ministero nel corso delle indagini preliminari di vietare « la pubblicazione di atti non più coperti dal segreto »: una previsione inutile, se dovessimo intendere che il divieto di pubblicazione opera senza soluzione di continuità.

Sul piano effettuale, d'altra parte, l'intermittente operatività del divieto non è — contrariamente a quanto si sarebbe indotti in un primo momento a pensare — priva di una sua logica. Venuto meno il segreto interno e, con esso, l'esigenza di tutela delle indagini, l'atto diviene pubblicabile, in quanto il pregiudizio che la sua eventuale divulgazione potrebbe arrecare all'ortodosso processo di formazione del convincimento del giudice viene considerato sproporzionatamente inferiore a quello arrecato al diritto di cronaca. Infatti, in quel momento processuale non vi è ancora la certezza che si tenga un dibattimento, né è individuato il giudice che dovrebbe pronunciarsi qualora questo si tenesse, né, comunque, la conoscenza « giornalistica » di un singolo atto del procedimento potrebbe incidere più di tanto sulle valutazioni del futuro giudice. L'esigenza del divieto comincia, invece, a « compensare » il correlativo sacrificio della libertà di cronaca — nell'ottica del delegante — quando è stato disposto il rinvio a giudizio, il giudice del dibattimento ha ricevuto il relativo fascicolo (direttiva n. 57) e si realizza la possibilità di una pubblicazione integrale di tutto il materiale « istruttorio » raccolto dalla polizia giudiziaria e dal pubblico ministero⁴⁶.

⁴⁶ Da notare che la direttiva n. 58 della legge-delega fa riferimento agli « atti compiuti o ricevuti dalla polizia giudiziaria e dal pubblico ministero ». Usa, cioè, una formula di chiusura intesa a contrassegnare qualsiasi atto del procedimento diverso da quelli contenuti nel fascicolo per il dibattimento. Richia-

mandosi al deposito di cui al n. 58, quindi, la direttiva n. 71 intendeva chiaramente e coerentemente predisporre un vincolo di riservatezza su tutti gli atti del procedimento diversi da quelli di cui il giudice del dibattimento deve avere conoscenza processuale.

La scelta della delega, pur non fugando le riserve sopra espresse, potrebbe rappresentare un tentativo di compromesso tutto sommato apprezzabile, una volta deciso di difendere con il divieto di pubblicazione degli atti di indagine la regolare formazione del convincimento giudiziale.

La norma delegante, tuttavia, è stata attuata in modo tale da ampliare notevolmente l'ambito oggettivo e temporale di applicazione del divieto, nel lodevole intento di dare maggiore coerenza sistematica alla relativa disciplina, ma con il risultato di restringere ulteriormente gli spazi dell'informazione giudiziaria, senza conseguire peraltro apprezzabili contropartite in termini di maggiore tutela del convincimento giudiziale.

Il ragionamento seguito dal legislatore delegato è riassunto in un passo della Relazione ministeriale al Progetto. Poiché secondo il nuovo sistema processuale « gli atti delle indagini preliminari che sono inseriti nel fascicolo del pubblico ministero devono essere conosciuti dal giudice del dibattimento solo attraverso le contestazioni dibattimentali », ne deriva che, ove « se ne consentisse la pubblicazione prima di questo momento, si determinerebbero una distorsione della regola processuale ed una anticipata e non corretta formazione del convincimento del giudice »⁴⁷.

Muovendo da questa premessa il legislatore ha vietato la pubblicazione « degli atti non più coperti dal segreto fino a che non siano concluse le indagini preliminari ovvero fino al termine dell'udienza preliminare » (art. 114, comma 2). Mentre, per il caso in cui si proceda al dibattimento, ha altresì fatto divieto di pubblicazione « degli atti del fascicolo per il dibattimento » sino alla pronuncia della sentenza di primo grado e « di quelli del fascicolo del pubblico ministero » sino alla pronuncia della sentenza in grado d'appello (art. 114, comma 3).

Esplícito l'intento di impedire la pubblicazione di qualsiasi atto per tutto il tempo in cui questa può recare pregiudizio alla corretta formazione del convincimento giudiziale, curando di evitare qualsiasi interruzione nell'operatività del divieto. Sennonché, alle riserve sulla scelta di politica legislativa, si aggiungono quelle sulla formulazione normativa in cui si è tradotta.

