

RELAZIONE SCRITTA IN VISTA DELL'AUDIZIONE DEL 2 OTTOBRE 2024
COMMISSIONE GIUSTIZIA
CAMERA DEI DEPUTATI

SCHEMA DI DECRETO LEGISLATIVO – ATTO DEL GOVERNO N. 196

di Francesco Bartolo Morelli
Professore associato di Diritto Processuale Penale
Università di Bergamo

Lo schema di decreto legislativo contenuto nell'atto del Governo n. 196, oggi in esame, costituisce un passaggio verso il completamento dell'attuazione della Direttiva 2016/343/EU.

La legge di delegazione (l. 21 febbraio 2024, n. 15) sulla quale il provvedimento si fonda non si limita a richiamare l'atto europeo, ma appare assai precisa prescrivendo, all'art. 4, un «criterio direttivo specifico: modificare l'articolo 114 del codice di procedura penale prevedendo, nel rispetto dell'articolo 21 della Costituzione e in attuazione dei principi e diritti sanciti dagli articoli 24 e 27 della Costituzione, il divieto di pubblicazione integrale o per estratto del testo dell'*ordinanza di custodia cautelare* finché non siano concluse le indagini preliminari ovvero fino al termine dell'udienza preliminare, in coerenza con quanto disposto dagli articoli 3 e 4 della direttiva (UE) 2016/343».

Mentre la direttiva di dimostra assai vaga, quasi eterea, la delega conferisce davvero pochi margini d'azione. Da un lato, certamente, va rispettato il criterio di provenienza parlamentare, vietando la pubblicazione integrale o parziale dell'*ordinanza di custodia cautelare* fino al termine previsto; dall'altro – ma ciò, come vedremo è più discutibile – dilatare la portata della previsione delegante potrebbe configurare l'eccesso di delega. Ma su quest'ultimo punto sarà necessario un approfondimento.

Anche per questi motivi, probabilmente, la proposta governativa si muove cercando di rispettare rigorosamente i confini dell'atto parlamentare. Tuttavia, l'ambito normativo di riferimento è oltremodo complicato e si rende quindi necessario qualche chiarimento. La relazione illustrativa accenna timidamente a tale complessità ma il prodotto normativo, assai condivisibile nella *ratio* ultima, può essere reso più funzionale dal punto di vista tecnico e sistematico, approfondendone i profili critici.

QUESTIONI TECNICO-INTERPRETATIVE

Veniamo al contenuto delle norme.

A dispetto delle parole semplici che di consueto popolano queste disposizioni del codice, ci troviamo davanti a un ginepraio interpretativo.

La chiave sta nel comma 1 dell'art. 329 c.p.p.: fino al d. lgs. 29 dicembre 2017, n. 216 era pressoché unanime l'interpretazione secondo cui gli atti di indagine evocati in quella norma del codice non includessero atti e provvedimenti cautelari, non potendosi essi

definire – secondo questa visione – “atti di indagine”. Per quel che conta, non sono stato mai persuaso da questa interpretazione, collocandomi invece nel novero di chi riteneva più convincente che l’art. 329 comma 1 c.p.p. includesse anche gli atti e i provvedimenti cautelari. Difatti, il provvedimento è una *species* dell’atto non alcunché di radicalmente diverso. Inoltre, sebbene l’ordinanza cautelare non sia un *atto investigativo* è certamente un atto dell’indagine, ove adottata in tale fase, come tutti gli atti che la precedono. La richiesta cautelare, infine, presenta all’evidenza addentellati indiscutibili con l’indagine e la sua strategia e comunque si colloca nell’indagine in quanto fase.

In ogni caso, è più importante registrare, fino al 2017, la pressoché pacifica esclusione degli atti e dei provvedimenti cautelari dal novero degli atti di indagine avvinti dal segreto. Tale interpretazione viene messa in dubbio dal d. lgs. n. 216 del 2017, il quale nell’art. 114 comma 2 c.p.p. inserisce una esplicita esclusione del divieto di pubblicazione per le ordinanze che applicano una misura cautelare personale, e smentisce quindi l’interpretazione fino ad allora maggioritaria: se i provvedimenti cautelari non sono “atti di indagine” allora sfuggono da sempre al divieto di pubblicazione e non ha quindi alcuna ragion d’essere una eccezione *ad hoc*. L’eccezione, al contrario, significa proprio che le ordinanze cautelari sono incluse nella fattispecie dell’art. 329 comma 1 e quindi dell’art. 114 comma 2 c.p.p., tanto che per renderle pubblicabili il legislatore ha dovuto espressamente prevedere una norma che facesse eccezione al divieto riguardante gli atti di indagine.

