

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

11/2023

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Alessandra Galluccio, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Nicola Triggiani, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Viganò, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri, Giulia Mentasti (coordinatori), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Cecilia Pagella, Tommaso Trincherà

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen. (o SP)*, 1/2023, p. 5 ss.

INDICE DEI CONTRIBUTI

PAPER

G. LOSAPPIO, <i>Faber iustitia ne pereat mundus. La giustizia penale secondo De André</i>	5
C. ORLANDO, <i>Mutua ammissibilità della prova tra gli Stati membri dell'Unione europea ed e-evidence: riflessioni a margine della proposta di direttiva dello European Law Institute</i>	19
G. ANCONA, K.B. e F.S. <i>davanti alla corte di giustizia: una occasione mancata per definire le conseguenze procedurali delle violazioni dei diritti della difesa e la persistente assenza di rimedi efficaci</i>	35
W. NOCERINO, <i>L'inoppugnabilità del provvedimento del g.u.p. che decide sull'istanza di dissequestro probatorio</i>	49

CONTRIBUTI E OPINIONI

J. FERNÁNDEZ MEJÍAS, <i>A proposito di una nota e controversa sentenza del Tribunale di Roma in tema di violenza sessuale</i>	67
G. L. GATTA, M. GIALUZ, <i>Riforma Cartabia e durata media del processo penale: - 29% nel primo semestre del 2023. Raggiunto (al momento) il target del PNRR. I dati del monitoraggio statistico del Ministero della Giustizia</i>	71
S. FINOCCHIARO, <i>La confisca senza condanna nello spazio europeo: mentre a Bruxelles è in cantiere una nuova direttiva, a Strasburgo l'Italia è sotto esame nel ricorso "Cavallotti"</i>	77
G. MENTASTI, <i>L'applicazione della pena della detenzione domiciliare sostitutiva in appello in un caso di maltrattamenti in famiglia</i>	93
S. BERNARDI, <i>Convertito in legge il d.l. "Caivano" in tema di contrasto al disagio e alla criminalità minorili: una panoramica dei numerosi profili d'interesse per il penalista</i>	99
D. COLOMBO, <i>La 'culturalità' del bene nei reati contro il patrimonio culturale. Anche dopo la riforma la Cassazione accoglie la tesi 'sostanzialistica'</i>	109
R. CORNELLI, <i>Quello che i dati non possono dire. Alcune avvertenze preliminari alla lettura del rapporto sulla criminalità minorile del Servizio Analisi Criminale (Ministero dell'Interno, ottobre 2023)</i>	119
G. L. GATTA, M. GIALUZ, <i>Prescrizione e improcedibilità: l'ennesima riforma e dieci verità nascoste</i>	127

**FABER IUSTITIA NE PEREAT MUNDUS.
LA GIUSTIZIA PENALE SECONDO DE ANDRÉ**

di Giuseppe Losappio

Il riferimento alla giustizia costituisce un riferimento costante nell'opera di De André. A cavallo tra utopia e anarchia, De André schizza una "dea" molto diversa dall'icona "classica" senza benda e senza spada, che comprende, compatisce più che giudicare, che accarezza più che condannare e punire; una giustizia che guarda persino con diffidenza giudici e tribunali mentre accoglie i poveri in spirito, consola gli afflitti, come nei versi del Vangelo di Matteo.

SOMMARIO: 1. Sentire la giustizia con Fabrizio De André. – 2. Giustizia tra preghiere. – 3. Comprensione. – 4. Dalla comprensione alla compassione. L'altro mai *aliud ego*; sempre *alter ego*. – 5. Il cattivo giudice, il giudice cattivo, la cattiveria dei giudizi nell'era de *La domenica delle salme*.

1. Sentire la giustizia con Fabrizio De André.

Il «senso della giustizia» costituisce senza dubbio un riferimento costante nell'opera di De André¹. Una chiave di lettura non superficiale di questo motivo ispiratore deve fare i conti con la varietà di significati della parola e, quindi, chiarire cosa possiamo trovare e cosa non possiamo trovare nel "discorso" del poeta genovese².

Sotto il primo aspetto, bisogna considerare il «guazzabuglio semantico» che grava sul termine nel quale sono accolti «più significati incompatibili tra loro», sempre e comunque collegati a sfide storiche e intellettuali proprie di ciascun contesto, anche dove la portata "contestualistica" è stata superata. Forse bisognerebbe accogliere la lezione di Socrate, evitare grandi discorsi e concludere di non sapere nulla della giustizia³.

¹ L. MAZZI, *Il senso della giustizia nelle canzoni di Fabrizio De André*, in www.filodiritto.it (16 maggio 2020).

² «Il termine cantautore appare francamente inadatto per uno come Fabrizio De André, i cui testi sussistono perfettamente sulla pagina senza obbligatoriamente l'appoggio della musica. Il termine perentorio di autore è più adatto. De André è un autore di un'estrema raffinatezza, erede moderno, continuatore e trasformatore di una tradizione poetica molto antica, la più nobile tradizione poetica italiana, di cui ha rivalutato, recuperato e anche trasformato metriche, schemi e spesso contenuti risolvendoli con una cifra tutta personale e inconfondibile: la poesia come puro testo scritto, che funziona in maniera autonoma, un fatto molto recente nella nostra cultura occidentale»: A. TABUCCHI, *De André, il trovatore*, in *L'Unità*, 14 dicembre 2004, p. 21.

³ PLATONE, *La Repubblica*, I, XXIV.

Difficile dire se De André avesse letto il dialogo con Trasimaco, dove Platone attribuisce al maestro ateniese questa conclusione così evanescente e profonda. Di sicuro Faber non propone affatto una teoria filosofica, morale, una qualche dottrina⁴. A cavallo tra utopia e anarchia, De André schizza una “giustizia” senza benda e senza spada, che comprende, compatisce più che giudicare, che accarezza più che condannare e punire; una giustizia che guarda persino con diffidenza giudici e tribunali mentre accoglie i poveri in spirito, consola gli afflitti, come nei versi del Vangelo di Matteo (5,3-12). Quasi con gli stessi macarismi, De André parla di giustizia come parla di amore, sollecitando esperienze, biografie, i tornanti più o meno arditi delle nostre vite esprimendo una sensibilità più che un pensiero con la mano tesa e le braccia quasi nel gesto di cingerci.

Attenzione, però. Dobbiamo essere vigili e umili. Umili, soprattutto, perché Faber non scrisse (solo) canzoni.

Secondo un aforisma che la rete attribuisce al fisico e premio Nobel Paul Dirac: lavorare alle frontiere della fisica e comporre poesie allo stesso tempo sarebbero attività inconciliabili. «Le due cose sono in contraddizione. In fisica vuoi dire qualcosa che nessuno sapeva prima in termini che tutti possano capire. In poesia sei costretto a dire cose che tutti già sanno in termini che nessuno capisce».

Non importa se lo scienziato britannico avesse ragione. Di sicuro De André fu un poeta e questa frase avverte che la sua poesia non merita chiavi di lettura riduttive non conta se la fonte siano le vicissitudini che definiscono il tessuto dell’esperienza che sperimentiamo ovvero qualche elaborazione speculativa. L’amicizia che ispira Faber non deve indurci ad una confidenza, ad un’intimità che non meritiamo. Nella semantica dei versi «le parole chiave subiscono amplificazioni di senso, assimilazioni inattese, interconnessioni inedite»⁵, che, tuttavia, non sono imperscrutabili come accade spesso nell’ermetismo predicatorio di De Gregori o in quello onirico-sentimentale di Fossati. La condizione dell’intelligenza è nella stessa poetica del cantautore. La prefazione delle “Opere complete” avverte che Faber amava scoprire «il fondo delle cose, il colore autentico della realtà umana che è fatta anche di miseria, di tristezza, di inutili attese e di disattese promesse. È sempre stato un tema caro a Fabrizio quello dell’uomo scrutato – e amato – nei capitoli più amari, nei risvolti fallimentari della sua storia»⁶. Come non troviamo in nessun testo di De André la rima cuore amore, non troveremo nelle sue opere nemmeno rimandi di comodo sull’esistenza o sulla giustizia.

Chi gode quando sente il politico di turno esprimere l’auspicio di pene esemplari più che giuste, chi esulta per ogni ergastolo, chi coltiva nostalgie per la pena di morte e soprattutto si sente totalmente altro rispetto ai “delinquenti” non deve proseguire la lettura di queste pagine se non è disponibile a confrontarsi con una veduta radicalmente diversa.

⁴ Come ricorda C.G. ROMANA (*Smisurate preghiere. Sulla cattiva strada con Fabrizio De André*, Arcana edizioni, Roma, III ed., 2009, p. 39) «io non ho niente da spartire, né con la teologia, né con l’antropologia e tantomeno con la metafisica».

⁵ Ricordi - BMG, 1999

⁶ P. RICOEUR, *Liebe und Gerechtigkeit. Amour et Justice*, trad. it. di I. Bertolotti, IV ed., Morcelliana, Brescia, 2019, p. 12.

Sennonché, posta questa premessa, è ragionevole temere che il saggio avrebbe assai pochi lettori. Forse lo stesso autore non dovrebbe scriverlo, ricordando che quando subì il furto di una preziosa bicicletta invocò, imprecando, le “peggio” pene per gli autori del delitto. Vicende personali, a parte, numerose fonti alimentano questo pessimismo. *Random*. A proposito della parabola dell’attore Kevin Spacey, travolto e poi assolto dall’accusa di molestie sessuali, in un recente “Caffè” Massimo Gramellini, ha ricordato quanta presa eserciti su tutti il «piacere perverso della maldicenza»⁷. È un “appagamento” dalle radici aggrovigliate e remote, ma sempre verdi come ricorda Gide descrivendo la conversazione nello scompartimento di III classe di un treno che da Narbonne procede verso Nîmes. I passeggeri discutono delle “strategie repressive” da adottare per punire gli autori dei reati contro il patrimonio, come un giovanissimo passeggero diretto verso il tribunale del capoluogo dove dovrà rispondere dell’accusa di furto. Un «enorme minchione, che dall’alto della sua pancia sorride alle cose, alla gente e alla vita», ammonisce: «quella è gente, che, dopo un po’, ricomincia subito da capo». Occorre una pena “eradicante”, altro che rieducazione e lavoro carcerario. L’omone non è privo di fantasia. I detenuti dovrebbero essere costretti a «pompare acqua, giù in fondo a un canale; quando non pompano, l’acqua sale; così sono costretti a lavorare». Che orrore, esclama una passeggera ma un’altra lapidariamente conclude: «Meglio ammazzarli tutti»⁸.

2. Giustizia tra preghiere.

Chi non è salito almeno una volta su questo vagone? A chi non è capitato di sentirsi radicalmente diverso dall’autore presunto o meno dei reati alla ribalta delle cronache? Chi non ha sposato almeno una volta le soluzioni del populismo penale? Assolviamoci ma restiamo coinvolti, parafrasando un verso famosissimo della *Canzone di Maggio*, composta da De André insieme con Giuseppe Bentivoglio. Predisponiamoci ad un viaggio in quella direzione ostinata e contraria, il manifesto con il quale si conclude appunto l’itinerario poetico di Faber; un percorso mai predicatorio, accademico, assertivo o dogmatico, sfolto da una «strenua assenza di enfasi»⁹, ma non per questo privo di coerenza, chiarezza, solidità, all’inizio come alla fine.

In entrambi i casi preghiere. Così il brano introduttivo del *Volume primo* e l’ultimo “pezzo” dell’ultimo album: *Preghiera di gennaio*, dedicata a Luigi Tenco.

*Lascia che sia fiorito
 Signore, il suo sentiero
 Quando a te la sua anima
 E al mondo la sua pelle*

⁷ I soliti sospetti, www.corriere.it (27 luglio 2023).

⁸ A. GIDE, *Souvenirs de Cour d’Assises*, IV ed., 1913, trad. it. di G. Vigorelli, Sellerio, Palermo, 1994, pp. 112-119.

⁹ Cfr. C.G. ROMANA, *Smisurate preghiere*, cit., p. 23.

*Dovrà riconsegnare
Quando verrà al tuo cielo
Là dove in pieno giorno
Risplendono le stelle*

*Quando attraverserà
L'ultimo vecchio ponte
Ai suicidi dirà
Baciandoli alla fronte
Venite in paradiso*

...

*Signori benpensanti
Spero non vi dispiaccia
Se in cielo, in mezzo ai Santi
Dio, fra le sue braccia
Soffocherà il singhiozzo
Di quelle labbra smorte
Che all'odio e all'ignoranza
Preferirono la morte*

*Dio di misericordia
Il tuo bel paradiso
L'hai fatto soprattutto
Per chi non ha sorriso
Per quelli che han vissuto
Con la coscienza pura*

...

*Meglio di lui nessuno
Mai ti potrà indicare
Gli errori di noi tutti
Che puoi e vuoi salvare*

*Ascolta la sua voce
Che ormai canta nel vento
Dio di misericordia
Vedrai, sarai contento*

Con *Smisurata Preghiera* si chiude l'ultimo CD, *Anime salve*. L'ispirazione, in questo caso è la figura letteraria, creata dal Poeta e Scrittore colombiano Álvaro Mutis, del pescatore, del marinaio Maqroll, un uomo che vive il privilegio e il destino della solitudine.

*Per chi viaggia in direzione ostinata e contraria
Col suo marchio speciale di speciale disperazione
E tra il vomito dei respinti muove gli ultimi passi*

*Per consegnare alla morte una goccia di splendore
Di umanità di verità*

...

*Ricorda Signore questi servi disobbedienti
Alle leggi del branco
Non dimenticare il loro volto
Che dopo tanto sbandare
È appena giusto che la fortuna li aiuti
Come una svista
Come un'anomalia
Come una distrazione
Come un dovere.*

È difficile dire chi fosse il Dio che pregava De André perché, sempre nel *Volume primo*, con la solita prosa scarna e scarnificante il poeta genovese chiarisce senza mezzi termini la sua posizione. Il brano è *Si chiamava Gesù*.

*Non intendo cantare la gloria
Né invocare la grazia e il perdono
Di chi penso non fu altri che un uomo
Come Dio passato alla storia
Ma inumano è pur sempre l'amore
Di chi rantola senza rancore
Perdonando con l'ultima voce
Chi lo uccide fra le braccia di una croce*

E mentre esalta l'amore inumano del perdono, Faber in *Spiritual* sfida: «Dio del cielo, se mi vorrai amare scendi dalle stelle e vienimi a cercare».

Nel mistero di questi "salmi" ad un essere pseudo-trascendente, non divino e non umano¹⁰ – sospeso tra la terra e il cielo, il vuoto inferno della Preghiera di gennaio e la salvezza impossibile se non come anomala, doverosa distrazione di *Smisurata Preghiera* – De André propone uno sguardo eccentrico e più ampio sulla realtà.

La cifra è la celebre frase di *Via Del Campo*: «dai diamanti non nasce nulla, dal letame nascono i fiori».

3. Comprensione.

Questo aspetto della poetica di De André esordisce con *Bocca di Rosa*.

¹⁰ Difficile sottrarsi alla suggestione della citazione di Pico della Mirandola (*Oratio de hominis dignitate*, 1496, § 22): «Nec te celestem neque terrenum, neque mortalem neque immortalem fecimus, ut tui ipsius quasi arbitrarius honorariusque plastes et fctor, in quam malueris tute formam effingas».

La canzone racconta la storia di una donna che non fa l'amore per noia, per professione. Bocca di Rosa fa l'amore per passione e seduce molti uomini di un piccolo borgo.

Le tradite – le “cornute”, recita il testo – insorgono ma senza contromisure decisive. Il consiglio giusto viene da una vecchia mai stata moglie, senza mai figli che sollecita l'intervento dell'ordine costituito. Non c'è tempo in cui la prostituzione non sia stata in qualche modo punita dal sistema penale. La repressione dei carabinieri riluttanti si declina in un provvedimento di espulsione. I militari accompagnano Bocca di rosa alla stazione dove «*c'erano tutti dal commissario al sacrestano, ... tutti con gli occhi rossi e il cappello in mano*». La notizia che la donna è stata cacciata si diffonde: alla stazione successiva una piccola folla attende la donna. La canzone si conclude con l'immagine di una processione che celebra «*l'amore sacro e l'amore profano*».

Con questi versi folgoranti De André offre una prima indicazione della sua critica alla retorica punitiva, soprattutto, quando assume le forme del lavacro esorcistico, che molti anni più tardi il Cantautore pugliese Caparezza esprimerà con una lirica abrasiva, cupa, livida: «*Non siete Stato voi maledetti forcaioli impreparati, sempre in cerca di un nemico per la lotta*».

Così, le cornute e i traditori brandiscono l'arma della pena per separare da sé stessi la colpa della concupiscenza adulterina. L'ordine costituito punisce Bocca di rosa; alla “stazione successiva”, metafora di un luogo che trascende le loro competenze e le loro divise, ad assolverla sono gli stessi uomini che danno un volto a quel sistema confusi nel *milieu* di clienti «*più numerosi di un consorzio alimentare*». Nell'esperienza comune, l'ipocrita asimmetria di questa soluzione prevale quasi sempre. Non nella poesia di Faber che svela uno scenario più complesso: il viatico dell'ordine di espulsione soddisfa le “cornute”, ripristinando la decenza di fellonie occulte, segrete, invisibili agli occhi; non appaga i “maschi” orfani della primavera fiorita sul “letame” dell'appassionato amore profano della donna. È lo stesso motivo ispiratore del *Il Testamento*, nel quale il “cliente” moribondo promette una rendita settimanale alla “puttana” e un impiego da ragioniere ai protettori.

Da che parte sta De André e, quindi, chiaro: non è per la legge a prescindere perché la legge, può essere ingiusta; Faber è per la giustizia anche quando ha le sembianze del crimine, come afferma senza sconti e possibilità di equivoci nei canoni inversi de *Il testamento di Tito*

*Il quinto dice non devi rubare
E forse io l'ho rispettato
Vuotando, in silenzio, le tasche già gonfie
Di quelli che avevan rubato*

De André non si schiera senz'altro con chi giudica contro chi è giudicato, il peccato o il peccatore; è sempre per la comprensione o – a seconda dei casi – della pietà che non ... «sia di vergogna», come si legge nella *Leggenda del re infelice*.