18. DISTONIE SISTEMATICHE IN ORDINE ALL'OGGETTO DEL DIVIETO.

Anzitutto, contrariamente a quanto si potrebbe desumere da una prima lettura ed a quanto presumibilmente voleva il legislatore delegato, nell'ipotesi in cui si addivene al dibattimento non vi è una

⁴⁷ Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale, in *Gazz. uff.* 24 ottobre 1988, n. 250, *Suppl. ord.* n. 2, p. 49.

mera prosecuzione del divieto di pubblicare. Gli atti dei quali non è consentita la pubblicazione dopo il passaggio alla fase dibattimentale non coincidono con quelli dei quali non è consentita la pubblicazione prima del dibattimento.

Il comma 2 dell'art. 114, infatti, vietando la pubblicazione « degli atti non più coperti dal segreto » si pone in continuazione logica e processuale con il comma 1, riguardante il divieto di pubblicazione « degli atti coperti dal segreto », e si ricollega, per la determinazione del concetto normativo di « atto coperto dal segreto » all'art. 329, comma 1. Pertanto, il divieto di pubblicazione di cui al primo capoverso dell'art. 114 concerne *gli atti di indagine preliminare compiuti dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria* dopo che l'imputato ne possa avere conoscenza o, comunque, dopo la chiusura delle indagini preliminari.

Il divieto di pubblicazione di cui al comma 3 riguarda, invece, *gli atti del fascicolo per il dibattimento e quelli del fascicolo del pubblico ministero*. Ebbene, nell'uno e nell'altro fascicolo possono essere inseriti atti non compiuti dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria, cioè atti non rientranti nella previsione del comma 2 dell'art. 114. Si pensi, esemplificativamente, all'atto assunto con le forme dell'incidente probatorio (fascicolo per il dibattimento) e agli atti dell'udienza preliminare (fascicolo del pubblico ministero)⁴⁸.

Si tratta, in genere, di atti *ab origine* non segreti e pubblicabili⁴⁹; atti che, pertanto, possono essere già divulgati quando, con il passaggio alla fase dibattimentale⁵⁰, nasce il divieto di pubblicarli per impedire al giudice del dibattimento di averne conoscenza. Una giustificazione, quest'ultima, che da fragile diventa pretestuosa quando il divieto cade su atti inseriti nel fascicolo per il dibattimento, cioè su atti di cui il giudice può, anzi deve⁵¹ avere conoscenza processuale. Non

⁴⁸ Sempre a titolo di esempio, si potrebbero richiamare altri atti, più strettamente collegati alle indagini, come l'interrogatorio della persona in stato di custodia cautelare da parte del giudice per le indagini preliminari o il provvedimento dello stesso giudice, con cui si autorizza un'intercettazione telefonica o l'accompagnamento coattivo dell'inquisito.

⁴⁹ Lo stesso discorso si potrebbe fare per gli atti che, pur compiuti dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria, non sono propriamente qualificabili come atti di indagine (per un'ampia esemplificazione cfr., *retro*, par. 8) o come atti di indagine preliminare (si pensi « alle indagini eventualmente espletate dopo la richiesta di rinvio a giudizio »: art. 419, comma 3). Anche questi atti, legittimamente divulgabili a norma del comma 1 e del comma 2 dell'art. 114, divengono non pubblicabili, in forza del comma 3, nel momento in cui viene for-

mato il fascicolo del pubblico ministero ai sensi dell'art. 433.

⁵⁰ Vale a dire con l'emissione del decreto che dispone il giudizio (art. 424) anche in via immediata (art. 455) ovvero con la traduzione o la citazione in udienza dell'imputato nel giudizio direttissimo (art. 450, commi 1 e 2).

Nel procedimento pretorile si deve ritenere che — a parte le ipotesi di giudizio direttissimo (art. 566) — l'atto che determina il sicuro passaggio alla fase del giudizio non è il decreto di citazione emesso dal pubblico ministero ai sensi dell'art. 554, bensì la trasmissione degli atti al pretore (art. 558).

⁵¹ Non si vede, infatti, come il giudice possa assolvere il suo dovere di disporre, anche d'ufficio, « che sia data lettura, integrale o parziale, degli atti contenuti nel fascicolo per il dibattimento » (art. 511, comma 1), senza previa conoscenza dei medesimi.

si può fondatamente sostenere, in tal caso, che la pubblicabilità di un atto viene esclusa per evitare che attraverso mezzi di informazione giunga a conoscenza del giudice, nel cui fascicolo processuale l'atto è inserito⁵².