Il provvedimento normativo del 2017 ha aumentato esponenzialmente l’ambiguità interpretativa di queste disposizioni.

In questo quadro si innesta la modifica normativa oggi proposta, la quale vive diverse vite a seconda di quale interpretazione si preferisca: se, cioè, le ordinanze cautelari siano o non siano atti di indagine. Oggi è indiscutibile il dato normativo che spinge verso la risposta affermativa, ossia l’art. 114 comma 2 c.p.p., ma si tratta proprio della norma che si vorrebbe abrogare. Quindi le due possibilità interpretative sono ancora entrambe attuali.

Una volta abrogato quell’inciso, cioè, si aprono due scenari, poiché eliminandolo non si cancella per ciò solo l’interpretazione che esso ha giustificato finora, che potrebbe senz’altro continuare a vivere.

Quindi l’alternativa:

- a) in ragione dell’interpretazione invalsa sotto la vigenza della norma qui da abrogare, che aveva fatto intendere l’ordinanza cautelare come un atto di indagine, sarà vietata la pubblicazione dei provvedimenti cautelari e quindi l’art. 114 comma 6 *ter* c.p.p. che si propone di introdurre è del tutto inutile;
- b) si reinnesta l’originaria interpretazione secondo cui i provvedimenti cautelari sono tutti pubblicabili non essendo atti dell’indagine ma, in forza dell’art. 114 comma 6 *ter* c.p.p. qui introdotto, la sola ordinanza che dispone (così pare doversi intendere la locuzione, tecnicamente imprecisa, “ordinanze di custodia cautelare”) la misura custodiale non è pubblicabile fino alla fine dell’indagine o al termine dell’udienza preliminare.

Entrambi tali esiti sono da evitare.

La soluzione a) è inaccettabile dal punto di vista tecnico perché prevede la emanazione di una disposizione senza alcun contenuto normativo. Ossia non esiste una opzione interpretativa che le possa conferire un significato di senso e sistematicamente autonomo.

La soluzione b) è inaccettabile perché non realizza affatto l'obiettivo e della direttiva e della delega, ossia la tutela della proiezione pubblica della presunzione di innocenza dell'indagato sottoposto a misura. Risulterebbe clamorosamente irragionevole e costituzionalmente censurabile, cioè, una norma che tutelasse la posizione di chi venga sottoposto a custodia cautelare e ignorasse completamente la posizione dell'indagato – presunto innocente come il primo – sottoposto a una diversa misura, per dirne una, l'allontanamento dalla casa familiare o il divieto di avvicinamento.

Per intenderci. Un *quivis e populo* indagato per omicidio assurgerebbe per ciò solo agli onori della cronaca ma i giornali non potrebbero – giustamente come vedremo appresso – pubblicare stralci dell'ordinanza di custodia cautelare; potrebbero solo raccontarne il contenuto. Allo stesso tempo, una persona in vista (che svolga la professione del conduttore televisivo, del politico, dell'amministratore pubblico, dell'atleta, e via dicendo), indagata per *stalking* e colpita da un divieto di avvicinamento non avrebbe di che lamentarsi se il giornale riproducesse tutta l'ordinanza cautelare che dispone la misura. E se venisse poi assolto sarebbe identificato per sempre con quelle frasi virgolettate che vagano nel web, e non con il provvedimento liberatorio che ha riconosciuto la sua innocenza.

In questo esempio sta l'inevitabile disparità di trattamento che colpisce due indagati in posizioni eguali, la quale conseguirebbe dall'unica interpretazione di senso attribuibile alle norme oggi in esame: dell'uno la proiezione di presunto innocente sarebbe tutelata, dell'altro no. E non si capisce perché, visto che la legge richiede per ogni provvedimento cautelare personale, a prescindere dalla misura che adotta, l'approfondita analisi dei gravi indizi di colpevolezza di cui all'art. 273 c.p.p., quella parte del provvedimento cautelare che, sostanziandosi in una prognosi di condanna, getta i dubbi maggiori sull'innocenza dell'indagato. Allo stesso identico modo, occorre fin da subito evidenziare che anche la richiesta del pubblico ministero contiene la valutazione dei gravi indizi di colpevolezza che si chiede al giudice di accogliere, sicché anche la sua pubblicazione è fonte di enorme pregiudizio per l'indagato. Il punto verrà approfondito di qui a breve.