Senza dubbio De André era ostile, in misura irrevocabile, a quella «preoccupazione borghese di mettere ordine nel mondo della miseria»¹¹ che la narrazione dello scrittore francese esprime con tanta efficacia. A monte, però, il vero gravitone della sua poetica è il rifiuto dello sguardo “rimozionale” che promana dalla giustizia per galantuomini, di matrice liberale. Azzardando una sintesi. *In scelere ipso sceleris supplicium est*. L’uomo che delinque porta già una sua pena, che nessuno quasi mai accarezza, rifiutandolo come se fosse un totalmente altro da sé, laddove, parafrasando un tema della pastorale di Francesco, protagonista dovrebbe essere l’abbraccio¹². È un tema centrale nella perfetta simmetria de *Il pescatore*¹³. Quando si presenta il fuggitivo è un uomo che ha paura, poco tempo, ha sete, ha fame; solo dopo dichiara di essere un assassino e il vecchio, assopito all’ombra dell’ultimo sole, si desta e condivide il vino e il pane. Quando arrivano i gendarmi non chiedono di un uomo ma di un assassino e il pescatore, che ancora una volta sonnecchiava, non si sveglia e comunque non risponde.

Anche di fronte ad un delitto orrendo come la pedofilia, *Leggenda di Natale*, accarezza delicatamente la vittima e solo nel riflesso della sua innocenza recisa descrive e impugna l’orrore del finto Babbo natale che uccide i colori dell’adolescenza. E lo stesso vale per *La canzone di Marinella*, la storia di un femminicidio che De André racconta con lo stesso sguardo concentrato sulla donna. Oggi possiamo provare disagio per questo approccio, il dilagare del fenomeno sembra esigere un atteggiamento esplicito di condanna che manca nel testo, dove, ancora più che nella *Leggenda di Natale*, il delitto resta sullo sfondo della relazione dell’autore e della vittima. Certo, incombe la tentazione di giudicare – ovvero criticare – che manchi un giudizio più schietto. Una poesia, però, non è una predicazione morale o giuridica anche se in De André è quasi sempre presente e con forza la sollecitazione della “coscienza” che in questo caso sembra soprattutto puntare chi lasciò la donna «*Sola senza il ricordo di un dolore ... senza il sogno di un amore*».

4. Dalla comprensione alla compassione. L’altro mai *aliud ego*; sempre *alter ego*.

È ben diverso il registro che Faber esprime per *Miché*, morto suicida in carcere dove avrebbe dovuto scontare vent’anni di reclusione per l’omicidio del rivale in amore di Mari. Dalla comprensione dei brani precedenti si passa alla compassione. Non giustificazione, beninteso, ma compassione per il destino di un uomo travolto dagli eventi che nel delitto perde tutto: l’amore, la libertà, la possibilità di far sapere a Mari

¹¹ M. FOCALTY, *Histoire de la folie à l’âge classique suivie de mon corps, ce papier, ce feu et la Folie, l’absence d’oeuvre*, trad. it. F. Ferrucci, Milano, Rizzoli, 1976, p. 33.

¹² Cfr. M. NARO, *Protagonista è l’abbraccio. Temi teologici nel magistero di Francesco*, Marcianum Press, Venezia-Roma, 2021.

¹³ Cfr. F. GIUNTA, *Introduzione*, in *Il pescatore*, a cura di Id., Iper testi, www.discrimen.it; G. FLORA, *Della tutela dei diritti e della difesa degli ultimi* (nell’opera di Fabrizio De André), testo della relazione tenuta Parma 27 Giugno 2019 al Convegno “*Il diritto penale secondo De André*” (testo del dattiloscritto).

che aveva ucciso per lei e persino la messa funebre e la sepoltura, che avverrà in una fosse comune, perché «*d'un suicida non hanno pietà*».

È ancora lo stesso il sentimento che De André manifesta per i due protagonisti della sordida storia raccontata nel *Delitto di Paese*, traccia del settimo album *Canzoni*. La vicenda è quella di un poveraccio, senza un soldo e un mucchio di cambiali, che non può pagare una prostituta. La donna torna a casa dello sventurato accompagnata dal lenone e con sei coltellate lo uccidono. Vengono arrestati e condannati all'impiccagione quando oramai sono pentiti del gesto atroce che hanno commesso. De André immagina quindi che volino tra i beati nonostante lo scontento dei beghini di paese.

Ma il vertice della compassione per il delinquente è di sicuro negli ultimi versi della *Via della Croce*, nell'album *La buona novella*. Sono dedicati ai due ladroni della narrazione evangelica apocrifia, dalla quale il disco trae spunto, che versano riluttanti il loro sangue insieme a quello del Cristo che a loro pare sufficiente a redimere il mondo: sono ultimi così ultimi, che quasi "fantozzianamente" nell'ora dell'estremo supplizio devono scusarsi di essere lì accanto a Gesù:

*Perdonali se non ti lasciano solo,
se sanno morir sulla croce anche loro,
a piangerli sotto non han che le madri,
in fondo, son solo due ladri*

Il registro torna quello della comprensione ne *Il testamento di Tito* che – come già cennato – propone un'esegesi eccentrica – a tratti eretica – dei comandamenti, che sono la radice di alcune costanti del diritto penale ovvero di quei fatti che in ogni epoca e ogni latitudine sono puniti: il furto, l'omicidio, la falsa testimonianza (un discorso a parte è molto più complesso meriterebbero l'adulterio e i comportamenti sessuali devianti).

*Ma adesso che viene la sera ed il buio
Mi toglie il dolore dagli occhi
E scivola il sole al di là delle dune
A violentare altre notti*

*Io nel vedere quest'uomo che muore
Madre, io provo dolore
Nella pietà che non cede al rancore
Madre, ho imparato l'amore*

De André ancora una volta ribalta il paradigma "borghese". Così il delitto non è rubare; è «*delitto non rubare quando si ha fame*» (*Nella mia ora di libertà*)¹⁴. Il senso comune che resta imbrigliato nella simmetria implacabile del contrappasso per cui il giudizio può essere misericordioso verso quelli che nella loro vita avranno cercato di corrispondere alla

¹⁴ Ancora G. FLORA, *Della tutela dei diritti e della difesa degli ultimi*, cit.

misericordia, ma dev'essere "senza misericordia" e "minaccioso" per quelli che in vita sono stati essi stessi senza misericordia. Faber rifiuta l'impostazione in termini dialettici della relazione tra i due termini: o si ama o si è giusti. Piuttosto è necessaria un'integrazione. Senza l'aiuto della giustizia, infatti, l'amore rischia di trasformarsi in amoralità e immoralità; senza la correzione dell'amore, la reciprocità della giustizia tende a divenire un mero calcolo utilitaristico. In questa integrazione bilaterale le differenze fra le due logiche non sono soppresse, ma mantenute in un'unità di senso che le supera conservandole e le conserva superandole. Una sorta di amore giusto o di giustizia amorevole. Si tratta, sotto altro aspetto, come ha scritto il Teologo Urs Von Balthazar di *Sperare per tutti*¹⁵. Con la cautela che richiede una transizione così ardita dalla poesia alla filosofia, dalla teologia al diritto penale, sia o meno azzardato l'accostamento, suggestiona la corrispondenza tra questi lessici e quello che esprime la lenta, faticosa, non lineare enucleazione del "diritto alla speranza"¹⁶ dal paradigma della dignità umana e dalla radice più intima della prescrizione costituzionale della finalità rieducativa della pena.

Per inciso (ma un inciso davvero importante): De André non fu un predicatore moralista *a la* Seneca. De André cantò come visse. Basti pensare alla vicenda del sequestro che ispirò l'album *Hotel Supramonte*. Spicca tra gli altri il brano *Franziska*, che racconta la vita uncinata di uno dei rapitori e del difficile rapporto con la fidanzata esposta alle insidie delle lunghe assenze dell'uomo

*Tu bandito senza luna
 Senza stelle e senza fortuna
 Questa notte dormirai
 Col suo rosario
 Stretto intorno al tuo fucile
 ...
 Hanno detto che Franziska
 È stanca di ballare
 Con un uomo che non ride
 E non la può baciare
 ...
 Marinaio di foresta*

¹⁵ H.U. VON BALTHASAR, *Was dürfen wir hoffen?*, trad. it. M.Frattini, L.Frattini, E.Babini, Jaka Book, Milano, 1989, p. 13 «Una pena salutare discende dalla semplice misericordia» (sicuramente si allude al purgatorio). «Una punizione vendicativa (*poena vindicativa*) viene dalla pura giustizia e corrisponde rigorosamente alla colpa» (e qui si allude all'inferno). E dunque, laddove viene superato il limite della misericordia divina (che qui è evidentemente considerata come finita), non rimane altro che la "pura giustizia". Ora, poiché non è davvero ammissibile attribuire una tale finitezza alle proprietà divine, ecco sorgere la questione se si possa, come cristiani, stando sotto il giudizio, sperare per tutti gli uomini».

¹⁶ *Ex multis Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, a cura di E.Dolcini – E.Fassone – D.Galliani – P.Pinto De Albuquerque – A.Pugiotto, Giappichelli, Torino, 2019; *Il diritto alla speranza davanti alle corti. Ergastolo ostativo e articolo 41-bis*, a cura di E. Dolcini – F. Fiorentin – D. Galliani – R. Magi – A. Pugiotto, Giappichelli, Torino, 2020.

*Senza sonno e senza canzoni
Senza una conchiglia da portare
O una rete di illusioni*

...

*Hanno detto che Franziska
È stanca di posare
Per un uomo che dipinge
E non la può guardare
Filo, filo del mio cuore
Che dagli occhi porti al mare
C'è una lacrima nascosta
Che nessuno mi sa disegnare*

...

*Hanno detto che Franziska
Non riesce più a cantare
Anche l'ultima sorella
Tra un po' vedrà sposare
L'altro giorno un altro uomo
Le ha sorriso per la strada
Era certo un forestiero
Che non sapeva quel che costava*

Breve: «Tutti quanti hanno un amore sulla cattiva strada» come recita l'omonimo brano (album vol. 8), scritto insieme con De Gregori.

Ancora una volta il registro oscilla tra la comprensione e la compassione. Soprattutto De André riconosce l'umanità dei suoi rapitori. Anche alle prese con un crimine odioso di cui egli stesso è stato vittima (insieme con Dori Ghezzi), per Faber l'altro – qualunque sia il suo delitto – non diventa mai un *aliud ego*, un totalmente altro¹⁷. Anche il delinquente resta un *alter ego*, che si può, si deve riconoscere nella comune appartenenza all'umanità. Anche il "delinquente" (anche il sequestratore) non è altro rispetto a me ma, come un fratello (almeno in parte) è un altro me.

È la *Rivelazione* di Vittorio Caproni

*Mi sono risolto.
Mi sono voltato indietro.
Ho scorto
uno per uno negli occhi
i miei assassini.*

¹⁷ Cfr. in ambito penalistico, da ultimo, C. DE MAGLIE, *Il rifiuto dell'alterità: il ruolo del disgusto nelle scelte della politica criminale*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, I, *Politica criminale*, a cura di C. Piergallini – G. Mannozi – C. Sotis – C. Perini – M. Scoletta – F. Consulich, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2022, p. 45.

Hanno – tutti quanti – il mio volto

La poetica del Pescatore è chiarissima in tal senso (nella parte in cui il testo, non certo esplicito, esprime più agevolmente un significato evidente).

*Venne alla spiaggia un assassino
 Due occhi grandi da bambino
 Due occhi enormi di paura
 Eran gli specchi di un'avventura
 E chiese al vecchio dammi il pane
 Ho poco tempo e troppa fame
 E chiese al vecchio dammi il vino
 Ho sete e sono un assassino
 Gli occhi dischiuse il vecchio al giorno
 Non si guardò neppure intorno
 Ma versò il vino e spezzò il pane
 Per chi diceva ho sete e ho fame*

Se il potere costituito nega che l'uomo trascende sempre il delinquente, se l'ordine costituito riduce, avvilisce l'uomo al delinquente, con la pena di morte o una pena sproporzionata, è allora che De André cambia il registro dalla comprensione in compassione.

Il "manifesto" di questo sentimento è nei versi de *La città vecchia*

*Se ti inoltrerai lungo le calate
 Dei vecchi moli
 In quell'aria spessa carica di sale
 Gonfia di odori
 Lì ci troverai i ladri gli assassini
 E il tipo strano
 Quello che ha venduto per tremila lire
 Sua madre a un nano
 Se tu penserai e giudicherai
 Da buon borghese
 Li condannerai a cinquemila anni
 Più le spese
 Ma se capirai se li cercherai
 Fino in fondo
 Se non sono gigli son pur sempre figli
 Vittime di questo mondo*

5. Il cattivo giudice, il giudice cattivo, la cattiveria dei giudizi nell'era de *La domenica delle salme*.

Nel contesto di questo sentire De André dedica un'attenzione particolare, spesso sferzante, alla figura del giudice, di chi giudica, degli uomini di legge.

I primi versi in ordine di tempo sono ancora una volta della *Leggenda del re infelice* tratto dal secondo album *Tutti morimmo a stento* del 1968

*Giudici eletti, uomini di legge
noi che danziam nei vostri sogni ancora
siamo l'umano desolato gregge
di chi morì con il nodo alla gola.*

*Quanti innocenti all'orrenda agonia
votaste decidendone la sorte
e quanto giusta pensate che sia
una sentenza che decreta morte?*

È una diffidenza che si manifesta in forme grottesche nella caustica canzone il *Gorilla*. La scimmia viene esibita nella piazza del paese suscitando l'ammirazione delle comari che contemplano l'animale «non dico come non dico dove». La gabbia si apre di schianto e la bestia semina il panico tra i presenti. Alla frenesia concorre il padrone urlando «il mio gorilla, fate attenzione, non ha veduto mai una scimmia, potrebbe fare confusione». Alla fuga si sottraggono una vecchia e un giudice. La prima, sospira a sé stessa, che sarebbe cosa ben strana e più che altro non sperata se fosse ancora desiderata; il giudice, invece, è certo che il gorilla non farà confusione e lo risparmierà.

Ma gli eventi prenderanno ben altra piega.

*si dà il caso che il gorilla
considerato un grandioso fusto
... non brilla né per lo spirito né per il gusto
...
sdegnata la vecchia
Si dirige sul magistrato
Lo acchiappa forte per un'orecchia
E lo trascina in mezzo ad un prato
Quello che avvenne fra l'erba alta
Non posso dirlo per intero
Ma lo spettacolo fu avvincente
E la "suspence" ci fu davvero
...
Piangeva il giudice come un vitello
Negli intervalli gridava mamma*

*Gridava mamma come quel tale
Cui il giorno prima come ad un pollo
Con una sentenza un po' originale
Aveva fatto tagliare il collo*

Lo scriteriato ardore sessuale dello scimmione è il contrappasso dell'incapacità del giudice di giudicare, della fiducia malriposta in una valutazione superficiale e tracotante; la *hybris* per l'albagia della sentenza pronunciata il "giorno prima" – nel duplice sottinteso dell'accostamento tra l'originalità della decisione e il pennuto – evocazione di un potere debordante che esercita gli sconfinamenti nei confronti dei disgraziati perennemente in condizioni di minorata difesa.

Il vertice della poetica di De André sulla giustizia e sul giudice è senz'altro l'omonimo e breve componimento del quinto Album, *Non al denaro non all'amore, né al cielo* che trae liberamente ispirazione da nove racconti di *Spoon River* di Edgar Lee Masters.

La canzone racconta di un uomo di statura molto bassa che per questo limite viene schernito dalla gente e dalla ragazza irriverente che si avvicina solo per scoprire se è vero che i nani siano i più forniti della virtù meno apparente di tutte la più indecente. Il tempo passa, ma l'uomo non cresce: si trova adulto senza essere divenuto più alto. La maldicenza insiste, batte la lingua a tamburo

*Fino a dire che un nano
È una carogna di sicuro
Perché ha il cuore troppo
Troppo vicino al buco del culo*

L'uomo allora riversa la sua frustrazione nello studio e nell'ambizione. Notti insonni. Diventa procuratore. Quindi assurge alla cattedra di un tribunale.

*Giudice finalmente
Arbitro in terra del bene e del male
E allora la mia statura
Non dispensò più buonumore
A chi alla sbarra in piedi
Mi diceva "Vostro Onore"
E di affidarli al boia
Fu un piacere del tutto mio*

Al cattivo giudice del *Gorilla*, il *Giudice* contrappone la figura terrificante di un giudice cattivo; un giudice che giudica nella livida luce del rancore, dando sfogo ad un primordiale – normale nella versione di *Spoon River* – istinto di vendetta che presenta evidenti analogie (postume) con le manifestazioni, più o meno social, di quella triste passione punitiva che pervade – niente di nuovo sotto il sole? – le società occidentali. *Well, don't you think it was natural That I made it hard for them?* È questa la domanda

inquietante che Selah Lively¹⁸ scaglia ai proseliti de *La Domenica delle Salme* “chiamando in correità” tutti coloro che partecipando alla banalità del male nutrono la «scimmia del Quarto Reich»¹⁹. Più di Hod Putt²⁰, la società «dell'intolleranza selettiva» e la politica del populismo penale²¹ sono colpevoli quanto *Il giudice distrettuale*, tratteggiato da Edgar Lee Masters, che manda alla forca il ladro e assassino con il quale inizia l'antologia di *Spoon River*, perché decideva non secondo la giustizia del fatto («*Not on the right of the matter*») ma in base ai punti che assegnava agli avvocati.

¹⁸ H. ARENDT, *Eichmann in Jerusalem*, trad.it P. Bernardini, Feltrinelli, Milano, 2017.