Si potrebbe essere indotti a ritenere che così gravi incongruenze sarebbero superabili ove si percorresse un diverso itinerario interpretativo. Ove, cioè, si ritenesse — forzando il tenore letterale della legge — che il divieto di pubblicazione previsto dal comma 3 dell'art. 114 si riferisca *agli stessi atti* presi in considerazione dal comma precedente, limitandosi soltanto a distinguere quelli rifluti nel fascicolo per il dibattimento da quelli rifluti nel fascicolo del pubblico ministero. Più globalmente, i commi 3 e 5 dell'art. 114 disciplinerebbero la sorte degli atti di cui al comma 2 dell'articolo medesimo, in relazione alla evenienza processuale che si celebri o non si celebri il dibattimento.

In realtà, non vi è alcun appiglio lessicale che renda sostenibile un siffatto orientamento interpretativo. Le locuzioni « atti del fascicolo per il dibattimento » e « atti del fascicolo del pubblico ministero », usate dal comma 3 dell'art. 114 senza alcuna specificazione, hanno un preciso valore connotativo nella semantica del nuovo codice di procedura penale. In mancanza di una esplicita delimitazione, il loro significato normativo è quello espresso, rispettivamente, dagli artt. 431 e 433.

Neppure la formulazione del comma 5 dell'art. 114 sembra offrire un valido spunto argomentativo a sostegno della tesi qui disattesa: il generico riferimento agli atti sta ad indicare che, se non si procede al dibattimento, il giudice può disporre il divieto di pubblicazione — per tutelare gli interessi tassativamente previsti dalla norma — di qualsiasi atto del procedimento anticipatamente definito⁵³; non soltanto degli atti di indagine.

Va anche aggiunto che il tentativo di attribuire al divieto di pubblicazione nel corso delle indagini preliminari (art. 114, comma 2), al divieto di pubblicazione durante la fase del giudizio dibattimentale (art. 114, comma 3) e al divieto di pubblicazione dopo la conclusione anticipata del procedimento (art. 114, comma 5) il medesimo oggetto — cioè, gli atti compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria — conferirebbe sì maggiore linearità alla disciplina, ove fosse praticabile sul piano interpretativo, ma sarebbe anche fonte di incongruenze sistematiche.

Il legislatore, nel prevedere il divieto di pubblicazione degli atti del dibattimento celebrato a porte chiuse nei casi previsti dall'art. 472, commi 1 e 2, ha attribuito al giudice il potere di disporre analogo di-

⁵² V. oltre, più diffusamente, par. 20.

⁵³ Deve ritenersi irrilevante il tipo di pronuncia conclusiva (provvedimento di archiviazione, decreto di condanna, sentenza

emessa a seguito di giudizio abbreviato o di « patteggiamento »): l'importante è che essa escluda il passaggio alla fase dibattimentale.

vieta anche per gli atti utilizzati per le contestazioni (art. 114, comma 4). Si deve presumere che il legislatore abbia ritenuto che questi siano *gli unici atti* delle fasi anteriori al dibattimento di cui « è sempre consentita la pubblicazione » quando si procede al dibattimento (art. 114, comma 3). La disposizione, invece, non avrebbe senso ove si dovesse intendere che, dopo il passaggio alla fase dibattimentale, sono pubblicabili anche gli atti contenuti nel fascicolo per il dibattimento o nel fascicolo del pubblico ministero, diversi da quelli di indagine compiuti dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria. Per qual ragione, infatti, la legge dovrebbe conferire al giudice il potere di vietare la pubblicazione di un atto di indagine usato per le contestazioni, quando la ritenesse pregiudizievole, ad esempio, per la riservatezza del testimone, e non il potere di vietare la pubblicazione di un atto assunto con incidente probatorio o nel corso dell'udienza preliminare?

19. TERMINE INIZIALE E TERMINE FINALE DEL DIVIETO: QUESTIONI INTERPRETATIVE.

Il diverso ambito operativo che il divieto di pubblicazione posto a tutela della corretta formazione del convincimento giudiziale assume rispettivamente nei commi 2 e 3 dell'art. 114 comporta un diverso *dies a quo* per il divieto medesimo: con riguardo agli atti di indagine preliminare compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria, dal momento in cui l'atto non è più coperto dal segreto; con riguardo agli atti diversi compiuti dai medesimi organi o agli atti compiuti da organi diversi, dal momento in cui si dispone (artt. 424, 455, 554) o si avvia (artt. 449, 556) il giudizio dibattimentale.

Quanto al *dies ad quem*, gli atti della prima categoria sono pubblicabili — a norma dell'art. 114, comma 2 — dopo la conclusione delle indagini preliminari ovvero dopo l'udienza preliminare; qualora si proceda al dibattimento, sia questi atti, sia quelli della seconda categoria sono pubblicabili dopo la sentenza di primo grado, se sono stati inseriti nel fascicolo per il dibattimento, ovvero dopo la sentenza di secondo grado, se sono stati inseriti nel fascicolo del pubblico ministero (art. 114, comma 3).