Una soluzione normativa in grado di scongiurare questi esiti, mettendo fine anche alla disputa interpretativa sopra riferita, non perché la risolva, ma perché la supera, potrebbe essere la seguente.

Occorrerebbe non inserire alcun comma 6 *ter* nell'art. 114 c.p.p. e sostituire soltanto il comma 2 con il seguente:

«È vietata la pubblicazione, anche parziale, degli atti di indagine non più coperti da segreto e degli atti e delle ordinanze in materia di misure cautelari personali fino a che non siano concluse le indagini preliminari ovvero fino al termine dell'udienza preliminare».

Il divieto è modulabile in vari modi: nella versione appena riportata, si impedisce la pubblicazione di ogni atto (*specialmente la richiesta del pubblico ministero*) e di ogni ordinanza in

materia di cautele personali (tutte), poiché, da un lato, è irragionevole circoscrivere la tutela alle sole ordinanze che dispongono la cautela detentiva e, dall'altro, non avrebbe senso poter pubblicare il provvedimento che modifica la misura, l'atto con cui viene richiesta e non quello che la dispone. Oppure, fuori dal discorso sulla presunzione di innocenza, non si capisce perché dovremmo accettare come un giornalista possa irridere la persona offesa riportando le frasi, magari un po' sopra le righe, con cui il giudice la reputa inattendibile nell'ordinanza che *rigetta* la richiesta di misura cautelare.

Si potrebbe però anche agire in modo più restrittivo, ma con esiti irragionevoli come testé evidenziato, e limitare il divieto alle *ordinanze che dispongono una misura cautelare personale*. Finanche – esito ancor più irragionevole – limitarlo alle *ordinanze che dispongono la misura della custodia cautelare* (soluzione oggi adottata, ma troppo restrittiva per passare indenne il sindacato costituzionale di ragionevolezza).

Infine, si potrebbe estendere il divieto alle cautele reali, come pure sarebbe giusto, riferendolo alle *ordinanze in materia di misure cautelari*. Si tratterebbe di una soluzione coerente con lo spirito di tutela della presunzione di innocenza. Per la motivazione della cautela reale, infatti, non possono che valere le medesime considerazioni svolte finora: basti pensare al sequestro finalizzato alla confisca, il quale si basa, inevitabilmente, sulla prefigurazione di un fatto di reato attribuibile all'indagato.

Dal canto mio, sintetizzerei la proposta normativa oggi in discussione, in piena coerenza con la delega e con la direttiva, le quali si preoccupano della tutela della presunzione di innocenza, garanzia di tutti gli imputati non solo di quelli colpiti da custodia cautelare, nel modo seguente:

Art. 114 comma 2 c.p.p.: «È vietata la pubblicazione, anche parziale, degli atti di indagine non più coperti da segreto e degli atti e delle ordinanze in materia di misure cautelari fino a che non siano concluse le indagini preliminari ovvero fino al termine dell'udienza preliminare».

[Via via, restringendo il campo si danno le seguenti soluzioni:

Art. 114 comma 2 c.p.p.: «È vietata la pubblicazione, anche parziale, degli atti di indagine non più coperti da segreto degli atti e delle ordinanze in materia di misure cautelari personali fino a che non siano concluse le indagini preliminari ovvero fino al termine dell'udienza preliminare».

Art. 114 comma 2 c.p.p.: «È vietata la pubblicazione, anche parziale, degli atti di indagine non più coperti da segreto e delle ordinanze che dispongono misure cautelari personali fino a che non siano concluse le indagini preliminari ovvero fino al termine dell'udienza preliminare».