¹⁹ Così il titolo della poesia dell'Antologia alla quale si è chiaramente ispirato De André:

*Immaginate di esser alto cinque piedi e due pollici
e di aver cominciato come garzone droghiere
finché, studiando legge di notte,
siete riuscito a diventar procuratore.
E immaginate che, a forza di zelo
e di frequenza in chiesa,
siate diventato l'uomo di Thomas Rhodes,
quello che raccoglieva obbligazioni e ipoteche
e rappresentava le vedove
davanti alla Corte. E che nessuno smettesse
di burlarsi della vostra statura, e deridervi per gli abiti
e gli stivali lucidi. Infine
voi diventate il Giudice.
Ora Jefferson Howard e Kinsey Keene
e Harmon Whitney e tutti i pezzi grossi
che vi avevano schernito, sono costretti a stare in piedi
davanti alla sbarra e pronunciare "Vostro Onore"
Be' non vi par naturale
che gliel'abbia fatta pagare?*

E.L. MASTERS, *Spoon River Anthology*, a cura di F. Pivaino, Einaudi, Torino, 1993, p. 191.

²⁰ *Io giaccio qui accanto alla tomba
del vecchio Bill Piersol,
che si arricchì trafficando con gli Indiani, e che in seguito
profittò della legge sui fallimenti
e ne uscì più ricco di prima.
Io mi stancai del lavoro e della miseria
e vedendo come il vecchio Bill e gli altri si arricchissero,
derubai un viaggiatore, una notte, al boschetto di Proctor,
e senza volere lo uccisi nell'atto.
Per questo fui processato e impiccato.
Fu il mio modo di far fallimento.
Adesso noi che ciascuno a suo modo profittammo di quella legge
dormiamo in pace a fianco a fianco.*

E.L. MASTERS, *Spoon River Anthology*, cit., p. 3

²¹ D. FASSIN, *Punir. Une passion contemporaine*, trad. it. a cura di L. Alunni, Feltrinelli, Milano, 2018, p. 15.

**MUTUA AMMISSIBILITÀ DELLA PROVA TRA GLI STATI MEMBRI
DELL'UNIONE EUROPEA ED E-EVIDENCE:
RIFLESSIONI A MARGINE DELLA PROPOSTA DI DIRETTIVA DELLO
EUROPEAN LAW INSTITUTE**

di Claudio Orlando

Il contributo mira ad analizzare le principali caratteristiche della Proposta di Direttiva elaborata in data 5 maggio 2023 dallo European Law Institute. La Proposta rappresenta il frutto di un intenso lavoro portato avanti dal 2020 al 2023 dall'Istituto e delinea la strada da percorrere per una futura iniziativa legislativa dell'Unione Europea nel quadro degli obiettivi fissati dall'art. 82 TFUE, individuando delle norme comuni che agevolino la mutua ammissibilità delle prove tra gli Stati membri e valorizzando a un tempo la necessità di riconoscere un'adeguata tutela dei diritti fondamentali delle persone coinvolte nei procedimenti penali transnazionali.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il contesto giuridico di riferimento della Proposta di Direttiva dello *European Law Institute*. – 3. Il contenuto della Proposta. – 3.1. Principi generali di ammissibilità della prova nei procedimenti penali transnazionali. – 3.2. Norme specifiche in materia di *e-evidence* e rimedi legali effettivi. – 4. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione.

Nello scenario giuridico europeo ormai da decenni si dibatte sulla necessità di rafforzare la cooperazione giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione, consolidando il canone del mutuo riconoscimento delle sentenze e delle decisioni giudiziarie nel quadro degli obiettivi fissati dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea. L'articolo 82 del TFUE, infatti, ai paragrafi 1(a) e 2(a) sancisce la competenza dell'Unione a stabilire norme e procedure per rendere effettiva l'applicazione di tale principio e, laddove sia necessario per facilitare la cooperazione in materie penali aventi carattere transnazionale, ad adottare direttive che stabiliscano norme minime per l'ammissibilità reciproca delle prove in procedimenti che vedano il coinvolgimento di autorità giudiziarie di Paesi differenti.

In questo contesto assume rilevanza centrale la recentissima Proposta di Direttiva adottata in data 5 maggio 2023 dallo *European Law Institute*¹, la quale si prefigge lo scopo di predisporre delle norme comuni intese ad agevolare la mutua ammissibilità della prova tra gli Stati membri dell'Unione e di identificare delle regole specifiche in materia di *electronic evidence* che contribuiscano allo sviluppo di modelli giuridici nazionali ispirati ad una maggiore armonizzazione legislativa nell'area UE². La Proposta rappresenta il frutto di un intenso lavoro portato avanti dal 2020 al 2023 dall'Istituto e delinea la strada da percorrere per una futura iniziativa legislativa dell'Unione volta a definire degli *standard* condivisi che consentano di affrontare talune tra le delicatissime problematiche che si stagliano nell'ambito della giustizia penale transnazionale.

In questa prospettiva il presente contributo, una volta inquadrato il contesto giuridico di riferimento al quale il documento si ascrive, mira ad analizzare le principali caratteristiche della Proposta di Direttiva, valorizzandone la portata innovativa per un corretto sviluppo di un comune spazio di libertà, sicurezza e giustizia nell'area UE.

2. Il contesto giuridico di riferimento della Proposta di Direttiva dello *European Law Institute*.

La previsione di *standard* comuni che definiscano se e in che modo le prove possano essere acquisite in uno Stato membro e successivamente trasferite e ammesse in un altro costituisce, come è noto, un'operazione decisamente complessa data la diversità che caratterizza la tradizione dei sistemi giuridici dei vari Paesi UE. Eppure, si tratta di una sfida ineludibile e che richiede nell'attuale contesto storico il massimo sforzo da parte del legislatore dell'Unione, specie in considerazione del fatto che le nuove tipologie di prove destinate a fare ingresso sempre più spesso nei procedimenti penali – prime fra tutte le prove elettroniche – assumono nella stragrande maggioranza dei casi una connotazione *cross-border*, essendo i relativi dati e informazioni sovente acquisiti, processati o conservati al di fuori del Paese nel quale devono essere utilizzati³. D'altronde, anche a fronte del carattere transnazionale, se non addirittura a-frontaliero, assunto dalle nuove forme di criminalità, le strategie e gli strumenti di contrasto non

¹ Lo *European Law Institute* è un'organizzazione indipendente senza scopo di lucro con sede a Vienna, il cui obiettivo è contribuire allo sviluppo del diritto europeo. Basandosi sulla ricchezza delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri dell'Unione, la sua missione è la ricerca di una maggiore uniformità e integrazione giuridica a livello europeo. Per maggiori informazioni sulle attività dell'Istituto v. <https://www.europeanlawinstitute.eu>.

² La Proposta di Direttiva dello *European Law Institute* del 5 maggio 2023 su "*Mutual Admissibility of Evidence and Electronic Evidence in Criminal Proceedings*" è accessibile al seguente link: https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Proposal_for_a_Directive_on_Mutual_Admissibility_of_Evidence_and_Electronic_Evidence_in_Criminal_Proceedings_in_the_EU.pdf.

³ Cfr. L. BACHMAIER WINTER, *Criminal Investigation, Technological Development, and Digital Tools: Where Are We Heading?*, in L. BACHMAIER WINTER, S. RUGGERI (a cura di), *Investigating and Preventing Crime in the Digital Era. New Safeguards, New Rights*, Cham, 2022, p. 3 ss.

possono essere più pensati seguendo una prospettiva esclusivamente nazionale, bensì secondo un'impostazione di respiro più ampio che consenta ai soggetti coinvolti di lavorare in stretta sinergia⁴.

Si tratta di una sfida che è resa ancora più ardua dal fatto che l'esigenza di facilitare la cooperazione giudiziaria nell'area UE non deve comunque alterare gli equilibri faticosamente raggiunti per garantire un adeguato livello di tutela alle persone a vario titolo coinvolte nelle procedure di cooperazione investigativo-istruttorie, le cui istanze di protezione certamente aumentano in procedimenti aventi dimensione transnazionale, nell'ambito dei quali la prova di regola viene ottenuta all'estero al di fuori di un contesto che potremmo definire propriamente dialettico⁵. Occorre tenere sempre a mente, infatti, che la creazione e lo sviluppo di un comune spazio di libertà, sicurezza e giustizia dovrebbe fondarsi su un corretto bilanciamento tra il bisogno di salvaguardare i diritti della difesa e la necessità di garantire ai cittadini dell'Unione un elevato livello di protezione attraverso l'adozione di un impegno congiunto nella prevenzione e nel contrasto al crimine.

Eppure, ad oggi, a livello UE non è stata ancora adottata alcuna proposta legislativa che preveda criteri generali di ammissibilità della c.d. *cross-border evidence*. Questo però non significa che non sia stato fatto alcuno sforzo per progredire in questo specifico ambito. Come è noto, il Consiglio Europeo di Tampere del 1999, nell'affrontare le problematiche relative alla "libera circolazione delle prove" nel territorio dell'Unione, ha specificato che per rendere effettivo il principio del mutuo riconoscimento «le prove legalmente raccolte dalle autorità di uno Stato membro dovrebbero essere ammissibili dinanzi ai tribunali degli altri Stati membri, tenuto conto delle norme ivi applicabili»⁶. Ciononostante, pur essendo la questione stata oggetto di discussione anche in occasione della pubblicazione da parte della Commissione del Libro Verde del 2009 – nel quale si ribadì la necessità di predisporre delle regole comuni dirette ad assicurare l'ammissibilità delle prove acquisite in un altro Stato membro⁷ –, le istituzioni europee

⁴ Sul punto v. ampiamente S. RUGGERI, *Conflitti transnazionali di giurisdizione e garanzie della persona*, in A. MANGIARACINA (a cura di), *Il ne bis in idem*, Torino, 2021, p. 281.

⁵ Cfr. L. BACHMAIER WINTER, *Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR's Case-Law*, in *Utrecht Law Review*, vol. 9, n. 4, 2013, p. 128; A. VAN HOEK, M. LUCHTMAN, *Transnational cooperation in criminal matters and the safeguarding of human rights*, in *Utrecht Law Review*, vol. 1, n. 2, 2005, p. 19; M. BÖSE, M. BRÖCKER, A. SCHNEIDER, *Judicial Protection in Transnational Criminal Proceedings*, Cham, 2020; R. VOGLER, *Transnational Inquiries and the Protection of Human Rights in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Heidelberg, 2013, p. 28 ss.

⁶ Consiglio Europeo di Tampere, 15 e 16 ottobre 1999, Conclusioni della Presidenza, in https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_it.htm, par. 36. Sul tema v. J. VERVAELE, *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice*, Trento, 2014, pp. 139-166.

⁷ Commissione delle Comunità Europee, 11 novembre 2009, Bruxelles, *Green Paper on obtaining evidence in criminal matters from one Member State to another and securing its admissibility*, COM (2009) 624. Sul punto v. anche Commissione delle Comunità Europee, *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – An area of freedom, security and justice serving the citizens*, COM (2009) 262. In dottrina v. S. ALLEGREZZA, *Critical remarks on the Green Paper on obtaining evidence from one Member State to another and*

hanno seguito un percorso diverso. Nel 2014 è stata introdotta la Direttiva sull'Ordine Europeo di Indagine che, sebbene contenga delle norme volte a facilitare la cooperazione giudiziaria in materia penale rendendo più agevole il processo di raccolta transfrontaliera delle prove, non stabilisce alcuno *standard* comune quanto alla mutua ammissibilità delle stesse ovvero delle regole di esclusione probatoria⁸. Peraltro, la Direttiva fa salvo il rispetto delle norme nazionali che regolano l'ammissibilità delle prove, ma allo stesso tempo non esige che il diritto interno in materia di raccolta delle stesse sia rigorosamente osservato, prevedendo così a seconda dei casi un flessibile meccanismo di combinazione tra la *lex fori* e la *lex loci*⁹. Questo approccio si rivela problematico se si considera la logica sottesa alle regole di esclusione, le quali mirano a bilanciare l'esigenza di accertamento processuale con la protezione dei diritti fondamentali della persona accusata, soprattutto alla luce del fatto che i poteri della difesa vengono decisamente trascurati dalla Direttiva¹⁰. Nemmeno il Regolamento

securing its admissibility, in *Zeitschrift für die international Strafrechtsdogmatik*, 2010, p. 569 ss.; J.R. SPENCER, *The Green Paper on obtaining evidence from one Member State to another and securing its admissibility: the reaction of one British Lawyer*, in *Zeitschrift für die international Strafrechtsdogmatik*, 2010, p. 602 ss.

⁸ Cfr. Direttiva 2014/41/UE del 3 aprile 2014 relativa all'ordine europeo di indagine penale. Per un'analisi critica della proposta di Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale v. S. RUGGERI, *Horizontal cooperation, obtaining evidence overseas and the respect for fundamental rights in the EU. From the European Commission's proposal to the proposal for a directive on a European Investigation Order: Towards a single tool of evidence gathering in the EU?*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Heidelberg, 2013, p. 279 ss.; L. BACHMAIER WINTER, *European investigation order for obtaining evidence in the criminal proceedings. Study of the proposal of a European directive*, in *Zeitschrift für die international Strafrechtsdogmatik*, 2010, p. 580 ss. Sul d. lgs. del 21 giugno 2017 n. 108 che ha recepito in Italia la Direttiva in questione si veda M. DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d. lgs. n. 108 del 2017*, in *Dir. pen. cont.*, n. 7-8, 2017, p. 208 ss.; R. BELFIORE, *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, n. 1, 2018, p. 400 ss.; M. CAIANIELLO, *L'attuazione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale e le sue ricadute nel campo del diritto probatorio*, in *Cass. pen.*, n. 6, 2018, p. 2197 ss.; A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto: l'Italia attua la Direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. proc.*, n. 2, 2017, p. 158 ss.

⁹ L'articolo 9, paragrafo 2, della Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale, infatti, stabilisce espressamente che «l'autorità di esecuzione si attiene alle formalità e alle procedure espressamente indicate dall'autorità di emissione, salvo qualora la presente Direttiva disponga altrimenti, sempre che tali formalità e procedure non siano in conflitto con i principi fondamentali del diritto dello Stato di esecuzione». In dottrina v. L. MARAFIOTI, *Orizzonti investigativi europei, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento*, in T. BENE, L. LUPARIA, L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Torino 2016, p. 22 ss.; T. RAFARACI, *General considerations on the European Investigation Order*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe. Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights-Oriented Criminal Investigations in Cross-border Cases*, Heidelberg, 2014, p. 42 ss.; M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *Proc. pen. giust.*, n. 3, 2015, p. 3 ss. M. KUSAK, *Mutual admissibility of evidence and the European investigation order: aspirations lost in reality*, in *ERA Forum*, 2019, p. 398 ss.; K. KARSAI, *Locus/Forum Regit Actum – A Dual Principle in Transnational Criminal Matters*, in *Hungarian Journal of Legal Studies*, vol. 60, n. 2, 2019, p. 161.

¹⁰ Sul punto M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, n. 3, 2016, p. 64; S. RUGGERI, *Procedimento penale, diritto di difesa e garanzie partecipative nel diritto dell'Unione Europea*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, n. 4, 2015, p. 130 ss.; F. SIRACUSANO, *The European Investigation Order for Evidence Gathering Abroad*, in R. BELFIORE, T. RAFARACI (a cura di), *EU Criminal Justice*.

istitutivo della Procura Europea del 2017, pur introducendo delle norme volte a favorire la circolazione di prove raccolte all'estero¹¹, prevede alcuno strumento che regoli l'ammissibilità reciproca della *cross-border evidence* né stabilisce specifiche *exclusionary rules* in materia.

Nell'attuale quadro normativo, pertanto, la decisione finale in ordine all'ammissibilità o meno della prova resta appannaggio dell'autorità giudiziaria di ciascuno Stato membro nel quale la prova dovrà essere utilizzata. E si tratta di un quadro certamente non idilliaco dato che la maggior parte dei sistemi giuridici dei Paesi UE non prevede a livello interno una coerente ed esaustiva regolamentazione delle dinamiche relative ai procedimenti penali che presentano elementi di transnazionalità. La diversità di regole, principi e prassi esistenti accresce, infatti, la complessità della materia ed è foriera di situazioni di incertezza che incidono negativamente non solo sulla tutela dei diritti fondamentali delle persone a vario titolo coinvolte in siffatti procedimenti ma anche sull'efficienza del sistema di cooperazione giudiziaria delineato nell'area UE¹².

Da questa breve panoramica si evince che il problema di rendere effettivo il principio del mutuo riconoscimento rimane al momento irrisolto. E ciò è dovuto essenzialmente alla mancanza di modelli giuridici in grado di garantire la reciproca ammissibilità delle prove e, soprattutto, di un sistema unitario e condiviso di valori in grado di fornire alle garanzie partecipative della persona accusata un'adeguata protezione. Vi è dunque la necessità di stabilire delle linee guida più chiare.

3. Il contenuto della Proposta.

In questa prospettiva, è decisamente da valorizzare il prezioso contributo offerto dallo *European Law Institute* che ha sviluppato una Proposta di Direttiva volta ad identificare, nel quadro delle future iniziative legislative dell'Unione sulla base dell'art. 82 par. 2(a) TFUE, dei principi comuni sulla mutua ammissibilità della *cross-border evidence* tra gli Stati membri dell'Unione Europea. Il documento, preso atto dei numerosi

Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office, Cham, 2019, p. 101; T. BENE, *L'ordine europeo di indagine: criticità e prospettive*, in T. BENE, L. LUPARIA, L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Torino 2016, p. 1 ss.