Il sistema abbisogna di qualche puntualizzazione, anche se il significato di fondo è sufficientemente chiaro: il divieto di pubblicazione dell'atto di indagine preliminare del pubblico ministero o della polizia giudiziaria va dal momento in cui l'atto non è più coperto dal segreto sino a quando il procedimento si trova dinanzi al bivio della conclusione anticipata o del passaggio alla fase dibattimentale. Imboccata la prima via, gli atti divengono pubblicabili, a meno che il giudice non ne vieti la pubblicazione ai sensi del comma 5 dell'art. 114. Se si procede al dibattimento, invece, gli atti restano *ope legis* non pubblicabili, in forza della disposizione contenuta nel comma 3 dello stesso articolo.

È sulla scorta di questa chiave ricostruttiva che vanno superate talune ambiguità del dettato legislativo.

Quando dispone che « è vietata la pubblicazione (...) degli atti non più coperti dal segreto fino a che non siano concluse le indagini preliminari ovvero fino al termine dell'udienza preliminare » la norma non delinea esattamente le due evenienze processuali sopra prospettate: la conclusione delle indagini diversa dalla richiesta di rinvio a giudizio, non implica necessariamente l'esclusione del dibattimento⁵⁴; così come la celebrazione dell'udienza preliminare non implica necessariamente il passaggio alla fase dibattimentale⁵⁵.

La costruzione della norma non è delle più felici ed è agevole pronosticarne problemi applicativi, soprattutto in ordine all'evenienza in cui l'atto che conclude le indagini propizi una fase processuale che tenda ad evitare il dibattimento, senza peraltro escluderne la possibilità.

La richiesta di giudizio abbreviato, di « patteggiamento » o di decreto penale pone termine alle indagini preliminari e, di conseguenza, per il disposto dell'art. 114, comma 2, al divieto di pubblicazione delle stesse.

Se il procedimento, in coerenza con la richiesta, si conclude senza il passaggio al giudizio dibattimentale, la cessazione del divieto di pubblicazione ha una precisa giustificazione: la sua permanenza, infatti, sarebbe priva di significato in quanto il giudice chiamato a pronunciarsi sulla richiesta di giudizio abbreviato, di « patteggiamento » o di decreto penale, non solo può, ma deve conoscere gli atti di indagini, di cui il divieto vorrebbe evitargli la conoscenza.

Quando, però, ostando ragioni processuali alla definizione anticipata del processo⁵⁶, gli atti vengono restituiti al pubblico ministero e questi chiede il rinvio a giudizio nei modi ordinari, si determina una irragionevole cesura temporale nell'operatività del divieto di pubblicazione, che rimane inoperante dalla richiesta di conclusione anticipata del processo (art. 114, comma 2) alla richiesta di rinvio a giudizio (art. 114, comma 3)⁵⁷.

⁵⁴ Un esempio potrebbe essere offerto dalla richiesta di applicazione della pena su accordo delle parti o di giudizio abbreviato. Essa costituisce atto di esercizio dell'azione penale e di chiusura delle indagini preliminari (art. 405, comma 1). Tuttavia, qualora il giudice rigetti la richiesta, si apre, di norma, la strada per lo svolgimento della fase dibattimentale.

Nel procedimento per decreto, poi, neppure la pronuncia di condanna del giudice vale ad escludere che si celebri — a seguito di opposizione del condannato — il dibattimento (art. 464). V. anche nota 57.

⁵⁵ L'udienza preliminare può, infatti, trasformarsi in un « involucro formale » per la definizione del processo con il rito abbreviato (cfr. artt. 439 e 441).

⁵⁶ Se, cioè, il giudice ritiene, ad esempio, di non poter decidere allo stato degli atti; o che non sia esatta l'applicazione e la comparazione delle circostanze; o che si debba applicare una misura di sicurezza personale, e per queste ragioni respinge la richiesta, rispettivamente, di giudizio abbreviato, di « patteggiamento » e di decreto di condanna.

⁵⁷ Ai casi indicati in testo, si deve aggiungere quello della richiesta di decreto di condanna che sia stata accolta dal giudice per le indagini preliminari. In questa evenienza, qualora l'imputato eserciti il suo diritto di opporsi al decreto e chieda il giudizio immediato si registra un'altra ipotesi di interruzione operativa del divieto, che va dalla richiesta di decreto di condanna al decreto con cui il giudice per le indagini preliminari dispone il giudizio ai sensi dell'art. 464, comma 1.