Art. 114 comma 2 c.p.p.: «È vietata la pubblicazione, anche parziale, degli atti di indagine non più coperti da segreto e delle ordinanze che dispongono la custodia cautelare fino a che non siano concluse le indagini preliminari ovvero fino al termine dell'udienza preliminare»]

Adottando la soluzione omnicomprensiva, non si dovrebbe temere l'eccesso di delega, quando si estende il divieto a tutte le cautele, o quantomeno a quelle personali, poiché come

detto, è proprio il criterio direttivo delle delega che, se attuato pedissequamente, viola i suoi (e della direttiva EU) più alti obiettivi, ossia quelli della tutela a più ampio raggio della proiezione pubblica della innocenza presunta dell'imputato.

Ci troviamo oggi davanti ad un provvedimento dalla *ratio* ineccepibile, come vedremo, e tuttavia configurato in modo da essere in contrasto con le sue stesse premesse. E ciò vale anzitutto per la delega, poiché fornisce al Governo un criterio specifico troppo ristretto: da un lato si vuole la massima tutela della proiezione pubblica della presunzione di innocenza; dall'altro questa tutela si riserva ai soli imputati colpiti dal provvedimento cautelare detentivo ma irragionevolmente, poiché ciò che mette a rischio la presunzione costituzionale, ossia la valutazione sui gravi indizi di colpevolezza, che è prognosi di condanna, rappresenta il contenuto necessario di ogni provvedimento cautelare, qualunque misura esso disponga.

Occorre espandere la fattispecie del divieto di modo che effettivamente esso sia funzionale alla tutela della presunzione di innocenza di ogni imputato raggiunto dalla cautela, senza irragionevoli discriminazioni.

In quest'ottica, il divieto andrebbe esteso anche alla richiesta del pubblico ministero: non ha alcun senso impedire la pubblicazione dell'ordinanza cautelare e consentirla per l'atto introduttivo del procedimento cautelare (posto che si continui a ritenere alquanto di diverso da un atto di indagine, interpretazione che sembra ad oggi maggioritaria). Tanto più che si tratta di una visione degli atti nemmeno filtrata dalla valutazione del giudice.

Inoltre, quantomeno per tacitare le dispute esegetiche, qualunque sia l'ampiezza che si vuole dare al divieto, risulta importante che esso stia nell'art. 114 comma 2 c.p.p., sotto forma di previsione espressamente riferita agli atti e ai provvedimenti cautelari, sì che non ci sia più alcun bisogno di chiedersi se essi siano o meno atti di indagine. Due oggetti separati e distinti (atti di indagine e atti cautelari) a cui viene riferita la medesima disciplina, in modo cristallino.

Non mi lascerei sfuggire l'occasione di portare a compimento questa operazione di igiene tecnico-giuridica.

SUL MERITO DELL'INTERVENTO

Se le modalità dell'intervento presentano, come visto, qualche complicazione tecnica, sì che esse risultano migliorabili, il merito della proposta, invece, esige una adesione senza riserve, sempre che il nuovo disposto venga esteso almeno a tutte le ordinanze in materia di cautele personali.

L'ordinanza cautelare non sarà pubblicabile fino a che non siano concluse le indagini o fino al termine dell'udienza preliminare. Il suo contenuto potrà essere sempre riportato in quanto atto non soggetto a segreto. Segreto che non nasce mai, se s'intende questa ordinanza estranea agli atti di indagine ma che, quand'anche nascesse, cadrebbe all'istante, ossia non appena l'indagato ne avesse conoscenza.

Sul piano generale, la scelta di limitare la conoscenza pubblica dell'ordinanza cautelare è fonte da sempre di grandi e giustificate indecisioni. Prima di arrivare al cuore dei principi

costituzionali non strettamente attinenti al procedimento penale, il processualista si interroga anzitutto sulle categorie che regolano il proprio dominio di conoscenza. Prima cioè che si delinei un conflitto tra proiezione pubblica dell'innocenza presunta e libertà di stampa, si delinea un conflitto tra proiezione pubblica dell'innocenza presunta e controllo pubblico dell'indagine – anche – attraverso la stampa. Occorre capire se entrambi questi conflitti siano reali e se siano appianabili attraverso la pubblicazione testuale del provvedimento cautelare.