¹¹ Cfr. Regolamento (UE) 2017/1939 del 12 ottobre 2017 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea (EPPO). L'articolo 37, paragrafo 1, in particolare, evidenzia che «le prove presentate a un organo giurisdizionale dai procuratori dell'EPPO o dall'imputato non sono escluse per il solo motivo che sono state raccolte in un altro Stato membro o conformemente al diritto di un altro Stato membro». In dottrina v. L. BACHMAIER WINTER (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office. The Challenges Ahead*, Cham, 2018; S. RUGGERI, *Indagini e azione penale nei procedimenti di competenza della nuova Procura Europea*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, p. 603 ss.; L. SALAZAR, [L'adeguamento interno da parte italiana al Regolamento EPPO alla vigilia dell'avvio delle prime indagini](#), in questa Rivista., n. 4, 2021, p. 53 ss.; R. BELFIORE, [L'adeguamento della normativa nazionale al Regolamento sulla Procura Europea: il punto della situazione](#), in questa Rivista, n. 7, 2020, p. 165 ss.

¹² Sul punto v. Proposta di Direttiva dello *European Law Institute* su "*Mutual Admissibility of Evidence and Electronic Evidence in Criminal Proceedings*", cit., p. 14.

studi che sono stati condotti nel corso degli anni sulla tematica in oggetto¹³, si propone l'obiettivo di garantire che uno spazio comune di giustizia rispetti pienamente le garanzie procedurali dell'accusato e l'esigenza di fornire una protezione efficace contro il crimine, assicurando che le prove raccolte in un altro Stato membro non vengano respinte semplicemente perché non conformi alle regole applicabili nello Stato emittente¹⁴. Per raggiungere tale scopo, la Proposta si muove su tre linee direttrici:

a) la prima parte del documento (capitolo 2) mira a chiarire quali regole debbano essere rispettate a livello nazionale ai fini dell'ammissibilità della prova nelle ipotesi in cui la *cross-border evidence* sia stata acquisita in forza di norme differenti rispetto a quelle applicabili nel *forum State*;

b) la seconda parte della Proposta (capitolo 3), invece, è interamente dedicata alla *electronic evidence* e mette in luce la necessità di stabilire a livello europeo delle norme precise che ne regolino la raccolta e la trasmissione per assicurarne l'integrità e l'autenticità ed agevolarne a un tempo la mutua ammissibilità tra gli Stati membri¹⁵;

c) l'ultima parte (capitolo 4), infine, ha ad oggetto la predisposizione di rimedi legali effettivi che consentano alla difesa di contestare i provvedimenti e le sentenze emesse sulla base di prove ammesse in violazione delle disposizioni previste dalla Proposta Direttiva.

La Proposta, dunque, ha il pregio di ricercare delle soluzioni che perseguano il raggiungimento di un delicato equilibrio tra gli interessi in gioco, evitando che la transnazionalità del procedimento penale implichi un affievolimento dei diritti della difesa¹⁶.

¹³ Cfr. G. VERMEULEN, W. DE BONDT, Y. VAN DAMME, *Eu cross- border gathering and use of evidence in criminal matters. Towards mutual recognition of investigative measures and free movement of evidence?*, Antwerpen, Apeldoorn, Portland, 2010; L. BACHMAIER WINTER, *Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR's Case-Law*, cit., p. 128 ss.; K. KARSAL, *Locus/Forum Regit Actum – A Dual Principle in Transnational Criminal Matters*, cit., p. 155 ss.; A. VAN HOEK, M. LUCHTMAN, *Transnational cooperation in criminal matters and the safeguarding of human rights*, cit., p. 1 ss.; S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, cit.

¹⁴ Proposta di Direttiva dello *European Law Institute* su "*Mutual Admissibility of Evidence and Electronic Evidence in Criminal Proceedings*", cit., p. 8.

¹⁵ È importante sottolineare che la Proposta di Direttiva si è astenuta dall'adottare norme sulla raccolta delle prove, tranne nel caso delle prove elettroniche. Le ragioni di tale scelta sono evidenziate nelle motivazioni sottese alla Proposta e sono essenzialmente due: (1) le norme sulla raccolta delle prove elettroniche nei procedimenti penali sono ancora ad uno stato incipiente; (2) tali norme non sono sempre sufficientemente sviluppate nei quadri giuridici nazionali. Cfr. Proposta di Direttiva dello *European Law Institute* su "*Mutual Admissibility of Evidence and Electronic Evidence in Criminal Proceedings*", cit., p. 17.

¹⁶ Sul punto v. le riflessioni di A. MARTÍNEZ SANTOS, *Admisibilidad mutua de prueba penal transfronteriza en la Unión Europea: la propuesta de Directiva del European Law Institute*, in *Revista General de Derecho Procesal*, n. 61, 2023, p. 6.

3.1. Principi generali di ammissibilità della prova nei procedimenti penali transnazionali.

Al fine di facilitare la cooperazione giudiziaria in materia penale sulla base del principio del mutuo riconoscimento, il capitolo 2 della Proposta stabilisce delle regole generali che gli Stati membri sono chiamati a rispettare nelle ipotesi in cui la prova venga acquisita in uno Stato diverso da quello nel quale dovrà poi essere utilizzata. In particolare, per agevolare l'ammissibilità della prova in ipotesi siffatte il documento sancisce il principio del *locus regit actum*, ai sensi del quale si richiede che le prove acquisite legalmente secondo le norme dello Stato di esecuzione (*lex loci*) possano essere ammesse e utilizzate nei procedimenti penali dello Stato del foro, così da garantire che la diversità dei sistemi giuridici di riferimento non rappresenti uno scoglio insormontabile alla mutua ammissibilità della *cross-border evidence*.

Un approccio di tal tipo presenta degli innegabili vantaggi dal punto di vista della cooperazione giudiziaria. Si pensi all'ipotesi in cui si debbano acquisire nell'ambito di un ordine europeo di indagine penale informazioni contenute in banche dati della polizia o delle autorità giudiziarie cui l'autorità di esecuzione può accedere secondo la *lex loci*¹⁷: la circostanza che tali informazioni siano direttamente accessibili dalle autorità dello Stato di esecuzione ma non da quelle dello Stato richiedente non dovrebbe determinare l'inammissibilità della prova nel *forum State* in ragione della diversa configurazione a livello normativo dei poteri di accesso tra gli Stati membri dell'Unione¹⁸.

Ciò, tuttavia, non deve indurre nell'erronea convinzione di ritenere che lo *European Law Institute* abbia accolto il c.d. *principle of non-inquiry* che, non richiedendo un controllo di legalità sul processo di acquisizione della prova all'estero, si risolve nell'ammissibilità automatica della stessa nel *forum State*¹⁹. L'articolo 4, paragrafo 1, della Proposta, infatti, fa salva l'eventualità che la prova sia stata acquisita in violazione dei "principi costituzionali fondamentali" dello Stato nel quale dovrà essere ammessa. Peraltro, il medesimo articolo al paragrafo 2 stabilisce espressamente che, nei casi in cui la prova sia stata raccolta non rispettando le norme previste dalla *lex loci*, la stessa non

¹⁷ Cfr. Articolo 10, paragrafo 2(b), della Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale.

¹⁸ Proposta di Direttiva dello *European Law Institute* su "*Mutual Admissibility of Evidence and Electronic Evidence in Criminal Proceedings*", cit., p. 19.

¹⁹ Sul tema v. L. BACHMAIER WINTER, *Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR's Case-Law*, cit., pp. 139-140; A. VAN HOEK, M. LUCHTMAN, *Transnational cooperation in criminal matters and the safeguarding of human rights*, cit., p. 3 ss.; S. RUGGERI, *Introduction to the Proposal of a European Investigation Order: Due Process Concerns and Open Issues*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe. Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights-Oriented Criminal Investigations in Cross-border Cases*, Cham, 2014, p. 15; S. RUGGERI, *O contributo do direito internacional de direitos humanos à definição das garantias do devido processo em matéria de justiça penal transnacional. Uma comparação entre as jurisprudências do Tribunal europeu de direitos do homem e da Corte interamericana de direitos humanos*, in M.M.G. VALENTE, A. WUNDERLICH (a cura di), *Direito e Liberdade. Estudos em homenagem ao professor doutor Nereu José Giacomolli*, Almedina, 2021, p. 803 ss.; J.T. PARRY, *International extradition, the rule of non-inquiry, and the problem of sovereignty*, in *Boston University Law Review*, vol. 90, 2010, p. 1973 ss.

potrà essere trasferita in un altro Stato membro.²⁰ L'obiettivo della Proposta, pertanto, è certamente quello di rafforzare e rendere effettivo il principio del mutuo riconoscimento nel territorio dell'Unione, ma solo qualora la *cross-border evidence* sia stata acquisita in conformità alle regole previste dalla *lex loci* e non contrasti con i principi cardine che delineano l'assetto costituzionale dello Stato del foro.

Rispetto a questi specifici profili, è poi interessante notare che la Proposta ha inteso delineare un quadro coerente che disciplini anche i complessi rapporti intercorrenti tra i procedimenti penali e i procedimenti di natura amministrativa che presentino elementi di transnazionalità. In questa prospettiva, le regole anzidette si estendono inoltre ai casi in cui la prova sia stata acquisita nell'ambito di questi ultimi. Agli Stati membri, perciò, non dovrebbe essere consentito rifiutare l'ammissibilità di una prova ottenuta all'estero in un procedimento amministrativo nazionale o tramite indagini amministrative svolte dallo *European Anti-Fraud Office* (c.d. OLAF) semplicemente perché non in linea rispetto alle norme di legge dello Stato richiedente. Si tratta di un approccio certamente virtuoso specie se si considerano le peculiarità dell'attività di contrasto ai reati di carattere finanziario, le quali, come sottolineato da attenta dottrina, richiedono nell'attuale contesto storico forme di "cooperazione diagonale" tra le autorità dei Paesi coinvolti e gli organismi dell'Unione, dato che una determinata condotta può facilmente integrare sia una fattispecie incriminatrice che un illecito amministrativo rispetto al quale ha giurisdizione un organo diverso rispetto all'autorità giudiziaria²¹. La natura dell'indagine o del procedimento, insomma, non dovrebbe inficiare la libera circolazione delle prove tra gli Stati membri, a patto che ai diritti e alle garanzie della persona accusata sia riconosciuta un'adeguata protezione.

In quest'ottica il documento ha giustamente valorizzato una corretta applicazione del principio di proporzionalità²². L'articolo 4, paragrafo 5, infatti, specifica che gli Stati membri devono garantire che l'uso delle prove sia generalmente consentito solo se e nella misura in cui l'incidenza sulla sfera dei diritti fondamentali della persona interessata sia legittima e proporzionata. In questo contesto si deve tenere conto, in

²⁰ Questa regola ammette un'eccezione nell'ipotesi in cui lo Stato nel quale la prova deve essere utilizzata preveda delle idonee garanzie volte ad assicurare l'equità complessiva del procedimento e delle regole meno restrittive rispetto a quelle dello Stato nel quale la prova viene acquisita. Cfr. Proposta di Direttiva dello *European Law Institute* su "*Mutual Admissibility of Evidence and Electronic Evidence in Criminal Proceedings*", cit., p. 19.

²¹ Sul punto v. ampiamente M. CAIANIELLO, *Conclusive remarks. Antifraud investigations and respect for fundamental rights faced with the challenge of e-evidence and digital devices*, in M. CAIANIELLO, A. CAMON (a cura di), *Digital forensic evidence. Towards common European standards in antifraud administrative and criminal investigations*, Milano, 2021, p. 239 ss.; S. TESORIERO, *La cooperazione transnazionale nelle indagini in materia di frodi IVA e doganali: strumenti tradizionali e nuove opportunità*, in M. CAIANIELLO, A. DI PIETRO (a cura di), *Indagini penali e amministrative in materia di frodi IVA e doganali. L'impatto dell'European Investigation Order sulla cooperazione transnazionale*, Bari, 2016, p. 44 ss.

²² Sul punto v. E. BILLIS, N. KNUST, J.P. RUI (a cura di), *Proportionality in Crime Control and Criminal Justice*, Oxford, 2021; M. TORRE, *Indagini informatiche e principio di proporzionalità*, in *Proc. pen. giust.*, n. 6, 2019, p. 1433 ss.; M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 3-4, 2014, p. 143 ss.; C.E. GATTO, *Il principio di proporzionalità nell'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. cont.*, n. 2, 2019, p. 69 ss.

prima battuta, della gravità del reato oggetto di accertamento. È opportuno osservare che tale parametro viene, di regola, valutato prendendo in considerazione le cornici edittali previste a livello nazionale per ciascuna fattispecie incriminatrice, e non di rado accade che a fronte della medesima configurazione del tipo penale corrisponda una risposta sanzionatoria differente in base al diverso disvalore del fatto percepito a livello interno da ciascun Stato membro. Pertanto, per verificare la proporzionalità della misura investigativa da adottare, la Proposta sottolinea che vi sono altri elementi da tenere in considerazione, quali le specifiche esigenze investigative dettate dalla peculiare natura del reato in questione (es. crimini informatici) e la disponibilità di strumenti d'indagine dal carattere meno invasivo²³. Un aspetto, questo, essenziale se si considera che, alla luce dall'ormai inesorabile processo di digitalizzazione in atto, la prova viene sempre più spesso ricercata mediante attività investigative atipiche²⁴ e perfino acquisita *inaudita altera parte* al di fuori del procedimento penale.

Una volta inquadrati i principi generali che tendono ad agevolare la mutua ammissibilità tra gli Stati membri delle prove raccolte all'estero, la Proposta di Direttiva si sofferma sulla delicatissima problematica concernente la predisposizione di comuni regole di esclusione probatoria²⁵. È d'obbligo evidenziare che, rispetto a questo specifico profilo, gli Stati membri hanno tradizionalmente mostrato una certa riluttanza all'adozione di un modello condiviso, sostenendo che è compito dell'autorità giudiziaria nazionale accertare in quali ipotesi e al ricorrere di quali presupposti la prova non debba essere ammessa²⁶.

Alla luce di ciò, la Proposta non prevede un sistema di esclusione rigido, limitandosi a recepire le indicazioni che a più riprese ha fornito la Corte europea dei diritti dell'uomo in materia²⁷. In particolare, l'articolo 5 sottolinea espressamente che non possono in alcun caso essere trasmesse e utilizzate: a) prove ottenute con l'utilizzo di strumenti di tortura; b) prove acquisite in violazione del diritto a non autoincriminarsi (c.d. principio del *nemo tenetur se detegere*); c) prove ottenute mediante attività volte a incitare la commissione di un reato (c.d. *entrapment*). In tal modo, lo *European Law Institute* evita di interferire nella struttura normativa dei sistemi giuridici nazionali degli Stati membri, ma non rinuncia ad esigere che venga assicurata un'adeguata protezione

²³ Proposta di Direttiva dello *European Law Institute* su "*Mutual Admissibility of Evidence and Electronic Evidence in Criminal Proceedings*", cit., p. 20.

²⁴ Sul tema v. ampiamente L. BACHMAIER WINTER, *Proportionality, Mass Surveillance and Criminal Investigation: The Strasbourg Court Facing Big Brother*, in E. BILLIS, N. KNUST, J.P. RUI (a cura di), *Proportionality in Crime Control and Criminal Justice*, Oxford, 2021, p. 317 ss.; S. RUGGERI, *Azione e inazione*, in D. CASTRONUOVO, M. DONINI, E.M. MANCUSO, G. VARRASO (a cura di), *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Milano, 2023, p. 629 ss.

²⁵ Per un'analisi dettagliata delle regole di esclusione probatoria nel sistema italiano cfr. M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, 2009.

²⁶ Si veda M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, cit., p. 64.

²⁷ Sul punto v. Corte eur., 10 marzo 2009, *Bykov c. Russia*, ricorso n. 4378/02, par. 92; Corte eur., 29 giugno 2007, *O'Halloran e Francis c. Regno Unito*, ricorsi n. 15809/02 e 25624/02, par. 45; Corte eur., 25 febbraio 1993, *Funke c. Francia*, ricorso n. 10828/84; Corte eur., 17 dicembre 1996, *Saunders c. Regno Unito*, ricorso n. 19187/91, par. 68; Corte eur. 26 gennaio 2007, *Khudobin c. Russia*, ricorso n. 59696/00, par. 128; Corte eur., 5 febbraio 2008, *Ramanauskas c. Lituania*, ricorso n. 74420/01, par. 51.

ai diritti fondamentali della persona accusata, così come identificati nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nella Carta di Nizza²⁸.

Accanto alla previsione di siffatte ipotesi la Proposta prevede, infine, dei casi di inammissibilità relativa dai quali residua un certo margine di apprezzamento da parte dell'autorità giudiziaria degli Stati membri al ricorrere di determinati presupposti. Un chiaro esempio è rappresentato dalle dichiarazioni autoincriminanti rese da un indagato durante il fermo di polizia in assenza del difensore, le quali potranno essere ammesse e utilizzate solo qualora la persona accusata confermi quanto detto in precedenza nel contraddittorio dibattimentale (articolo 6, paragrafo 1). Si intende così riconoscere un'effettiva tutela al diritto della persona accusata a che il suo legale sia presente e possa partecipare attivamente a tutte le attività poste in essere nel corso del procedimento, aspetto questo essenziale perché il diritto di difesa possa dirsi pienamente rispettato²⁹.

3.2. Norme specifiche in materia di e-evidence e rimedi legali effettivi.

Il Capitolo 3 della Proposta è, come abbiamo anticipato, interamente dedicato alla predisposizione di norme che regolino la raccolta e il trasferimento della prova elettronica³⁰. Lo *European Law Institute* ha adottato, rispetto a questa peculiare tematica, un approccio più dettagliato e rigoroso volto a promuovere una maggiore uniformità e armonizzazione legislativa tra gli Stati membri dell'Unione.

Ciò è dovuto essenzialmente al fatto che a livello nazionale la legislazione in materia di prove elettroniche è ancora ad uno stato incipiente³¹. Se è vero che alcuni Paesi

²⁸ Cfr. A. MARTÍNEZ SANTOS, *Admisibilidad mutua de prueba penal transfronteriza en la Unión Europea: la propuesta de Directiva del European Law Institute*, cit., p. 8.