Non dovrebbe, invece, creare soverchie difficoltà all'interprete l'ipotesi inversa, in cui l'atto di conclusione delle indagini postula il dibattimento, senza precludere epiloghi extradibattimentali⁵⁸.

Se, a seguito di richiesta di giudizio immediato o di giudizio direttissimo presentata fuori dei casi consentiti dalla legge, il giudice restituisce gli atti al pubblico ministero, si riapre la possibilità di una definizione senza dibattimento del processo. Ciò, peraltro, non comporta conseguenze significative sotto il profilo della durata del divieto di pubblicazione: questo cessa, nell'ipotesi prospettata, quando il processo ha irreversibilmente imboccato la strada del giudizio abbreviato, del « patteggiamento » o del procedimento per decreto⁵⁹.

Alla stessa conclusione si dovrebbe pervenire, ancorché sembri ostarvi il dettato normativo, nel caso in cui l'udienza preliminare si converta *in itinere* nell'udienza per il giudizio abbreviato. Benché l'art. 114, comma 2 imponga il divieto di pubblicazione sino alla conclusione dell'udienza preliminare, non pare dubbio che l'instaurazione del giudizio abbreviato, di un giudizio cioè che decide sullo stato degli atti, faccia venir meno l'esigenza ispiratrice del divieto: quella di evitare che materiale probatorio predibattimentale influenzi il giudice del dibattimento. Del resto, nemmeno l'argomento contrario, basato sulla lettera della norma, appare insuperabile, in quanto questa con il richiamo al « termine dell'udienza preliminare » intende presumibilmente riferirsi agli epiloghi dell'udienza preliminare in senso stretto e non già anche a quelli relativi al giudizio abbreviato che dell'udienza preliminare si limita a mutuare le forme (e neppure tutte).

20. IL DIVIETO DI PUBBLICARE GLI ATTI CONTENUTI NEL FASCICOLO DEL DIBATTIMENTO E NEL FASCICOLO DEL PUBBLICO MINISTERO.

Quando viene disposto il rinvio a giudizio, non soltanto gli atti di indagine preliminare, ma tutti gli atti del procedimento divengono non pubblicabili: la circostanza che l'atto sia inserito nel fascicolo per il dibattimento o nel fascicolo del pubblico ministero rileva ai soli fini della durata del divieto.

⁵⁸ Oltre alle ipotesi prese in considerazione nel testo, va ricordato che una situazione del genere costituisce la regola nel procedimento pretorile. Il decreto di citazione a giudizio emesso dal pubblico ministero, infatti, lascia aperte tutte le vie processuali per definizioni extradibattimentali del procedimento (cfr. art. 555, comma 1, lett. e).

⁵⁹ In altri termini, cessa, rispettivamente, con l'ordinanza che dispone il giudi-

zio abbreviato (art. 440, comma 1); con la sentenza di condanna emessa ai sensi dell'art. 444, comma 2; con il decreto di condanna di cui all'art. 460. Va tenuta sempre presente, in quest'ultima ipotesi, l'eventualità che l'imputato, proponendo opposizione, chieda il dibattimento. In tal caso, dovrebbe « nuovamente » operare il divieto di pubblicazione di cui all'art. 114, comma 7.

Va prioritariamente ribadito che vietare la pubblicazione di qualunque atto del fascicolo per il dibattimento costituisce una vistosa incongruenza sistematica, non certo superabile sulla base delle ragioni prospettate nella relazione ministeriale che accompagna il progetto preliminare del codice⁶⁰. Vi è un dato, infatti, al tempo stesso inconfutabile e inammissibile: l'ordinamento vieta la pubblicazione di atti del fascicolo dibattimentale per evitare che giungano a conoscenza del giudice, benché questi abbia non solo la possibilità, ma anche il dovere di prenderne direttamente cognizione. In particolare, se la logica dichiarata dei commi 2 e 3 dell'art. 114 è quella di evitare che sul convincimento del giudice influiscano *input* diversi da quelli aventi rango di prova, non ha senso il divieto di pubblicare atti non ripetibili o atti assunti con incidente probatorio, quando è la stessa legge a conferire ad essi, previa lettura dibattimentale disposta anche d'ufficio, pieno valore di prova⁶¹.

Se si considera poi che sono inseriti nel fascicolo per il dibattimento, e quindi soggetti al divieto di pubblicazione, gli atti di prova non rinviabili assunti nella fase predibattimentale a norma degli artt. 467 e 559, si arriva all'assurdo di un divieto di pubblicazione diretto ad evitare che il giudice del dibattimento conosca atti da lui stesso compiuti⁶².