L'atto con cui si comprime la libertà a fini processuali costituisce un provvedimento dal contenuto iper-regolato, in misura anche maggiore della stessa sentenza, come è stato notato. E tuttavia, si tratta di un provvedimento allo stato degli atti, in cui tutta la minuzia motivazionale esprimibile si riduce alla descrizione e alla valutazione di elementi allo «stato degli atti» ossia, in una parola, **suscettibili di evoluzione**. Anzi, quell'evoluzione degli elementi cognitivi e della loro valutazione rappresenta proprio il cuore della scelta costituzionale sul modello di accertamento proprio della giurisdizione penale.

Non si tratta di un dettaglio, proprio nell'ottica di valutare la proposta normativa oggi in esame. Il contraddittorio partecipativo è destinato a modificare la base di conoscenza su cui l'ordinanza cautelare, e quindi la diagnosi anticipata di colpevolezza, si fonda. Il che non significa che debba smentirne l'esito euristico, ovviamente. Significa, *radicitus* e più semplicemente, che il giudice della cautela e il giudice del merito si riferiscono a due fonti di conoscenza *diverse*. È questa la scelta del contraddittorio, che si lega senza dubbio alla presunzione di innocenza. L'imputato presunto innocente, si può dire con molta approssimazione, merita il contraddittorio paritariamente partecipato quale metodo di accertamento sul reato imputatogli, proprio in quanto presunto innocente.

Ciò, ovviamente, riduce il significato della necessità e dell'urgenza di rendere immediatamente conoscibile l'atto della cautela: esso si esprime sui medesimi temi dell'accusa nel futuribile giudizio, o su temi sovrapponibili, ma lo fa in un momento in cui di fatto regna l'incertezza conoscitiva, anche se le fonti di conoscenza che sostengono l'indagine appaiono granitiche, poiché esse sono solo, appunto, elementi di indagine e non prove formate col metodo che la Costituzione ha indicato quale il più affidabile tra tutti, in quanto vi prende parte proprio l'imputato.

In sede cautelare, il controllo della portata conoscitiva sui gravi indizi di colpevolezza deve certamente essere rigoroso, ma ciò ancora non garantisce valutazioni equilibrate sulla posizione dell'imputato. Non ci si dimentichi che quella valutazione provvisoria della colpevolezza dell'imputato non si fa perché è venuto fisiologicamente il momento di farla essendocene tutte le condizioni ma, pur essendo indiscutibilmente prematura, è necessaria per fronteggiare i pericoli cautelari quando si manifestano in tutta la loro urgenza. Siamo *costretti* a valutare la colpevolezza dell'imputato, ma l'indagine preliminare non rappresenta certo il momento adatto. E quando una tale valutazione si faccia, essa appare scandita attraverso passaggi controllatissimi, rigorosi, dalla tenuta solidissima, ma si tratta solo di un'illusione, se si valuta il testo del provvedimento senza metterlo in relazione con gli atti di cui parla. Da un lato, come anticipato, l'art. 292 c.p.p. esige motivazioni puntualissime in nome della tutela del massimo bene comprimibile e quindi induce il giudice per le indagini preliminari a esprimersi in modo molto più sicuro di quanto gli stessi elementi di indagine consentano, dovendo egli restituire la garanzia che la cautela viene applicata nella

inconfutabile presenza dei presupposti e degli standard motivazionali previsti. Dall'altro, occorre osservare, come è stato fatto di recente, che l'ordinanza di applicazione della cautela recepisce totalmente il contenuto della richiesta del pubblico ministero. E non si vuole rimproverare al giudice di essere appiattito sulle posizioni dell'accusatore, ma si vuole semplicemente constatare l'assenza del contraddittorio nella valutazione sulla fondatezza dell'accusa in sede cautelare.

Per queste specifiche ragioni non sembra sufficiente attendere che s'esaurisca il **riesame**, o siano spirati i termini per proporlo, per rendere pubblicabile l'ordinanza. Occorre invece attendere proprio il termine di legge, riportato identico nella proposta governativa. Il riesame, infatti, non assicura una maggiore qualità cognitiva della ricostruzione del fatto, ma si limita a verificare che l'ordinanza sia legittima, ossia che la restrizione sia stata adottata alla presenza dei presupposti legali. Ma noi, volendo tutelare la presunzione di innocenza, non stiamo rigettando la pubblicabilità testuale dell'ordinanza cautelare in quanto provvedimento potenzialmente illegittimo, ma la stiamo rimandando in quanto provvedimento basato su elementi raccolti unilateralmente dall'accusatore con un metodo dalle potenzialità euristiche ridotte. E ciò è vero anche dopo il riesame, poiché si tratta di una condizione strutturale e non accidentale dell'ordinanza cautelare e di ogni atto della relativa vicenda.