²⁹ In tema cfr. Corte eur., 27 novembre 2008, *Salduz c. Turchia*, ricorso n. 36391/02. Si vedano anche le specifiche disposizioni previste nell'ambito della Direttiva 2013/48/EU relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari. Il considerando 25, in particolare, sottolinea che «gli Stati membri dovrebbero assicurare che indagati e imputati abbiano il diritto alla presenza e alla partecipazione effettiva del loro difensore in occasione di interrogatori da parte della polizia o di un'altra autorità di contrasto o giudiziaria, comprese le udienze dinanzi al giudice». In dottrina v. L. BACHMAIER WINTER, *"Lawyer-client privilege" en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, in L. BACHMAIER WINTER (a cura di), *Investigación penal, secreto profesional del abogado, empresa, y nuevas tecnologías: Retos y soluciones jurisprudenciales*, Cizur Menor, 2022, p. 21 ss.; L. BACHMAIER WINTER, *The right to lawyer-client confidentiality: a plea for common standards in EU cross-border criminal proceedings*, in *Galileu. Revista de direito e economia*, in corso di pubblicazione.; A. CABIALE, *I limiti alla prova nella procedura penale europea*, Milano, 2019, p. 93 ss.; M. CAIANIELLO, *You can't always counterbalance what you want*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2017, p. 283 ss.; G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Milano, 2009, p. 66 ss.

³⁰ L'art. 3 della Proposta di Direttiva specifica che per "prova elettronica" deve intendersi «any data or information generated, stored, transmitted or otherwise processed in electronic form to be used to prove a fact in criminal proceedings». Sul punto v. M. PITTIRUTI, *Digital evidence e procedimento penale*, Torino, 2018, p. 7 ss.

³¹ Sul punto v. Proposta di Direttiva dello *European Law Institute* su *"Mutual Admissibility of Evidence and Electronic Evidence in Criminal Proceedings"*, cit., p. 17.

dell'area UE hanno adattato la propria normativa alle specifiche caratteristiche della *e-evidence*, è altrettanto vero che la maggior parte degli ordinamenti nazionali tratta questo tipo di prove sulla base delle regole probatorie tradizionali elaborate in un contesto storico antecedente allo sviluppo e alla diffusione delle più moderne tecnologie che possono in potenza dare origine a informazioni e dati processati in forma elettronica, richiedendo al contempo una costante opera di eterointegrazione da parte della giurisprudenza³². Nondimeno, la legislazione degli Stati membri non sembra sempre tenere in debito conto le sfide che pone la natura intrinsecamente *cross-border* della prova elettronica, la quale deriva non solo dal carattere transnazionale, se non addirittura afrontaliero, assunto dalla criminalità (in specie quella informatica) ma anche dal fatto che i dati elettronici possono essere processati e archiviati pressoché ovunque e perfino presso fonti private quali gli *Internet Service Providers*³³.

Per far fronte a queste problematiche, lo *European Law Institute* ha progettato un testo normativo che si basa principalmente sugli *standard* forensi già riconosciuti a livello internazionale³⁴. Lo scopo di tale intervento è di stabilire delle regole comuni volte ad agevolare la mutua ammissibilità tra gli Stati membri delle prove elettroniche che considerino non solo le peculiarità delle stesse ma anche gli specifici rischi che concorrono durante il processo di raccolta e trasmissione della *e-evidence*.

Per tali ragioni, la Proposta incoraggia gli Stati membri a prevedere delle norme dettagliate che disciplinino innanzitutto le modalità di ricerca e di acquisizione delle prove elettroniche, valorizzando le garanzie partecipative delle persone a vario titolo coinvolte in tali operazioni. Si tratta di un aspetto decisivo, soprattutto alla luce della costante giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che a più riprese ha sottolineato l'inadeguatezza dei sistemi giuridici nazionali a soddisfare i parametri sanciti a livello europeo³⁵. È d'obbligo rilevare, infatti, che le tecniche investigative più

³² Cfr. M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, cit., p. 64; F.R. DINACCI, *Interpretazione "europeisticamente" orientata: tra fonti normative e resistenze giurisprudenziali*, in A. GAITO (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Roma, 2016, p. 57 ss.

³³ In tema v. J.P. BONNICI, M. TUDORICA, J.A. CANNATA, *La regolamentazione delle prove elettroniche nei processi penali in "situazioni transnazionali": problemi in attesa di soluzioni*, in *Inf. e dir.*, n. 1-2, 2015, p. 204 ss.; R.E. KOSTORIS, *Ricerca e formazione della prova elettronica: qualche considerazione introduttiva*, in F. RUGGIERI, L. PICOTTI (a cura di), *Nuove tendenze di giustizia penale di fronte alla criminalità informatica. Aspetti sostanziali e processuali*, Torino, 2011, p. 179 ss.

³⁴ Interpol, *Global guidelines for digital forensic laboratories*, 2019, https://www.interpol.int/en/content/download/13501/file/INTERPOL_DFL_GlobalGuidelinesDigitalForensicsLaboratory.pdf; European Network of Forensic Science Institutes, *The Best Practice Manual for the Forensic Examination of Digital Technology*, 2015, https://enfsi.eu/wp-content/uploads/2016/09/1_forensic_examination_of_digital_technology_0.pdf; International Organization for Standardization (ISO), *ISO/IEC 27037 Information technology — Security techniques — Guidelines for identification, collection, acquisition, and preservation of digital evidence*, 2012, <https://www.iso.org/standard/44381.html>. Per una disamina dettagliata v. R. BRIGHI, M. FERRAZZANO, *Digital Forensics: Best Practices and Perspective*, in M. CAIANIELLO, A. CAMON (a cura di), *Digital forensic evidence. Towards common European standards in antifraud administrative and criminal investigations*, cit., p. 16 ss.

³⁵ Sul punto, a titolo esemplificativo, si veda la costante giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di *data retention*. Cfr. CGUE, 6 ottobre 2020, *La Quadrature du Net and Others*, C-511/18, C-512/18, e C-520/18, EU:C:2020:791; CGUE, 2 marzo 2021, *Prokuratuur*, C-746/18, EU:C:2021:152; CGUE, 5 aprile 2022, *G.D. c.*

avanzate di ricerca della prova pongono delicatissimi problemi di tutela dei diritti fondamentali della persona in virtù del loro intrinseco carattere invasivo che le rende idonee ad incidere su libertà apicali, quali il diritto al rispetto della vita familiare e privata, nonché il diritto alla segretezza e alla libertà delle comunicazioni³⁶; senza dimenticare quei diritti di nuovo conio che, al giorno d'oggi, costituiscono parte integrante del patrimonio dei diritti fondamentali riconosciuti alla persona, quali il diritto alla riservatezza informatica e al rispetto del domicilio digitale³⁷.

La Proposta di Direttiva, in ogni caso, non si limita ad esigere l'introduzione di una normativa di dettaglio da parte delle legislazioni nazionali, ma fissa anche alcuni *standard* qualitativi di grande rilevanza assiologica, richiedendo che la perquisizione e il sequestro di un dispositivo informatico ovvero l'accesso a dati elettronici³⁸ debbano essere effettuati preferibilmente in presenza dell'accusato o dell'utente del dispositivo. E nell'eventualità in cui tale presenza non possa essere garantita, il paragrafo 3 dell'articolo 8 sottolinea l'importanza che tali attività vengano poste in essere con la partecipazione di una terza persona indipendente che si ponga come garante della legalità dell'operazione³⁹. Peraltro, la Proposta sottolinea la necessità che gli Stati membri adottino adeguate garanzie procedurali volte ad assicurare che il principio di proporzionalità sia rispettato. Alla luce di ciò, l'utilizzo da parte degli organi inquirenti delle moderne tecnologie di indagine elettronica dovrebbe essere inevitabilmente preceduto da un accertamento dell'autorità giudiziaria perimetrato sulla valutazione di effettiva indispensabilità dell'impiego di strumenti così invasivi sul

Commissioner of An Garda Síochána, C-140/20, ECLI:EU:C:2022:258.

³⁶ Sul punto M. DANIELE, *La prova digitale nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 288 ss.; R. FLOR, voce *Riservatezza informatica*, in www.treccani.it/enciclopedia, 2017.

³⁷ In tema v. R. FLOR, *Intercettazioni mediante trojan: fra accertamento dei reati e tutela di nuovi beni giuridici nella società tecnologica*, in P. MAGGIO (a cura di), *La nuova disciplina delle intercettazioni*, Torino, 2023, p. 334 ss.; D. Foti, *Digital Privacy and Cyber-Interception of Communications. A New Scenario Needs New Concept*, in L. BACHMAIER WINTER, S. RUGGERI (a cura di), *Investigating and Preventing Crime in the Digital Era. New Safeguards, New Rights*, Cham, 2022, p. 151 ss.; D. FOTI, *La nuova disciplina del captatore informatico. Un disfunzionale equilibrio?*, in *Proc. pen. giust.*, 2021, p. 202 ss.; C. CONTI, *Prova informatica e diritti fondamentali: a proposito di captatore e non solo*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 1210 ss.; J. CZERNIAWSKI, C. BOYACK, *Reviewing the privacy implications of law enforcement access to and use of digital data*, in *Utah J Criminal Law*, 2021, p. 73 ss.; F. IOVENE, *Le c.d. perquisizioni online tra nuovi diritti fondamentali ed esigenze di accertamento penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, n. 3/4, 2014, p. 330 ss.; S. QUATTROCOLO, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings. A Framework for A European Legal Discussion*, Cham, 2020.

³⁸ Per quanto concerne l'accesso ai dati elettronici si consideri la disciplina prevista dall'articolo 9 della Proposta di Direttiva.

³⁹ Come sottolineato nella redazione dei motivi che accompagnano la Proposta dello *European Law Institute*, alcuni Stati membri prevedono già la presenza di un "*judicial notary*" nel corso di siffatte attività. In Spagna, ad esempio, è prevista la presenza del difensore e, possibilmente, di una terza persona – identificata solitamente nella figura del Presidente dell'Ordine degli Avvocati o in una persona da lui delegata – per tutelare il rapporto di segretezza e riservatezza tra avvocato e cliente. Sul punto v. ampiamente L. BACHMAIER WINTER, "*Lawyer-client privilege*" en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cit., p. 21 ss.; L. BACHMAIER WINTER, *The right to lawyer-client confidentiality: a plea for common standards in EU cross-border criminal proceedings*, cit.

piano dei diritti che assumono rilevanza in tali contesti⁴⁰: un accertamento, questo, che data la complessità e l'elevato tecnicismo che connota tali strumenti di indagine, dovrebbe prevedere l'intervento di *IT experts* che sappiano compiutamente valutare l'impatto dell'atto investigativo.

Una volta chiariti questi aspetti, per favorire la libera circolazione dei dati elettronici nel territorio dell'Unione, l'articolo 7, paragrafo 1, contiene delle norme volte a garantire l'integrità, l'autenticità e la completezza della *e-evidence* raccolta all'estero. In particolare, è previsto che le prove elettroniche possano essere ammesse e utilizzate in un altro Stato membro solo se e nella misura in cui corrispondano allo stato in cui sono state acquisite. Peraltro, è necessario che le informazioni e i dati restino immutati nella loro portata e siano stati sufficientemente protetti da processi di falsificazione e manipolazione tra il momento della loro produzione e l'uso nel giudizio, preservando così la c.d. *chain of custody*. In tal modo si vuole evitare che durante il processo di formazione, acquisizione e trasferimento del dato il relativo valore probatorio venga alterato.

Nondimeno, trattandosi di operazioni che richiedono competenze tecniche altamente specialistiche, è essenziale che, per salvaguardare il principio di parità delle armi, alla difesa sia riconosciuto il potere di richiedere e ottenere il coinvolgimento di esperti informatici che siano in grado di garantire il rispetto dei requisiti appena menzionati, così come il diritto di poter impugnare nelle varie fasi del procedimento i provvedimenti che consentano l'uso di prove ottenute in violazione della proposta Direttiva, nonché le sentenze che accertino la responsabilità penale dell'imputato sulla base di prove che ai sensi della presente normativa avrebbero dovuto essere dichiarate inammissibili⁴¹.

Rispetto a quest'ultimo profilo è opportuno evidenziare che il documento – al di fuori delle ipotesi di inammissibilità assoluta previste dall'articolo 5 – non delinea un sistema di esclusione rigido, ammettendo all'articolo 11 che la decisione possa basarsi anche parzialmente su prove a rigore inammissibili qualora gli ordinamenti giuridici nazionali offrano all'accusato delle idonee garanzie procedurali volte ad assicurare l'equità complessiva del procedimento, in linea con l'ormai consolidato orientamento

⁴⁰ Sulla necessità di una *judicial oversight* sull'impiego di strumenti di indagine dal carattere ampiamente invasivo si veda L. BACHMAIER WINTER, *Proportionality, Mass Surveillance and Criminal Investigation: The Strasbourg Court Facing Big Brother*, cit., p. 331 ss.; V. DI NUZZO, *Search and Seizure of Digital Evidence: Human Rights Concerns and New Safeguards*, in L. BACHMAIER WINTER, S. RUGGERI (a cura di), *Investigating and Preventing Crime in the Digital Era. New Safeguards, New Rights*, Cham, 2022, p. 119 ss. Cfr. CGUE, 5 aprile 2022, G.D. c. *Commissioner of An Garda Síochána*, cit., par. 106: «it is essential that access by the competent national authorities to retained data be subject to a prior review carried out either by a court or by an independent administrative body, and that the decision of that court or body be made following a reasoned request by those authorities submitted, inter alia, within the framework of procedures for the prevention, detection or prosecution of crime»; CGUE, 2 marzo 2021, *Prokuratuur*, cit., par. 51; Corte eur., 4 dicembre 2008, ricorsi n. 30562/04 e 30566/04, *S. e Marper c. Regno Unito*, par. 112.

⁴¹ È opportuno sottolineare che la previsione di rimedi legali effettivi da esperire qualora vengano violate le norme stabilite nella proposta di Direttiva non è riservata alle sole ipotesi che concernono le prove elettroniche. Gli articoli 10 e 11 della Proposta, infatti, sono inseriti nel Capitolo 4 del documento e fanno riferimento a tutte le tipologie di prove acquisite all'estero.

della Corte europea dei diritti dell'uomo che richiede una valutazione della *fairness* procedimentale di carattere flessibile⁴². La previsione di siffatte alternative ha il pregio di tener conto delle diverse tradizioni giuridiche che connotano i sistemi dei vari Paesi UE e mira a conferire agli stessi un discreto margine di manovra nella progettazione a livello interno di rimedi efficaci volti a garantire alla persona accusata una tutela adeguata contro l'uso di prove inammissibili. È opportuno, in ogni caso, che questo approccio non incoraggi gli Stati membri ad ammettere ed utilizzare prove acquisite all'estero in violazione delle norme stabilite nella Proposta facendo affidamento sulla possibilità di compensare successivamente una situazione patologica occorsa in sede istruttoria⁴³.

4. Considerazioni conclusive.

Indubbiamente significativo appare, pertanto, il contributo offerto dallo *European Law Institute* per il futuro della cooperazione giudiziaria in materie penali connotate da una dimensione transnazionale. Si tratta, come abbiamo visto, di un intervento che affianca alla previsione di *standard* comuni sulla mutua ammissibilità delle prove tra gli Stati membri dell'Unione una disciplina volta a salvaguardare i diritti fondamentali e le garanzie partecipative delle persone che si trovino coinvolte in siffatti procedimenti, così

⁴² Il compito della Corte europea dei diritti dell'uomo non è quello di verificare l'utilizzabilità o meno della prova. I giudici di Strasburgo hanno più volte evidenziato che il potere di compiere un simile accertamento spetta esclusivamente alle corti nazionali. Ciò che, invece, viene sottoposto al vaglio della Corte è l'equità del procedimento considerato nel suo complesso. Si tratta, pertanto, di una valutazione decisamente flessibile, che costituisce la diretta manifestazione della logica *floue* della Corte di Strasburgo, per cui la verifica della *fairness* globale del procedimento mal si concilia con l'affermazione di regole inderogabili. Pertanto, nell'eventualità in cui si verifichi una patologia in sede istruttoria la Corte non si determinerà necessariamente nel senso di riconoscere una violazione dell'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Sul punto v. Corte eur., 15 dicembre 2015, *Schatschaschwili c. Germania*, ricorso n. 9154/10; Corte eur., 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, ricorsi n. 26766/05 e 22228/06; Corte eur., 27 maggio 2001, *Lucà c. Italia*, ricorso n. 33354/96; Corte eur., 1° giugno 2010, *Gafgen c. Germania*, ricorso n. 22978/05; Corte eur., 23 aprile 1997, *Van Mechelen e altri c. Paesi Bassi*, ricorsi n. 21363/93, 21364/93, 21427/93 e 22056/93. In tema v. M. VOGLIOTTI, *La logica floue della Corte europea dei diritti dell'uomo tra tutela del testimone e salvaguardia del contraddittorio: il caso delle «testimonianze anonime»*, in *Giur. it.*, 1998, p. 851 ss.; G. CANESCHI, S. LONATI, *Il diritto alla prova e il principio del contraddittorio*, in M. CERESA-GASTALDO, S. LONATI (a cura di), *Profili di procedura penale europea*, Milano, 2021, p. 204.; R. CASIRAGHI, *I nuovi approdi "europei" del diritto al confronto*, in *Cass. pen.*, n. 3, 2019, p. 1363 ss.; R.E. KOSTORIS, *Per una "grammatica" minima del giudizio di equità processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4, 2020, p. 1676 ss.; R.E. KOSTORIS, *Processo penale e paradigmi europei*, Torino, 2018, p. 206 ss.; V. ZAGREBELSKY, *La giurisprudenza casistica della Corte europea dei diritti dell'uomo; fatto e diritto alla luce dei precedenti*, in AA.VV., *La fabbrica delle interpretazioni*, Milano, 2012, p. 68; M. POLLERA, *Mutamenti giurisprudenziali e defettibilità delle rationes decidendi nella Corte di Strasburgo: il caso dei testimoni assenti*, in *Cass. pen.*, n. 4, 2018, p. 1372 ss.