Senza dubbio più plausibile, globalmente considerato, il divieto di pubblicare atti del fascicolo del pubblico ministero, che — di regola — dovrebbero essere ignorati dal giudice del dibattimento. Anche in tal caso, peraltro, il disposto normativo presenta profili che suscitano qualche riserva. Così come formulato, infatti, il divieto *de quo* sembra peccare a volte per difetto, altre per eccesso.

⁶⁰ « A stretto rigore » — vi si legge — la delega « si riferisce agli atti del fascicolo del pubblico ministero, e non anche a quelli del fascicolo per il dibattimento. V'è però da osservare che soltanto alla fine delle indagini preliminari si ha la formazione del fascicolo del pubblico ministero, nel quale va a confluire il maggior numero degli atti compiuti in tale fase. Non è facile né opportuno, pertanto, operare distinzioni rispetto al divieto di pubblicazione nell'ambito degli atti delle indagini preliminari » (*Relazione al progetto preliminare*, cit., p. 49).

È agevole osservare come la rilevata impossibilità di distinguere gli atti del fascicolo del pubblico ministero da quelli del fascicolo per il dibattimento prima della chiusura delle indagini doveva essere vista, più che come un ostacolo da superare, come la riprova che il delegante voleva un divieto di pubblicazione degli atti del fascicolo del pubblico ministero operante soltanto dal momento del relativo deposito.

In ogni caso, anche ad ammettere che il divieto fosse da anticipare e quindi da estendere a tutti gli atti per l'impossibilità di prevedere la loro destinazione, non si vede perché, dopo la formazione dei fascicoli, perduri un divieto di pubblicazione degli atti contenuti nel fascicolo del dibattimento.

⁶¹ Un'indiretta conferma normativa dell'esattezza del rilievo si rinviene proprio nell'ultima parte del comma 3 dell'art. 114. Vi si prevede che « è sempre consentita la pubblicazione degli atti utilizzati per le contestazioni » sul presumibile assunto che non avrebbe senso impedire la diffusione di atti, di cui il giudice ha avuto conoscenza processuale.

⁶² Più precisamente, atti che il giudice ha compiuto di persona, se si tratta di organo monocratico (art. 559), ovvero che ha provveduto a compiere per il tramite del presidente del collegio, se si tratta di organo collegiale (art. 467).

Restano fuori dall'ambito applicativo del divieto gli atti integrativi di indagine che il pubblico ministero può compiere ai sensi dell'art. 430. Si tratta di una deroga piuttosto grave, poiché riguarda i risultati di un'attività investigativa a carattere eccezionale, per i quali la legge prevede una ridottissima utilizzabilità processuale: possono soltanto essere impiegati per suffragare « richieste al giudice del dibattimento »⁶³. La circostanza che gli atti integrativi di indagine siano tendenzialmente destinati a non rientrare in alcuno dei due fascicoli processuali dovrebbe costituire una ragione in più per cercare di evitare che, divulgati, giungano a conoscenza del giudice. Al contrario, paradossalmente, essi divengono non divulgabili nel momento in cui, essendo stati utilizzati per sostenere una richiesta rivolta al giudice del dibattimento e da questo accolta, vengono inseriti nel fascicolo del pubblico ministero (art. 433, comma 3). Insomma, il divieto di pubblicazione « scatta » soltanto quando dovrebbe cessare, cioè quando il giudice ha preso conoscenza degli atti in questione e li ha positivamente apprezzati⁶⁴.

Altro ingiustificato limite all'operatività del divieto è quello espressamente previsto dall'art. 114, comma 3, a norma del quale « è sempre consentita la pubblicazione degli atti utilizzati per le contestazioni ». Si comprende la preoccupazione del legislatore di non mantenere il divieto di pubblicazione rispetto ad un atto di cui il giudice ha preso conoscenza durante l'istruttoria dibattimentale. Tuttavia, va tenuto presente che l'utilizzazione per le contestazioni non comporta, anzi non consente la lettura integrale o l'allegazione dell'atto (artt. 500, comma 1 e 503, comma 3). Al più, la parte interessata può dare lettura della singola dichiarazione utilizzata per la contestazione, senza che per ciò la dichiarazione possa costituire « prova dei fatti in essa affermati » (artt. 500, comma 3 e 503, comma 4). Far discendere da questa lettura la pubblicabilità dell'atto nella sua integralità, come la dizione normativa sembra inequivocabilmente suggerire, appare ingiustificato ed inopportuno, anche perché potrebbe finire per incentivare il ricorso a contestazioni strumentali.