Per le medesime ragioni, non s'intravede nessuna incoerenza con la pubblicabilità della **richiesta di rinvio a giudizio** e la non pubblicabilità dell'ordinanza cautelare, poiché la prima lederebbe grandemente, esattamente come la restrizione in via di cautela, l'immagine dell'innocenza presunta.

La richiesta di rinvio a giudizio, anzitutto, si colloca al termine delle indagini preliminari quindi quando anche l'ordinanza cautelare è pubblicabile. Inoltre, essa non spiega alcuna ragione dell'accusa, ma la pone, la costituisce. Ciò ci fa dire persino che essa non lede affatto la presunzione di innocenza, come non la lede il decreto che dispone il giudizio. Nessuno è presunto innocente in assenza di una contestazione, si è presunti innocenti rispetto ad una accusa. L'accusa, contenuta da questi atti, è l'ipotesi di partenza, non ha alcuna pretesa autonoma di verità: porre l'accusa è, quasi paradossalmente, dare ragione d'esistere alla presunzione d'innocenza. Una informazione fedele sui contenuti precisi dell'accusa è incontestabilmente irrinunciabile.

Altro è l'ordinanza cautelare. Essa non pone l'accusa, o l'addebito, ma pretende di spiegare perché l'accusa o l'addebito siano veri. È l'esercizio di questa attività motivazionale, confortata da elementi cognitivi, con cui si pretende di dimostrare la verità del fatto, a ledere la presunzione nella sua proiezione pubblica, poiché essa non si nutre né dei migliori metodi euristici disponibili (id est contraddittorio) né del confronto con l'accusato, ma espone nell'arena pubblica determinazioni giudiziali la cui lapidaria asserzione non ha attraversato ancora la formazione partecipata della prova e non è quindi degna di proiettare l'immagine dell'imputato quale colpevole.

Ora, è certo che restituire al pubblico questo prodotto decisionale è operazione che richiede grande cautela.

Perché potrebbe valere la pena di farlo? Proprio da questa domanda nascono le indecisioni che attanagliano il processualista. Chi insiste per la pubblicazione immediata del

testo dell'ordinanza lo fa per tutelare la libertà di stampa – o meglio qualche suo corollario – e per garantire l'immediato controllo pubblico sulla legittimità della restrizione. Sono valori a cui sembra difficile rinunciare, se il conflitto si pone in questo modo secco, senza spiegazioni, approfondimenti, senza indulgere all'inevitabile complessità.

E tuttavia, occorre ancora cautela.

Il senso della norma oggi in discussione non sta nel fatto, pure rilevante, che simili valori riferibili unicamente alla collettività non possano competere con la garanzia specifica della presunzione di innocenza (e della sua proiezione nel contesto sociale) assicurata dalla Costituzione ad una persona specifica. Piuttosto risiede nella conclusione per cui nessuno di questi valori, libertà di stampa e controllo diffuso sulla giurisdizione, è realmente messo in discussione dal divieto di pubblicazione del testo dell'ordinanza.

Dobbiamo ancora ritornare a comprendere bene in quale fase ci troviamo. Nella fase preliminare, l'attività di indagine non è partecipata né tantomeno pubblica, e singole finestre su di essa rischiano di compromettere la posizione d'innocenza dell'imputato che qui va strenuamente difesa, proprio perché l'accusatore si muove in solitudine, producendo risultati sempre provvisori, per quanto si pretenda che siano solidi e come tali vengano presentati.