⁴³ Sull'applicazione del *counterbalance test* elaborato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in procedimenti penali transnazionali cfr. Corte eur., 29 marzo 2016, *Paic c. Croazia*, ricorso n. 47082/12, par. 17; Corte eur., 18 dicembre 2014, *Scholer c. Germania*, ricorso n. 1412/10, par. 60; Corte eur., 25 aprile 2013, *Yevgeniy Ivanov c. Russia*, ricorso n. 27100/03, par. 49; Corte eur., 18 luglio 2013, *Vronchenko c. Estonia*, ricorso n. 59632/09, par. 65.

da evitare che il carattere *cross-border* delle specifiche attività processuali abbia un impatto ancor più considerevole nei confronti della persona accusata.

Un sicuro merito della Proposta è stato quello di avere valorizzato l'importanza di coinvolgere maggiormente la difesa nei processi di acquisizione della prova transnazionale – e in specie della prova elettronica –, evidenziando al contempo la necessità di predisporre a livello interno dei rimedi effettivi che consentano di fronteggiare eventuali situazioni patologiche verificatesi in sede di ammissione e utilizzo delle prove raccolte all'estero. La Proposta, infatti, offre delle soluzioni interessanti che non possono far altro che accrescere il dibattito in ordine all'esigenza di predisporre un sistema condiviso di valori che contribuisca allo sviluppo di un comune spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Si auspica, pertanto, che a questa Proposta segua un'iniziativa legislativa da parte della Commissione Europea che appronti un modello giuridico unitario da adottare nelle singole esperienze giuridiche dei Paesi dell'Unione Europea.

**K.B. E F.S. DAVANTI ALLA CORTE DI GIUSTIZIA:
UNA OCCASIONE MANCATA PER DEFINIRE
LE CONSEGUENZE PROCEDURALI DELLE VIOLAZIONI DEI DIRITTI
DELLA DIFESA E LA PERSISTENTE ASSENZA DI RIMEDI EFFICACI**

di Gaetano Ancona

Il contributo, partendo dalla sentenza K.B. e F.S. della Corte di Giustizia dell'Unione europea, indaga il quadro giuridico europeo in materia di diritti della difesa, con particolare riguardo alle conseguenze derivanti dalle violazioni degli stessi, rilevandone le problematiche esistenti. Lo scritto, alla luce del dibattito dottrinale sviluppatosi sul tema, suggerisce possibili soluzioni de iure condendo allo scopo di rendere più coerente la normativa sovranazionale.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I fatti ed il contesto giuridico. – 3. La decisione della Corte. – 4. Commenti. – 4.1. Il diritto ad un rimedio effettivo. Una questione ancora aperta. – 4.2. Se la nullità non è un'opzione praticabile, qual è la strada da percorrere? – 5. Conclusioni.

1. Introduzione.

Il presente articolo analizza una recente sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE o Corte), *K.B. e F.S.*¹, relativa alla rilevanza d'ufficio di una questione in ambito penale.

Il contributo prende spunto dalla decisione della Corte al fine di presentare ed analizzare le lacune legislative in materia di diritti procedurali. Infatti, la sentenza in commento riguarda la definizione delle modalità con cui la violazione di un "*fair trial right*", nello specifico quei diritti tutelati dalle Direttive sui diritti della difesa, può essere fatta valere, e il tipo di sanzione procedurale da applicare.

Le *Procedural Rights Directives* hanno rappresentato una svolta epocale nel diritto processuale europeo, inteso sia come diritto euro-unitario che dei singoli Stati Membri, che compongono l'Unione², Disciplinano i diritti minimi che devono essere garantiti a indagati o imputati in un procedimento penale, dal suo inizio fino alla sua conclusione.

¹ Sentenza 22.6.2023, *K.B. e F.S.*, C-660/21, ECLI:EU:C:2023:52.

² A. KLIP, *Fair Trial Rights in the European Union: Reconciling Accused and Victims' Rights*, in T. RAFARACI – R. BELFIORE (a cura di), *EU Criminal Justice. Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, Cham 2019, p. 3.

Inoltre, hanno rappresentato un mezzo attraverso il quale la Corte sta espandendo la propria competenza in materia penale, affermandosi come potenziale nuova garante dei diritti dei soggetti coinvolti in procedimenti penali³.

Tuttavia, le citate Direttive sono prive di indicazioni in merito alle conseguenze che dovrebbero derivare dalla violazione di uno o più dei diritti previsti in ciascuna di esse. La lacuna legislativa potrebbe essere colmata, per via pretoria, attraverso l'intervento interpretativo della Corte. Ciononostante, come si vedrà nel proseguo, i giudici Lussemburghesi hanno mostrato una certa riluttanza, finora, a definire in modo chiaro e preciso le sanzioni procedurali da comminare. La sentenza, in commento, rappresenta un esempio plastico di questo approccio.

L'articolo, quindi, intende riportare al centro del dibattito la necessità di delineare un quadro chiaro dei rimedi e delle sanzioni processuali, per garantire l'*effet utile* dei diritti della difesa all'interno del diritto euro-unitario.

2. I fatti ed il contesto giuridico.

La sentenza in commento scaturisce da una richiesta di pronuncia pregiudiziale, presentata dal *Tribunal Correctionnel di Villefranche-sur-Saône* (il Tribunale), in merito ad un procedimento penale a carico di K.B. e F.S., accusati di furto di carburante.

Gli imputati, in data 21 marzo 2021, sono stati avvistati da parte di alcuni agenti di polizia giudiziaria, mentre si trovavano all'interno di un parcheggio commerciale. In quel luogo, è stato rinvenuto un veicolo pesante con il serbatoio aperto e alcune taniche nelle vicinanze. I sospettati, quindi, sono stati arrestati e ammanettati, a seguito di infruttuosi tentativi di fuga. Immediatamente dopo, gli agenti di polizia giudiziaria hanno avviato un'inchiesta per reato in flagranza, secondo quanto previsto dall'art. 53, primo comma, del Code de Procédure Pénale (CPP)⁴.

Tuttavia, è emerso che prima di informare K.B. e F.S. dei loro diritti, gli agenti di polizia giudiziaria li hanno interrogati, in violazione di quanto previsto dall'articolo 63-1 CPP⁵. Inoltre, un ufficiale di polizia giudiziaria è successivamente intervenuto e ha

³ Per tutte, Sentenza 15.10.2015, *Covaci*, C-216/14, ECLI:EU:C:2015:686.

⁴ Article 53 CPP: «1. Est qualifié crime ou délit flagrant, le crime ou le délit qui se commet actuellement, ou qui vient de se commettre. Il y a aussi crime ou délit flagrant lorsque, dans un temps très voisin de l'action, la personne soupçonnée est poursuivie par la clameur publique, ou est trouvée en possession d'objets, ou présente des traces ou indices, laissant penser qu'elle a participé au crime ou au délit. 2. L'enquête de flagrance menée à la suite de la constatation d'un crime ou d'un délit flagrant ne peut se poursuivre pendant plus de huit jours». (“1. Un crimine o un delitto che si sta commettendo, o che è stato appena commesso, è definito crimine o reato in flagranza. Si parla anche di reato o illecito in flagranza quando, in un momento molto vicino all'azione, la persona sospettata viene inseguita dal pubblico clamore, o viene trovata in possesso di oggetti, o presenta tracce o prove, che fanno pensare che abbia partecipato al crimine o delitto. 2. Un'indagine condotta in flagranza di reato a seguito della scoperta di un reato o di un illecito in flagranza di reato non può protrarsi per più di otto giorni.”).

⁵ Article 63-1 CPP: «1. La personne placée en garde à vue est immédiatement informée par un officier de police judiciaire ou, sous le contrôle de celui-ci, par un agent de police judiciaire, dans une langue qu'elle comprend, le cas échéant au moyen du formulaire prévu au treizième alinéa : [...] 3° Du fait qu'elle bénéficie : [...] – du droit, lors des auditions, après avoir décliné son identité, de faire des déclarations, de répondre

condotto una perquisizione sul veicolo dei sospettati, senza ancora informare i due sospettati dei loro diritti. Durante la perquisizione sono stati rinvenuti elementi correlati al furto di carburante. Solo in seguito, il Procureur de la République è stato informato dell'arresto e ai sospettati sono stati comunicati i loro diritti ai sensi dell'art. 63-1 CPP, tra cui il diritto di rimanere in silenzio e la facoltà di non autoincriminarsi⁶.

Il Tribunal Correctionnel di Villefranche-sur-Saône, giudice remittente, ha rilevato che nella fase delle indagini preliminari erano occorse diverse violazioni dei diritti della difesa degli imputati. Nello specifico questi ultimi, non essendo stati prontamente avvisati del diritto di rimanere in silenzio, avevano reso dichiarazioni auto indizianti alla polizia giudiziaria. Dunque, ad avviso del giudice *a quo* vi è stata una palese violazione dell'art. 63-1 CPP e degli artt. 3 e 4 della Direttiva 2012/13 sul diritto ad essere informati⁷. Una simile violazione comporterebbe, ai sensi del diritto francese, l'annullabilità di tutti gli atti successivi, tra cui la perquisizione del veicolo e la messa in stato di fermo degli imputati⁸.

L'elemento chiave del procedimento riguarda la titolarità del diritto di rilevare le nullità procedurali, nello specifico quelle riguardanti violazioni dei diritti della difesa.

Il diritto francese conosce diversi tipi di nullità con diverse regole, in merito alla rilevabilità delle stesse. Una prima distinzione ricorre tra le *nullité textuelles* e quelle *substantielles*. Le prime si verificano ogni qualvolta la legge abbia espressamente collegato la sanzione della nullità all'osservanza di una qualsiasi formalità⁹. Le seconde, invece, sono regolate dall'art. 171 CPP¹⁰ e fanno riferimento a violazioni di disposizioni *sostanziali* del *code de procédure pénale* che determinano un pregiudizio nei confronti di una delle parti. Le *nullité substantielles* si distinguono a loro volta, in base agli interessi tutelati, in *nullité de ordre public* e *de ordre privé*. Quelle di ordine pubblico vengono in rilievo per violazioni di norme che regolano la giurisdizione (competenza, organizzazione e composizione del giudice) o il procedimento (svolgimento delle udienze, forme e termini di ricorso). Non richiedono la dimostrazione di un *grief*¹¹ e sono

aux questions qui lui sont posées ou de se taire». ("1. La persona sottoposta a custodia di polizia viene immediatamente informata da un ufficiale di polizia giudiziaria o, sotto la supervisione di quest'ultimo, da un agente di polizia giudiziaria, in una lingua a lei comprensibile, se necessario mediante il modulo di cui al tredicesimo paragrafo: [...] 3° del fatto che ha: [...] – il diritto, durante le interrogazioni, dopo aver dichiarato la propria identità, di rilasciare dichiarazioni, di rispondere alle domande rivoltegli o di rimanere in silenzio.").

⁶ Sentenza 22.6.2023, K.B. e F.S., C-660/21, ECLI:EU:C:2023:52, § 17-18.

⁷ S. CIAMPI, *La direttiva del parlamento europeo e del consiglio sul diritto all'informazione nei procedimenti penali*, in *Dir. Pen. Cont.*, 27 giugno 2012, <https://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org/upload/1340697083Direttiva%202012-13-UE.Ciampi.pdf>.

⁸ Cour de Cassation, Chambre Criminelle, 15 octobre 2003, n. 03-82.683.

⁹ B. BOULOC, *Procédure Pénale*, 28 ed., Paris 2021, p. 916. Per ragioni di coerenza testuale, si rinvia al testo citato per alcuni esempi di *nullité textuelles* previste dal diritto processuale francese.

¹⁰ Article 171 CPP: «Il y a nullité lorsque la méconnaissance d'une formalité substantielle prévue par une disposition du présent code ou toute autre disposition de procédure pénale a porté atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne». ("Un atto è nullo se l'inosservanza di una formalità sostanziale prevista da una disposizione del presente Codice o da qualsiasi altra disposizione di procedura penale ha pregiudicato gli interessi della parte interessata").

¹¹ Il danno direttamente arrecato alla parte dalla violazione della regola processuale. C. AMBROISE-CASTÉROT – J.F. RENUCCI (a cura di), *Code de Procédure Pénale Annoté*, 65 ed., Paris 2024, p. 559.

rilevabili d'ufficio¹². Contrariamente, le altre sono volte a sanzionare violazioni che necessariamente ledono gli interessi della persona interessata. Questa tipologia di nullità richiede necessariamente la dimostrazione di un interesse affinché l'atto processuale viziato venga annullato¹³.

Nel caso di specie, la disposizione applicabile è l'art. 385 CPP, la quale stabilisce che le eccezioni di nullità procedurale, come la mancata notificazione dei diritti, devono essere sollevate dalla parte interessata o dal suo avvocato *prima* di affrontare il merito della questione. A questo riguardo, una recente sentenza della *Court de Cassation* ha fornito un'interpretazione della norma vietando al giudice di merito di rilevare d'ufficio eventuali nullità di ordine privato, potendo il giudice solo rilevare *ex officio* nullità concernenti la competenza e la composizione del collegio¹⁴.

L'art. 385, così come interpretato dal Supremo collegio francese, sarebbe, ad avviso del giudice rimettente, contrario al diritto dell'Unione. Difatti, per poter garantire l'effetto utile della Direttiva e i principi di equivalenza ed effettività del diritto UE, la magistratura decidente dovrebbe essere in grado di rilevare d'ufficio violazioni del diritto UE ed imporre le conseguenti sanzioni procedurali. Un simile approccio garantirebbe una adeguata tutela dei diritti dell'imputato anche e soprattutto quando quest'ultimo non sia in grado di farlo autonomamente¹⁵.

A sostegno della propria tesi, il tribunale di Villefranche-sur-Saône ha menzionato la decisione Peterbroek e la giurisprudenza della Corte in materia di autonomia procedurale degli Stati Membri¹⁶. Inoltre, il giudice *a quo* ha richiamato il filone giurisprudenziale in materia di clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. Nei giudizi richiamati la Corte ha riconosciuto, in capo ai giudici nazionali, il potere di rilevare d'ufficio nullità di norme nazionali in violazione alla normativa UE. Nell'opinione del giudice nazionale, la posizione giuridica dell'indagato o imputato in un procedimento penale è assimilabile a quella del consumatore, poiché entrambi si trovano in una posizione di debolezza nei confronti delle proprie controparti¹⁷.

Alla luce di questi aspetti, il Tribunale penale di Villefranche-sur-Saône ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla CGEU la questione pregiudiziale riguardante la compatibilità dell'articolo 385 CPP con gli articoli 3 e 4 della Direttiva 2012/13/UE (la Direttiva), l'articolo 7 della Direttiva 2016/343/UE e l'articolo 48 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE (la Carta o Carta di Nizza). In particolare, il Tribunale chiede se il divieto imposto al giudice nazionale di rilevare d'ufficio la mancata notificazione del diritto al silenzio al momento dell'arresto o una notificazione

¹² T. GARE – C. GINESTET, *Droit Pénal et Procédure Pénale*, 14 ed., Paris 2023, p. 413.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Cour de Cassation, Chambre Criminelle, 6 février 2018, n. 17-82.826.

¹⁵ Sentenza 22.6.2023, *K.B. e F.S.*, C-660/21, ECLI:EU:C:2023:52, § 21 – 22.

¹⁶ Sentenza 14.12.1995, *Peterbroeck*, C-321/93, ECLI:EU:C:1995:437. Il giudice francese ha esplicitamente fatto riferimento prima di porre la domanda pregiudiziale al c.d. *procedural autonomy test* elaborato dalla CGEU che, sulla base dei concetti di equivalenza ed effettività, opera un controllo sulla protezione dei diritti previsti dal diritto dell'Unione nelle discipline dei singoli stati membri.

¹⁷ Sentenza 22.6.2023, *K.B. e F.S.*, C-660/21, ECLI:EU:C:2023:52, § 23 – 24.

tardiva di tale diritto, ai fini dell'annullamento del procedimento, sia conforme al diritto dell'Unione Europea¹⁸.

3. La decisione della Corte.

La Corte, dopo aver parzialmente riformulato la domanda pregiudiziale e modificato i parametri legali di riferimento¹⁹, ha stabilito che un diritto nazionale, che non permette ai giudici di merito di rilevare d'ufficio violazioni del diritto dell'indagato ad essere prontamente informato dei propri diritti, non viola il diritto UE, posto che all'indagato sia stata garantita la possibilità concreta ed effettiva di avvalersi di un avvocato²⁰.

Il ragionamento seguito dai giudici di Lussemburgo si basa su due argomenti di fondo. Da un lato, la Direttiva, pur imponendo agli Stati Membri di prevedere un rimedio avverso la violazione dei diritti in essa contenuti, non disciplina le modalità con cui tale rimedio debba essere esercitato, alla luce del principio di autonomia procedurale degli Stati Membri²¹. Difatti, la Corte riconosce questa (apparente) mancanza di tutela all'interno della Direttiva, ricordando al giudice rimettente che era nell'intenzione del legislatore Europeo lasciare un ampio margine di manovra ai parlamenti nazionali. In effetti, l'art. 8 della Direttiva non prevede né le modalità e i termini con i quali le persone indagate o imputate possono far valere una violazione, né le eventuali conseguenze procedurali. Pertanto, non vi è, a livello normativo, alcun riferimento alla facoltà, in capo al giudice di merito, di rilevare d'ufficio una violazione del diritto ad essere informati²².

Inoltre, rileva la Corte, l'ordinamento francese prevede un rimedio avverso potenziali violazioni del diritto ad essere prontamente informati. Ai sensi del combinato disposto degli artt. 63-1, co. 3, 63-4-1 e 385 CPP, le persone imputate o indagate, nonché, eventualmente, il loro avvocato, hanno la facoltà di far valere, con ogni mezzo e in qualsiasi momento, tra la loro sottoposizione a fermo di polizia e la presentazione della difesa nel merito, qualsiasi violazione dell'obbligo di informare prontamente le persone

¹⁸ *Ibid.*, § 25.