Soprattutto, e con ciò venendo agli « eccessi operativi » del divieto di pubblicazione degli atti inseriti nel fascicolo del pubblico ministero, la pubblicabilità degli atti parzialmente impiegati per le contestazioni contrasta sul piano sistematico con il divieto di pubblicare

⁶³ Questa delimitazione funzionale emerge chiaramente dal comma 1 dell'art. 430, che riconosce al pubblico ministero il potere di « compiere attività integrativa di indagine » esclusivamente « ai fini delle proprie richieste al giudice del dibattimento ».

⁶⁴ Né si vede per quale ragione gli atti di indagine integrativa posti a base di una richiesta al giudice del dibattimento debbono essere pubblicabili o non pubblicabili a seconda che questa venga accolta o respinta.

gli atti di cui viene data integrale lettura in dibattimento ai sensi degli artt. 512 e 513⁶⁵. L'anomalia di un divieto di pubblicare atti di cui il giudice ha una completa conoscenza processuale e di cui deve tener conto come prova viene « esaltata » dall'espressa previsione di divulgabilità di atti dei quali il giudice ha una conoscenza parziale e incidentale.

21. LA « DIFFICILE » DISTINZIONE TRA PUBBLICAZIONE DELL'ATTO (VIETATA) E PUBBLICAZIONE DEL CONTENUTO DELL'ATTO (CONSENTITA).

La caratteristica dei divieti di pubblicazione sopra esaminati — ed in genere di ogni divieto di pubblicazione di atti non coperti dal segreto — è quella di non estendersi al contenuto degli atti (art. 114, comma 7).

Il legislatore si è reso conto che non sarebbe stato possibile « pretendere un sostanziale silenzio stampa sino a quando non venga celebrato il dibattimento »⁶⁶. Torna, quindi, sicuramente a suo merito l'aver avvertito che una norma che ciò imponesse — sia pure posta a tutela di interessi di diversa natura — « produrrebbe inevitabilmente una situazione analoga a quella attuale, caratterizzata dalla generale disapplicazione delle regole scritte ». Tuttavia, il correttivo introdotto suscita perplessità.

Distinguere tra un divieto di pubblicazione degli atti (segreti) che si estende al contenuto dei medesimi e un divieto di pubblicazione degli atti che non riguarda anche il loro contenuto appare soluzione inidonea a garantire uno stabile punto di equilibrio tra le opposte esigenze di tutela del processo, da un lato, e di tutela del diritto all'informazione, dall'altro.

Inidoneità che deriva, in primo luogo, dall'impiego dell'espressione « contenuto dell'atto » in modo non immediatamente comprensibile.

⁶⁵ A rigore, non essendo applicabile a questi atti l'eccezione prevista dall'ultima parte del comma 3 dell'art. 114, si deve ritenere che essi ricadano nella previsione generale di non pubblicabilità sino alla definizione del secondo grado di giudizio.

Si potrebbe superare la discrasia sostenendo che, con la lettura in dibattimento pubblico, l'atto diviene, *ipso iure*, pubblicabile. Ma, a parte che l'anomalia resterebbe

per gli atti letti in dibattimento celebrato a porte chiuse (ed infatti: a tutela di quale interesse dovrebbe rimanere vietata la pubblicazione di tali atti?), la giurisprudenza prevalente formatasi sul codice del 1930 ha ritenuto irrilevante ai fini della persistenza del divieto di pubblicazione, la circostanza che l'atto fosse stato già pubblicato.

⁶⁶ In questi termini, *Relazione al progetto preliminare*, cit., p. 49.

In generale, per contenuto dell'atto si dovrebbe intendere ciò in cui l'atto si sostanzia⁶⁷; più precisamente l'attività o le attività che integrano l'atto giuridico. Poiché di norma gli atti (giuridici) processuali assumono forma scritta e si identificano con il processo verbale che li rappresenta, per « contenuto dell'atto » si dovrebbe intendere il « contenuto del verbale »⁶⁸. Ed in tal senso, la locuzione sembra essere adoperata in norme diverse dall'art. 114⁶⁹ ed anche, come abbiamo visto, nell'art. 164 cod. proc. pen. 1930.

È anzi particolarmente significativo che quest'ultimo articolo — rubricato, come il « nuovo » art. 114, « divieto di pubblicazione di atti », — vieti la pubblicazione « in qualsiasi modo, totale o parziale, anche per riassunto o a guisa di informazione, del *contenuto* di qualunque documento e di ogni atto scritto od orale relativo » all'istruzione o al dibattimento tenuto a porte chiuse. In sostanza, il divieto di pubblicazione dell'atto è considerato sinonimo del divieto di pubblicazione del contenuto dell'atto.