È inutile essere intransigenti su un controllo pubblico e diffuso di un atto decisorio che non nasce da una procedura pubblica e controllabile fuori dal procedimento. Non ha alcun senso. Il **controllo pubblico sulla motivazione cautelare** non può che essere interno al processo, almeno finché non si esca dall'antro chiuso delle indagini, perché solo lì (e non sui giornali o nei programmi televisivi) si possono mettere in relazione le conclusioni del giudice con le fonti dell'indagine unilateralmente formate dall'accusa e allo stato almeno *de facto* inconoscibili. Occorre insistere a chiarimento di quanti lamentano il deficit di un immediato controllo pubblico sul provvedimento restrittivo della libertà. Questo controllo è in effetti inattuabile nella fase preliminare. È del tutto irrealistico che la pubblica opinione possa farsi un'idea sulla tenuta giuridica e logica dalla ordinanza di restrizione. Per farlo occorrerebbe confrontare gli atti su cui il giudice ha deciso con le sue determinazioni finali, ma ciò qui è impossibile perché non sono conosciuti o non sono pubblicabili gli atti di indagine che hanno nutrito il provvedimento. Quindi ha anche senso che corra parallelo il destino della pubblicità della fonte della conoscenza e del provvedimento che la recepisce, essendo il secondo fondato sulle prime. Se a fronte della non pubblicabilità degli atti, pubblicassimo solo il provvedimento, quale controllo mai potremmo invocare? Solo un controllo fittizio. Saremmo costretti a prendere le parole del giudice per oro colato, e non avremmo alcuno strumento per smentirlo, poiché le fonti del suo sapere sarebbero al sicuro nei suoi cassetti. È lì che viene celata ogni incoerenza, la quale magari emergerà molto dopo lo sgretolamento sociale dell'idea stessa che l'imputato possa essere innocente. Diverso è il caso della sentenza, quando vi sia un dibattito (che l'imputato ha sempre diritto di ottenere): l'udienza in cui si svolge l'istruzione è pubblica, come pubblica è la sentenza. Chiunque, e segnatamente i professionisti dell'informazione, possono assistere alla prima e raffrontare ciò che ivi è emerso con le conclusioni sul fatto adottate nella sentenza finale. Qui il controllo pubblico è concretamente possibile e quindi razionalmente invocabile.

Allo stesso modo, appare pretestuoso arroccarsi su posizioni intransigenti in materia di libertà di stampa, quando la notizia stessa non si presta ad essere diffusa in quanto

acquisizione conoscitiva profonda riguardo al fatto e ai suoi referenti soggettivi. In definitiva, è sempre il momento d'informare ma, nella dinamica particolare del processo, è piuttosto il momento d'attendere che l'informazione si costituisca e si consolidi, prima di somministrarla al pubblico alla stregua di un dato "finito".

Il termine contenuto nell'art. 114 c.p.p. a questo proposito è assai indicativo al riguardo. I giornalisti dovrebbero riflettere attorno al significato di questo riferimento temporale. La pubblicazione dell'ordinanza di custodia cautelare è impedita *fino a che non siano concluse le indagini preliminari ovvero fino al termine dell'udienza preliminare*, e ciò vale quand'anche il procedimento terminasse con una **archiviazione**, posto che l'indagato ne ha avuto necessariamente conoscenza, avendo affrontato la vicenda cautelare. In sostanza si vuole dire: se il procedimento avanza, potremo iniziare a mettere sul tavolo della discussione pubblica la decisione cautelare quando la partecipazione paritaria dell'imputato al processo è alle porte. Solo in questo momento è possibile aggiungere davvero all'informazione e al dibattito quanto proviene dalla posizione e dall'attività difensiva dell'accusato, il quale finalmente prende cognizione dell'intera indagine e inizia a mettersi al passo con il pubblico ministero e non è più destinato a stare nelle retrovie. È qui che si apre davvero la possibilità di una informazione completa, limpida, equilibrata. Ed è qui che si schiude finalmente una piena ed autentica pretesa di informazione attiva e passiva.

Se il procedimento s'arresta, l'indagato comunque vedrà emergere la notizia quando avrà contezza di ogni atto di indagine e potrà difendere sé stesso nell'unica arena in cui verrebbe attaccato, ossia quella mediatica.

Fino a questo momento, val la pena di attendere a tutela di chi subisce il processo e del destinatario della notizia. L'informazione sul processo, infatti, deve avere ad oggetto tutto ciò che lì accade e deve rendere conto del valore esatto di ogni dato che ne emerge. Senza la partecipazione difensiva ogni dato è monco e serve attendere che essa si realizzi affinché il dato si completi e la notizia su di esso possa essere diffusa con la pienezza e la completezza che si reclama oggi, da parte di alcuni, sul momento investigativo. In sostanza, la stampa deve imparare ad attendere il processo e non può continuare ad accontentarsi dell'indagine e dei suoi risultati.