¹⁹ *Ibid.*, § 32.

²⁰ *Ibid.*, § 53.

²¹ Sentenza 16.12.1976, *Rewe*, C-33/76, ECLI:EU:C:1976:188, § 5. La Corte in quell'occasione ha ribadito, elaborando il principio dell'autonomia procedurale degli Stati Membri, «in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, è l'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro che designa il giudice competente e stabilisce le modalità procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta, modalità che non possono, beninteso, essere meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni del sistema processuale nazionale». D'altronde, è la stessa Direttiva, all'art. 8 a richiamare gli ordinamenti procedurali interni, sancendo che il diritto ad impugnare eventuali violazioni deve essere previsto «secondo le procedure del diritto nazionale». In dottrina, M. BOBEK, *Why there is no principle of "procedural autonomy" of the Member States*, in B. DE WITTE – H. MICKLITS (a cura di), *The European Court of Justice and the Authomy of Membert States*, Antwerp 2012, p. 316; A. BIONDI – G. GENTILE, *National procedural autonomy*, in *Max Planck Encyclopedias of International Law*, 2019.

²² Sentenza 22.6.2023, *K.B. e F.S.*, C-660/21, ECLI:EU:C:2023:52, § 38 – 39.

indagate o imputate del diritto di rimanere in silenzio²³. Dunque, come prima sottolineato, in virtù del margine di manovra lasciato ai legislatori nazionali, la normativa interna è conforme al diritto dell'Unione, specificatamente agli articoli 8 della Direttiva e 47 della Carta.

Dall'altro, la Corte, rifacendosi alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU) in materia di *fair trial rights*, sostiene che nonostante ci sia stata una violazione del diritto degli imputati ad essere prontamente informati dei propri diritti, questa possa essere compensata dalla presenza di altri fattori, come, ad esempio, la rilevanza ed importanza rivestita da queste dichiarazioni all'interno del compendio probatorio²⁴. In questo modo, essa corrobora la propria visione per cui il diritto ad un rimedio effettivo e quello ad un avvocato sono interconnessi tra loro.

La CGUE conclude sostenendo che gli artt. 3, 4 e 8, co. 2, della Direttiva, letti alla luce degli artt. 47 e 48 della Carta:

«[...] non ostano ad una normativa nazionale, la quale vieta al giudice di merito statuyente in materia penale di rilevare d'ufficio, ai fini dell'annullamento del procedimento, la violazione dell'obbligo incombente alle autorità competenti, in virtù dei citati articoli 3 e 4, di informare prontamente le persone indagate o imputate del loro diritto di restare in silenzio, qualora tali persone indagate o imputate non siano state private della possibilità concreta ed effettiva di avvalersi di un avvocato conformemente all'articolo 3 della direttiva 2013/48, se necessario ricorrendo al gratuito patrocinio alle condizioni previste dalla direttiva 2016/1919, e qualora esse abbiano avuto, così come, eventualmente, il loro avvocato, il diritto di accedere al loro fascicolo e di far valere tale violazione entro un termine ragionevole, ai sensi del menzionato articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 2012/13»²⁵.

È il caso di sottolineare che, benché l'esito raggiunto sia il medesimo, la Corte si è distanziata, non di poco, dalle conclusioni dell'Avvocato Generale (AG) Pikamaä. Quest'ultimo, infatti, nelle sue articolate conclusioni si è concentrato più approfonditamente sulla questione di fondo, ossia se sia opportuno riconoscere in capo ai giudici di merito degli Stati Membri la possibilità di rilevare d'ufficio le violazioni dei diritti della difesa²⁶. L'AG, dopo aver passato in rassegna la giurisprudenza della CGUE e della Corte EDU, sostiene che non è rinvenibile nel diritto dell'Unione, ma nemmeno in quello della "grande Europa", un fondamento giuridico per una soluzione di tale fattura. Infatti, non può essere rinvenuta né nella *ratio* della Direttiva, che tutela l'autonomia procedurale degli Stati Membri, né all'interno dei principi generali di equivalenza ed effettività del diritto UE. Peraltro, sottolinea l'AG, nel diritto francese, a partire dal 2021, – così come nella maggior parte degli Stati Membri – una conseguenza

²³ Sentenza 22.6.2023, *K.B. e F.S.*, C-660/21, ECLI:EU:C:2023:52, § 42.

²⁴ *Ibid*, § 48.

²⁵ *Ibid*, § 53.

²⁶ Sentenza 22.6.2023, *K.B. e F.S.*, C-660/21, Conclusioni dell'Avvocato Generale Pikamaä, ECLI:EU:C:2023:52.

procedurale, derivante dalla violazione delle prerogative previste nella Direttiva, è prevista: l'inutilizzabilità probatoria delle dichiarazioni rese dall'indagato o imputato.

Alla luce di ciò, l'Avvocato Generale si domanda se sia «nécessaire et même opportun» introdurre, per via pretoria nel diritto dell'Unione, il potere ai giudici di merito di rilevare d'ufficio le violazioni dei diritti della difesa, suggerendo alla Corte di respingere le richieste del giudice francese²⁷.

4. Commenti.

4.1. Il diritto ad un rimedio effettivo. Una questione ancora aperta.

La decisione in commento, come affermato dalla stessa Corte²⁸, affronta una tematica di fondamentale importanza nel diritto processuale europeo: la definizione delle conseguenze derivanti dalla violazione dei diritti della difesa come delineati all'interno delle *Procedural Rights Directives*²⁹. Difatti, la questione principale sollevata dal giudice *a quo* concerne le modalità con cui la violazione di un *fair trial right*, nello specifico una violazione del diritto ad essere informati di rimanere in silenzio e di non autoincriminarsi, possa essere fatta valere e il tipo – se esiste – di sanzione procedurale da applicare.

La questione è rilevante poiché le Direttive sui diritti della difesa soffrono di un problema comune: non definiscono le conseguenze derivanti dalle violazioni di uno dei diritti in esse previsti³⁰. Dunque, benché il legislatore euro-unitario abbia delineato in

²⁷ *Ibid*, § 86-88.

²⁸ Sentenza 22.6.2023, *K.B. e F.S.*, C-660/21, ECLI:EU:C:2023:52, § 29. «Cette demande porte ainsi sur les conséquences que le juge du fond doit, le cas échéant, tirer du caractère tardif de ladite information lorsque celui-ci n'a pas été invoqué par ces personnes ou leur avocat dans le délai fixé par le droit de l'État membre concerné».

²⁹ Direttiva (UE) 2010/64 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 20 ottobre 2010, sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, in G.U.U.E., 26 ottobre 2010, L 280/1; Direttiva (UE) 2012/13 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2012, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, in G.U.U.E., 1 giugno 2012, L 142/1; Direttiva (UE) 2013/48 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari, in G.U.U.E., 6 novembre 2013, L 294/1; Direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, in G.U.U.E., 11 marzo 2016, L65/1; Direttiva (UE) 2016/800 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2016, sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali, in G.U.U.E., 21 maggio 2016, L 132/1; Direttiva (UE) 2016/1919 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 2016, sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati nell'ambito di procedimenti penali e per le persone ricercate nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo, in G.U.U.E., 4 novembre 2016, L 297/1.

³⁰ M. CAIANIELLO, *To sanction (or not to Sanction) Procedural Flaws at EU Level?*, in *Eu.J.Crime Cr.L.Cr.J.*, 2014, p. 318; A. KLIP, *Violation of Defence Rights' Directives*, in *Eu.J.Crime Cr.L.Cr.J.*, 2018, p. 271; V. COSTA RAMOS – M. LUCHTMAN – G. MUNTEANU, *Improving Defence Rights*, in *Eu crim*, 2020, p. 243; S. ALLEGREZZA – V. COVOLO,

modo dettagliato i contenuti sostanziali delle prerogative fondamentali dell'indagato (e dell'imputato) all'interno del procedimento penale, non ha riempito di contenuto gli articoli che in ognuna delle *ABC Directives*³¹ affrontano il tema dei rimedi da attuare in caso di violazioni. Difatti, i *conditores* sovranazionali si sono limitati a stabilire, con una terminologia piuttosto simile in tutte le Direttive, che gli indagati o imputati in procedimenti penali «dispongano di mezzi di ricorso effettivi ai sensi del diritto nazionale in caso di violazione dei diritti»³².

Tuttavia, come è stato autorevolmente osservato, non può esservi diritto senza rimedio³³. Infatti, per potersi parlare di effettiva tutela dei diritti della difesa, è necessario che, non solo i legislatori nazionali implementino correttamente le suddette Direttive, ma che gli ordinamenti nazionali prevedano un rimedio in caso di violazione da parte delle autorità nazionali di uno dei diritti in esse previste. Il concetto di rimedio processuale ricomprende due distinte categorie di conseguenze processuali, le sanzioni, da un lato, e le impugnazioni, dall'altro³⁴. Le prime indicano le conseguenze giuridiche derivanti dalla violazione. Ad esempio, a seconda dei casi, l'atto formatosi in violazione di uno dei diritti della difesa potrebbe essere inammissibile, inutilizzabile o nullo. Le seconde, invece, si riferiscono al diritto, in capo alla persona sottoposta alle indagini o all'imputato e al proprio difensore, di adire l'autorità giudiziaria per contestare la validità dell'atto potenzialmente viziato.

Dunque, il diritto ad un rimedio effettivo nell'ambito dei diritti della difesa ha, o meglio dovrebbe avere, un duplice significato: garantire che il titolare del diritto abbia la possibilità concreta di contestare l'atto potenzialmente viziato e che, qualora un vizio sia identificato, sia prevista una sanzione³⁵.

Ora, analizzando in concreto la Direttiva oggetto della decisione della Corte, essa, all'articolo 8 comma 2, unicamente prevede che «le persone indagate o imputate o i loro avvocati abbiano il diritto di impugnare, secondo le procedure del diritto nazionale, l'eventuale rifiuto delle autorità competenti di fornire le informazioni di cui alla presente direttiva o l'eventuale mancata comunicazione delle stesse». Orbene, essa non fornisce alcuna indicazione sul tipo di effetto che il rifiuto o la mancata comunicazione del diritto di rimanere in silenzio debba avere³⁶. Inoltre, è totalmente devoluto agli Stati Membri,

Conclusions, in S. ALLEGREZZA – V. COVOLO (a cura di), *Effective Defence Rights in Criminal Proceedings. A European and Comparative Study on Judicial Remedies*, Milano 2018, p. 500.

³¹ Le direttive ABC fanno riferimento alla Risoluzione del Consiglio del 30 novembre 2009 relativa a una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali, in G.U.U.E., 4 dicembre 2012, C 295/1.

³² Così, art. 12 della Direttiva (UE) 2013/48. L'art. 8, co. 2 della Direttiva (UE) 2012/13 recita: «Gli Stati membri assicurano che le persone indagate o imputate o i loro avvocati abbiano il diritto di impugnare, secondo le procedure del diritto nazionale, l'eventuale rifiuto delle autorità competenti di fornire le informazioni di cui alla presente direttiva o l'eventuale mancata comunicazione delle stesse».

³³ A. SOO, *Potential Remedies for Violations of the Right to Counsel in Criminal Proceedings: Article 12 of the Directive 2013/48/EU (22 October 2013) and its Output in National Legislation*, in *EuCLR*, 2016, p. 292.

³⁴ M. CAIANIELLO, *To Sanction (or not to Sanction)*, cit., p. 318.

³⁵ V. COVOLO, *Ensuring the Effectiveness of Defence Rights: Remedial Obligations Under the ABC Directives*, in S. ALLEGREZZA – V. COVOLO (a cura di), cit., pp. 83 ss.

³⁶ Ad esempio, la *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the right of access to a*

in virtù del principio dell'autonomia procedurale, di adeguare la disciplina sovranazionale alle proprie procedure penali nazionali. A questi ultimi è, quindi, lasciato il compito di definire le modalità con cui le persone sottoposte alle indagini e gli imputati possano impugnare un atto viziato e, eventualmente, le necessarie conseguenze procedurali, senza che però vi siano delle linee guida da seguire e degli specifici obiettivi da raggiungere³⁷.

Il caso in commento aveva offerto una occasione fondamentale per la Corte di fornire delle linee guida in una materia decisamente intricata. Essa avrebbe potuto far luce sulle conseguenze che derivano dal mancato avviso tempestivo del diritto di rimanere in silenzio e di non autoincriminarsi, o quanto meno su quali sarebbero quelle più idonee ed in linea con il diritto dell'Unione. Tuttavia, la Corte ha deciso di non affrontare direttamente il nodo della questione e di soffermarsi su un dato meramente formale. Essa, infatti, si è limitata a rilevare se esista o meno nel diritto nazionale la possibilità di impugnare l'atto apparentemente viziato.

In effetti, da un punto di vista strettamente formale il combinato disposto degli artt. 63-1, co. 3, 63-4-1 e 385, offre di fatto alle persone indagate o imputate, nonché, eventualmente, al loro avvocato di far valere qualsiasi violazione dell'obbligo di informare queste ultime del diritto di rimanere in silenzio e di non autoincriminarsi³⁸. Dunque, sostiene la Corte, la disciplina francese non è in contrasto con il diritto dell'Unione, avendo gli indagati avuto l'opportunità di contestare la violazione dei loro diritti dal momento dell'arresto fino all'apertura del dibattimento ed essendo, per giunta, prevista la sanzione della nullità qualora l'atto sia trionfalmente impugnato³⁹.

Ebbene, la soluzione approntata dalla Corte non sorprende per due ordini di ragioni. Da un lato, come appena rilevato, il diritto francese è, astrattamente, conforme al diritto UE. Dall'altro, la domanda pregiudiziale formulata dal giudice *a quo* risulta estremamente limitante. Questa, infatti, non è stata formulata in modo aperto tale da domandare alla Corte quale sia l'effetto derivante dall'inosservanza delle prerogative previste dalla Direttiva 2012/13. Al contrario, nella definizione della questione pregiudiziale, il giudice *a quo* ha già suggerito quella che, a suo avviso, fosse la sanzione da comminare, a causa, probabilmente, delle discussioni che animano il proprio sistema giuridico⁴⁰.

Dunque, se la CGUE avesse risposto affermativamente, avrebbe introdotto all'interno del diritto UE la nullità rilevabile *ex officio* come conseguenza derivante dalla violazione dei diritti di cui alla Direttiva 2012/13. Una soluzione di questo tenore, come

lawyer in criminal proceedings and on the right to communicate upon arrest della Commissione Europea dell'8 giugno 2011 COM(2011) 326 final, all'art. 13, co. 3 prevedeva che le dichiarazioni rese dalle persone indagate o imputate o le prove ottenute in violazione del loro diritto ad un avvocato non possano essere utilizzate contro di esso in nessuna fase del procedimento, salvo il caso in cui l'utilizzo di tali prove non pregiudichino i propri diritti della difesa.

³⁷ A. SOO, *Article 12 of the Directive 2013/48/EU: A Starting Point for Discussion on a Common Understanding of the Criteria for Effective Remedies of Violation of the Right to Counsel*, in *Eu.J.Crime Cr.L.Cr.J.*, 2017, p. 32.

³⁸ Sentenza 22.6.2023, *K.B. e F.S.*, C-660/21, ECLI:EU:C:2023:52, § 42.

³⁹ *Ibid.*, § 38 e 43.

⁴⁰ M. MURBACH-VIBERT – H. PAYEN, *Relevé d'office des nullités et office du juge pénal*, in *AJ Penal*, 2018, p. 403.

correttamente sottolineato dall'AG⁴¹, non sarebbe desiderabile poiché potrebbe determinare serie conseguenze nei sistemi processuali penali di alcuni Stati Membri, alla luce delle esistenti diversità in seno a questi ultimi⁴².

Ad ogni modo, è possibile rinvenire, all'interno delle Conclusioni dell'AG, delle indicazioni riguardo quelle che sono le conseguenze procedurali più diffuse negli Stati Membri⁴³. Difatti, secondo uno studio condotto dalla Direzione Ricerca e Documentazione della Corte, nei 19 Stati Membri oggetto di studio, vige la regola per cui, nella valutazione degli elementi probatori, i giudici di merito possono prendere in considerazione eventuali vizi formali verificatisi nella formazione di elementi di prova. Tra i vizi di forma, rientrano le violazioni dei diritti della difesa, così come sanciti anche dalle Direttive UE⁴⁴.

4.2. Se la nullità non è un'opzione praticabile, qual è la strada da percorrere?

La soluzione prospettata dalla Corte potrebbe essere analizzata anche da un altro punto di vista: indicare la nullità rilevabile d'ufficio, come rimedio processuale avverso la violazione, risulterebbe troppo gravoso sulla macchina giudiziaria degli Stati Membri dell'Unione⁴⁵. La CGEU ha mostrato una forma di "*remedial deterrence*", ossia una riluttanza ad adottare rimedi rigorosi ed inflessibili in caso di violazioni di diritti della difesa⁴⁶.

Infatti, la Corte non ha solo respinto le argomentazioni del giudice *a quo* francese, ma si è rifiutata di definire in modo rigoroso e puntuale quali avrebbero dovuto essere le conseguenze procedurali derivanti dalla mancata tutela dei diritti disciplinati dalla Direttiva 2012/13. Ad avviso dei giudici di Lussemburgo, perché il diritto nazionale sia conforme a quello UE è sufficiente fornire ai soggetti direttamente interessati la facoltà di impugnare atti potenzialmente viziati. Tuttavia, aggiunge il massimo giudice euro-unitario, il soggetto indagato o imputato deve – condizione necessaria – aver avuto il diritto ad essere assistito da un avvocato, in modo concreto ed effettivo.

⁴¹ Sentenza 22.6.2023, *K.B. e F.S.*, C-660/21, Conclusioni dell'Avvocato Generale Pikamaë, ECLI:EU:C:2023:52, § 86-88.