È chiaro, tuttavia, che dando una simile interpretazione alla norma secondo cui « è sempre consentita la pubblicazione del contenuto di atti non coperti dal segreto » (art. 114, comma 7) la si priverebbe di significato. Essa, infatti, si combinerebbe con le altre che la precedono all'interno dello stesso articolo, nei seguenti termini: il divieto di pubblicazione degli atti non segreti (art. 114, commi 2, 3, 4, 5 e 6) consente sempre di pubblicare tutto ciò che gli atti medesimi contengono.

Per uscire dall'*impasse* sembra utile porre a confronto le proposizioni normative con cui si prevede il divieto nell'art. 164 cod. proc. pen. 1930 e nell'art. 114 cod. proc. pen. 1988.

Nel primo caso la pubblicazione dell'atto può avvenire secondo *modalità diverse* (totale, parziale, per riassunto, a guisa d'informazione) *di divulgazione del contenuto dell'atto*. Nel secondo *la pubblicazione dell'atto si contrappone alla pubblicazione del suo contenuto*: ciò emerge non solo dal comma 1 dell'art. 114, che vieta « *la pubblicazione*, anche parziale o per riassunto (...) *degli atti* (...) o anche solo *del loro contenuto* », ma altresì dai commi successivi dello stesso articolo che vietano « la pubblicazione, anche parziale, degli atti », consentendo, per contro, la pubblicazione del relativo contenuto.

Dunque, pubblicare il contenuto di un atto secondo la nuova normativa significa darne conto, divulgare informazioni sullo stesso senza riprodurlo integralmente o parzialmente. Significa, se l'atto è scritto, riferire di quanto vi si rappresenta, senza mai richiamarsi testualmente ad esso. Sembra deporre in tal senso, del resto, la circostanza che « la pubblicazione per riassunto » è prevista e proibita

⁶⁷ In contrapposizione alla *forma*, che riguarda l'« involucro » dell'atto, cioè le sue modalità di rappresentazione documentale.

⁶⁸ Così intesa, l'espressione troverebbe anche un preciso riscontro normativo nel-

l'art. 136.

⁶⁹ Cfr., ad esempio, artt. 113, comma 1; 118, comma 1; 136, 140, comma 1; 373, comma 3.

soltanto dal comma 1 dell'art. 164 — ove appunto si vieta anche la pubblicazione del contenuto dell'atto — mentre scompare e si deve pertanto ritenere consentita negli altri commi, nei quali non è più vietata la pubblicazione del contenuto dell'atto.

Anche la relazione al Progetto preliminare conforta una interpretazione siffatta là dove giustifica il differente regime normativo della « pubblicazione dell'atto » e della « pubblicazione del contenuto dell'atto » osservando che « il giudice del dibattimento, se può essere influenzato dalla pubblicazione degli atti veri e propri, è in grado di non fondare il proprio convincimento su notizie di stampa più o meno generiche e prive di riscontri documentali riguardanti il contenuto degli atti »⁷⁰.

In sostanza, il legislatore, quando vieta la pubblicazione dell'atto, pur consentendo la pubblicazione del relativo contenuto nel senso predetto, vuole evitare che la notizia processuale acquisti il crisma dell'ufficialità.

Non si può sottacere, però, che la soluzione legislativa rischia di avere scarso successo nella prassi. Anzi, potrebbe favorire, da un lato, un giornalismo giudiziario che, attraverso l'uso sapiente di tecniche narrative e di espedienti espositivi adeguati, si eserciterà in una elusione legalizzata del divieto di pubblicare atti del procedimento penale; dall'altro, e correlativamente, non meno perniciose oscillazioni giurisprudenziali sull'individuazione del criterio discrezionale che consente di distinguere la legittima pubblicazione del contenuto dell'atto dall'illegittima pubblicazione dell'atto medesimo.

⁷⁰ Cfr. *Relazione al progetto preliminare*, cit., p. 49. Non si può non rilevare, tuttavia, come questa motivazione potrebbe al più, ove condivisa, servire a giustificare il divieto di pubblicazione (dell'atto, ma non del contenuto) disciplinato dai commi 2 e 3 del-

l'art. 114, intesi a proteggere, appunto, la formazione del convincimento giudiziale. Di certo, essa appare del tutto incongrua rispetto ai divieti previsti dai commi 3 e 4 dello stesso articolo.