Assolutamente pretestuosa, quindi, l'evocazione del "bavaglio" alla libertà di stampa.

S'impedisce quindi la proiezione d'una falsa (strutturalmente "falsa", in quanto unilaterale e provvisoria) certezza a pregiudizio della persona indagata, non d'esprimere una conoscenza.

La notizia è sempre divulgabile una volta compiuto appieno il compito sacro ed autentico di chi informa: usare le parole con sapienza e responsabilità per produrre la conoscenza pubblica, per descrivere (ammesso che si possa senza in qualche modo forgiarlo) il fatto, per elaborare il dato in modo da consentirne una adeguata comprensione. Ciò che si impedisce non è la notizia dell'"avvenimento cautelare", per dir così, ma che esso possa essere divulgato gettando nell'arena pubblica brani del relativo provvedimento selezionati secondo scelte arbitrarie e incontrollabili. Si impedisce che l'ordinanza venga "sbranata" anziché raccontata e compresa.

Nell'espedito della parafrasi del provvedimento, desumibile dal comma 7 dell'art. 114 c.p.p., risuona proprio questo insegnamento.

Se l'ordinanza non è riproducibile è perché è dato che non val la pena, per quanto fin qui detto, di trasfondere con assoluta fedeltà: frutto di una visione unilaterale, è poi sempre provvisorio. Allora per informare su di esso sarà il giornalista a dover trarre il significato del provvedimento ed esprimerlo, assumendosi la responsabilità di questa operazione, proprio come esige il suo ruolo. Un'accurata selezione *ad hoc* di frasi testualmente riportate dall'ordinanza non è frutto di una manipolazione meno di quanto lo sia una parafrasi. Solo che nel primo caso le virgolette esentano l'autore da ogni responsabilità per il modo in cui la notizia è data (non sono parole sue), mentre nel secondo ciò non avviene, poiché le parole nascono dalla penna del giornalista e non da quella del giudice. Ed è dunque giustissimo che colui che dà la notizia sia pienamente responsabile della sua costruzione: altro non è che l'inesorabile risvolto di ogni libertà (qui, di stampa): la responsabilità.

Non c'è alcuna pretesa significativa inerente alla libertà di stampa che riguardi le parole del testo della motivazione cautelare nella fase preliminare. La notizia non è mai impedita, e ciò basta alla tutela dell'art. 21 Cost., ma a tutela dell'imputato presunto innocente quel dato è inaccessibile. I testi virgolettati, le frasi lapidarie inevitabilmente lanciate senza rendere conto del contesto (per farlo non basterebbero colonne, occorrerebbero *pamphlet*) potranno essere divulgate quando l'imputato ha la possibilità di essere presente, attrezzato, difeso *causa cognita* da un legale adeguatamente preparato e completamente informato sugli atti, di modo che possa efficacemente e *contestualmente* – e non mesi dopo, quando è del tutto inutile – rintuzzare gli attacchi che gli vengono rivolti, oltre che nel processo, anche nell'arena sociale, attraverso cioè, la notizia sul processo [questo discorso deve purtroppo essere ridimensionato alla luce del fatto che, secondo la normativa attuale, è materialmente impossibile che gli indagati e poi imputati siano informati su tutti i dialoghi captati, i quali restano ancora scandalosamente inaccessibili nella loro interezza agli accusati per la durata dell'intero processo. Questo *gap* conoscitivo non sarà recuperato mai allo stato attuale della normativa].

In conclusione, la *ratio* di tutela della persona espressa dall'intervento normativo è chiaramente distinguibile e certamente da difendere.

Si rileva come gli accorgimenti tecnici di cui alla prima parte della relazione possano, da un lato, evitare alla norma di soccombere in un eventuale sindacato costituzionale di ragionevolezza in merito alla disparità di trattamento, nella tutela della presunzione d'innocenza, tra imputati colpiti da misure diverse. Dall'altro, essi possono tacitare con successo i conflitti interpretativi che si sono succeduti negli anni relativamente alla qualifica delle ordinanze cautelari quali atti dell'indagine e al conseguente regime del segreto applicabile, poiché essi possono essere superati da una norma che prenda espressamente e separatamente posizione sulle une e sugli altri.

Con osservanza.

Ferrara-Bergamo, li 2 ottobre 2024

Prof. Francesco Bartolo Morelli