⁴² M. CAIANIELLO, *To Sanction (or not to Sanction)*, cit., p. 322.

⁴³ Sentenza 22.6.2023, *K.B. e F.S.*, C-660/21, Conclusioni dell'Avvocato Generale Pikamaë, ECLI:EU:C:2023:52, § 85.

⁴⁴ Una simile soluzione è stata proposta anche da A. KLIP, *Violation of Defence Rights' Directives*, cit., p. 279-280. L'Autore sostiene che le violazioni che compromettono singole prove dovrebbero portare all'esclusione di queste ultime.

⁴⁵ M. CAIANIELLO, *You Can't Always Counterbalance What You Want*, in *Eu.J.Crime Cr.L.Cr.J.*, 2017, p. 31.

⁴⁶ Il concetto di *remedial deterrence* è stato coniato da D.J. LEVINSON, *Rights essentialism and remedial equilibration*, in *Columbia Law Review*, 1999, p. 884. L'Autore lo definisce: «The defining feature is the threat of undesirable remedial consequences motivating courts to construct the right in such a way as to avoid those consequences». L'espressione si ritrova anche in S.B. STARR, *Rethinking effective remedies: remedial deterrence in international courts*, in *New York Law Review*, 2008, p. 695; A. SOO, *Article 12 of the Directive 2013/48/EU*, cit., p. 41; M. CAIANIELLO, *You Can't Always Counterbalance What You Want*, cit., p. 296.

Orbene, la specificazione operata dalla Corte non contribuisce a definire il nodo fondamentale della questione⁴⁷. Tutt'al più, risulta essere un tentativo di rafforzamento delle prerogative, in un ambito in cui, però, quelle stesse garanzie esistono già. La Direttiva 2013/48 fa parte dell'*acquis communautaire* e, come risulta da un Report della Commissione del 2019, è stata implementata da tutti gli Stati Membri con risultati sufficientemente soddisfacenti⁴⁸.

Dunque, la decisione in commento non rappresenta né un avanzamento verso una maggiore tutela dei diritti della difesa, né un arretramento⁴⁹. Tuttavia, resta aperto un quesito: qual è l'esito dei mezzi di prova, raccolti dall'autorità inquirente, in violazione del diritto ad essere informati di non autoincriminarsi e di rimanere in silenzio?

La sentenza offre l'opportunità di riflettere sul tema delle sanzioni procedurali, per tentare di definire un modello da seguire in situazioni analoghe a quelle che hanno dato vita alla presente decisione.

Il primo principio che potrebbe informare il giudice euro-unitario è costituito dall'*harmless test*⁵⁰, ossia un controllo sul pregiudizio che la trasgressione ha determinato sulle prerogative dell'indagato. In altre parole, perché possa esservi una sanzione, la violazione deve aver effettivamente causato un danno alla posizione del soggetto sottoposto alle indagini o all'imputato.

Ulteriore linea guida è rappresentata dal principio di proporzionalità, il quale richiede l'adozione di misure accettabili che siano le più appropriate o meno restrittive. In altre parole, l'individuo non deve vedere limitata la propria libertà d'azione oltre il limite necessario all'interesse pubblico⁵¹.

In base a questi due principi potrebbero essere elaborate tre macro-categorie di violazioni, alle quali, a seconda della gravità delle stesse, far corrispondere delle sanzioni ad esse proporzionate. Dunque, se la violazione ha, da un lato, determinato una lesione della posizione dell'indagato e, dall'altro, il pregiudizio subito sia sproporzionato rispetto all'obiettivo che si intendeva raggiungere, l'atto o gli atti irregolari dovrebbero

⁴⁷ S. ALLEGREZZA – V. COVOLO, *Conclusions*, cit., p. 507. Le Autrici sottolineano come la mera esistenza di un rimedio processuale non è di per sé sufficiente a garantire la completa efficacia dei diritti della difesa.

⁴⁸ Si veda la *Redazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio sull'attuazione della direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari*, del 26 settembre 2019, COM(2019) 560 final. In merito alla situazione francese, si veda, E. CERVELLERA – R. PARIZOT, *France*, in G. CONTISSA – G. LASAGNI – M. CAIANIELLO – G. SARTOR (a cura di), *Effective Protection of the Right of the Accused in the EU Directives*, Leiden 2022, p. 98. Gli Autori rilevano come, benché in Francia alcuni diritti della difesa, tra cui quello ad un avvocato, non sono garantiti durante la fase dell'*enquête*, vi sia l'obbligo di fornire l'indagato o l'imputato privato della propria libertà il diritto di richiedere l'assistenza tecnica.

⁴⁹ A. KLIP, *Violation of Defence Rights' Directives*, cit., p. 274. L'Autore aveva "anticipato" la riluttanza della Corte a formulare delle esatte conseguenze procedurali.

⁵⁰ M. CAIANIELLO, *To Sanction (or not to Sanction)*, cit., p. 322.

⁵¹ R.E. KOSTORIS, *European Law and Criminal Justice*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Handbook of European Criminal Procedure*, Cham, 2018, p. 15.

essere sanzionati. Inoltre, la sanzione deve anche essere parametrata al tipo di diritto procedurale violato, al nocumento arrecato e alla finalità perseguita dall'atto stesso⁵².

In primo luogo, vengono in rilievo le irregolarità che possono essere sanate. In questo caso, il soggetto dovrebbe essere posto nella situazione *quo ante* il mancato rispetto del precetto⁵³. Successivamente, possono individuarsi le violazioni che interessano un elemento di prova. La sanzione da abbinare a questo tipo di inosservanze dovrebbe essere l'esclusione della prova⁵⁴. Da ultimo, invece, vi sono quelle infrazioni che inibiscono l'intero procedimento. Si tratterebbe di casi estremi, di violazioni sistematiche delle prerogative processuali dell'indagato o imputato. In simili situazioni, il procedimento andrebbe terminato⁵⁵.

A queste potrebbe aggiungersene una quarta. Si tratta dell'approccio seguito dalla Corte EDU dell'*overall fairness* del procedimento⁵⁶. Difatti, sebbene la valutazione dell'equità processuale nel suo complesso sia solitamente utilizzata per identificare eventuali irregolarità avvenute nei procedimenti nazionali di uno dei diritti garantiti dall'art. 6 CEDU, è possibile trarne un'ulteriore categoria di rimedi scaturenti da una violazione dei diritti della difesa. Prendendo in considerazione i recenti approdi giurisprudenziali della corte di Strasburgo, si può notare come quest'ultima abbia adottato la tendenza di non sanzionare acclarate violazioni delle prerogative processuali di indagati o imputati, in virtù dell'equità complessiva del procedimento, determinata dall'esistenza di fattori compensativi⁵⁷. Dunque, in presenza di elementi che possano controbilanciare avvenute irregolarità, tali da rendere il processo equo nel suo complesso, non vi dovrebbe essere alcuna sanzione⁵⁸.

Alla luce di queste considerazioni, si potrebbe tentare di tratteggiare un modello che possa guidare la Corte di Giustizia e che sia applicabile, quanto meno, a situazioni simili a quelle del procedimento *a quo*. In caso di violazione del diritto ad essere prontamente informati del diritto di rimanere in silenzio e di non autoincriminarsi, la sanzione dovrebbe consistere nell'esclusione delle prove raccolte in conseguenza del

⁵² V. COSTA RAMOS – M. LUCHTMAN – G. MUNTEANU, *Improving Defence Rights*, cit., p. 244.

⁵³ A. KLIP, *Violation of Defence Rights' Directives*, cit., p. 279.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ A. SAMARTZIS, *Weighing Overall Fairness: A Critique of Balancing under the Criminal Limb of Article 6 of the European Convention on Human Rights*, in *Hum. Rights Law Rev.*, 2021, p. 410.

⁵⁷ Cfr., inter alia, C. eur. dir. uomo, Grande Camera, 13 settembre 2016, Ibrahim c. Regno Unito; e C. eur. dir. uomo, Grande Camera, 9 novembre 2018, Beuze c. Belgio, in materia di diritto ad essere assistiti da un avvocato; si veda, inoltre, C. eur. dir. uomo, Grande Camera, 15 dicembre 2011, Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito; in merito al diritto di contro esaminare un testimone dell'accusa. In dottrina, critico nei confronti della Corte EDU, R.E. KOSTORIS, *Per una 'grammatica' minima del giudizio di equità processuale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2020, p. 1678. L'Autore suggerisce una revisione dell'approccio seguito da Strasburgo nella valutazione dell'equità processuale. Difatti, qualora sia accertato che una violazione dei diritti delineati nell'art. 6(3) CEDU sia intervenuta, non vi può e non vi deve essere un ulteriore controllo sull'equità del processo nel suo complesso. Ad avviso dell'Autore, la violazione va riconosciuta come tale e sanzionata conseguentemente.

⁵⁸ R. GOSS, *The Disappearing 'Minimum Rights' of Article 6 ECHR: the Unfortunate Legacy of Ibrahim and Beuze*, in *Hum. Rights Law Rev.*, 2023, p. 1. L'Autore denuncia la pericolosità di un simile approccio, che renderebbe inefficienti le tutele approntate dall'art. 6 CEDU e nello specifico dal co. 3.

mancato avviso. Tali prove, infatti, sarebbero state illegalmente raccolte⁵⁹. A ben guardare, la Corte stessa, nella sentenza in commento, ha fatto cenno al tema della valenza probatoria che gli assunti in violazione avranno nel corso del procedimento⁶⁰.

5. Conclusioni.

Nella decisione K.B. e F.S. la Corte, valorizzando il principio di autonomia degli Stati Membri e basandosi su una interpretazione strettamente letterale dell'art. 8 co. 2 della Direttiva 2012/13, ha confermato di non voler intervenire – per il momento – sulla delicata questione delle sanzioni derivanti dalla violazione delle *Procedural Rights Directives*. Il massimo consesso euro-unitario ha preferito mantenere lo *status quo* invece di avventurarsi verso una maggiore tutela delle prerogative degli indagati o imputati in procedimenti penali.

Questo arresto non dovrebbe, però, mettere in discussione l'importante lavoro che la Corte sta svolgendo nell'avanzamento ed espansione dei diritti della difesa all'interno dell'Area di Libertà, Sicurezza e Giustizia⁶¹. La materia oggetto della causa in commento è, infatti, sensibile per gli Stati Membri, i quali, nelle negoziazioni per la definizione dei contenuti delle Direttive sui diritti della difesa, hanno fatto resistenza ad individuare legislativamente le sanzioni da applicare alle violazioni delle prerogative in esse previste⁶².

L'auspicio è che la Corte adotti un approccio olistico anche in merito all'interpretazione delle disposizioni che regolano i rimedi all'interno delle Direttive⁶³. Difatti, alla luce delle difficoltà incontrate dal Legislatore euro-unitario a trovare un accordo sul punto, appare più facilmente percorribile la strada dell'intervento pretorio⁶⁴.

⁵⁹ Benché la Corte nelle sentenze, 6.10.2020, *Quadrature du net* e al., cause riunite C-511/18, C-512/18 e C-520/18, ECLI:EU:C:2020:791, § 222; e 2.3.2021, *Prokuratuur*, C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152, § 41, abbia ritenuto che le questioni riguardanti l'ammissibilità e l'esclusione delle prove è, in linea di principio, una questione di competenza degli Stati Membri, essa ha ammesso che le prove acquisite illegalmente andrebbero escluse dal compendio probatorio. Per una disamina delle linee guida che il giudice euro-unitario potrebbe (e dovrebbe) seguire per fornire un'interpretazione comune della questione, si veda M. PANZAVOLTA – E. MAES, *Exclusion of evidence in times of mass surveillance. In search of a principled approach to exclusion of illegally obtained evidence in criminal cases in the European Union*, in *Int'l J.Evidence & Proof*, 2022, pp. 199 ss.

⁶⁰ Sentenza 22.6.2023, *K.B. e F.S.*, C-660/21, ECLI:EU:C:2023:52, § 48.

⁶¹ Si veda, da ultimo, Sentenza 8.12.2022, *HYA e al.*, C-348/21, EU:C:2022:965, sul diritto a contro esaminare un testimone dell'accusa.

⁶² A. SOO, *Article 12 of the Directive 2013/48/EU*, cit., pp.41 ss.

⁶³ G. BECK, *The legal reasoning of the Court of Justice of the EU*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2012, p. 283. L'Autore sostiene che la Corte utilizzi l'oggetto e lo scopo dell'atto legislativo, come principale canone interpretativo. Si veda, anche, A. PIVATY, *The Right to Custodial Legal Assistance in Europe: In Search for the Rationales*, in *Eu.J.Crime Cr.L.Cr.J.*, 2018, pp. 66 ss.

⁶⁴ S. ALLEGREZZA – V. COVOLO, *Conclusions*, cit., p. 510. Le Autrici suggeriscono gli interventi che i *policy-makers* dell'Unione potrebbero adottare per rendere più effettiva la tutela dei diritti della difesa nello spazio di libertà e giustizia europeo.

L'INOPPUGNABILITÀ DEL PROVVEDIMENTO DEL G.U.P. CHE DECIDE SULL'ISTANZA DI DISSEQUESTRO PROBATORIO

di Wanda Nocerino

Con un revirement inaspettato, riesumando orientamenti giurisprudenziali ormai desueti, le Sezioni Unite dichiarano l'inoppugnabilità del provvedimento con cui il g.u.p. rigetta l'istanza di revoca del sequestro probatorio, in nome del principio di tassatività e tipicità delle forme di gravame. Pur condividendo – in linea di principio – la posizione dei giudici di legittimità, occorre interrogarsi sulla opportunità di prevedere un rimedio esperibile avverso l'ordinanza che decide le sorti della res oggetto di adprehensio al fine di contenere gli effetti del c.d. "danno da sequestro".

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La decisione delle Sezioni Unite: un *revirement* inaspettato. – 3. Il (superato) contrasto giurisprudenziale. – 4. Le *species* di impugnazione dell'ordinanza che decide sulla restituzione delle cose sequestrate. – 5. Alla ricerca di un rimedio per lenire gli effetti del "danno da sequestro". – 6. *Segue*: l'inadeguatezza delle forme di gravame esistenti. – 7. Il ricorso all'interpretazione analogica per superare la *littera legis*: un'ipotesi che non convince. – 8. Le occasioni mancate e gli scenari futuribili.

1. Premessa.

Con la pronuncia in commento¹, le Sezioni Unite affrontano la questione relativa all'*an* e al *quomodo* dell'impugnabilità del provvedimento con cui il g.u.p. rigetta l'istanza di revoca del sequestro probatorio avanzata dall'interessato.

In riferimento all'*an*, il dubbio nasce dal silenzio legislativo serbato in ordine alla possibilità di esperire un rimedio *ad hoc* avverso l'ordinanza reiettiva della richiesta di restituzione dei beni oggetto di sequestro emessa in udienza preliminare: se il codice disciplina specifici strumenti di gravame per gli omologhi provvedimenti adottati in altri segmenti procedurali (ossia durante le indagini preliminari, a seguito della decisione di prima istanza e nel corso della fase esecutiva)², la mancanza di una

¹Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2023, n. 32938, in [questa Rivista](#), 28 luglio 2023, secondo cui «[I]l provvedimento del giudice dell'udienza preliminare di rigetto della richiesta di dissequestro di beni sottoposti a sequestro probatorio non è impugnabile dall'interessato».

² Come meglio si dirà (cfr. § 4), l'impugnazione avverso il provvedimento di accoglimento o di rigetto dell'istanza di dissequestro è esperibile nella fase delle indagini preliminari, *ex art.* 263, comma 5, c.p.p., mediante opposizione al g.i.p. che provvede ai sensi dell'art. 127 c.p.p. e, dunque, con un'ordinanza

previsione espressa in sede di udienza preliminare potrebbe suonare come un'esclusione.

Considerata l'irragionevolezza dell'assenza di un rimedio autonomo, la giurisprudenza ha colmato la lacuna normativa mutuando le forme di gravame già sperimentate dall'ordinamento in "casi simili", rintracciando il *quomodo* dell'impugnazione talvolta nel ricorso per cassazione³, talaltra nell'appello realcautelare⁴.

In un contesto come quello descritto, in cui il contrasto ermeneutico sembra polarizzato solo sul "tipo" di impugnazione esperibile (e non anche sul "se" sia esperibile il gravame)⁵, le Sezioni Unite propendono per la non immediata ricorribilità dell'ordinanza reiettiva della richiesta di dissequestro emessa in udienza preliminare: a parere della Corte, infatti, il principio di tassatività e tipicità dei mezzi di impugnazione non consente il ricorso a rimedi non espressamente previsti dall'ordinamento.

Sotto il profilo "formale", l'approdo raggiunto dai giudici di legittimità è immune da censure: non vi è alcun dubbio, infatti, che in un sistema improntato al rispetto del rigido principio di tassatività dei mezzi e delle forme di gravame non c'è spazio per interpretazioni analogiche volte a colmare lacune normative attraverso il richiamo ad istituti e procedure che sono ontologicamente differenti.

Deve, tuttavia, evidenziarsi che - sotto il profilo "sostanziale" - la scelta di lasciare sgarnito di adeguata tutela l'interessato (al quale pure l'ordinamento riconosce la possibilità di esperire l'istanza di dissequestro durante l'udienza preliminare) è alquanto pericolosa visti gli effetti dirompenti del c.d. "danno da sequestro", per ricomporre i quali è indispensabile agire nel più breve tempo possibile.

Si avverte come persa l'occasione per riportare il sistema entro i confini della legalità processuale, ridisegnando la struttura dei rimedi impugnatori esperibili avverso il provvedimento di rigetto della richiesta di restituzione di beni oggetto di *adprehensio*: come meglio si dirà⁶, nella piena consapevolezza dell'impraticabilità di un'incursione legislativa per tipizzare uno strumento impugnatorio *ad hoc*, si ritiene auspicabile un intervento additivo della Consulta per estendere la forma di gravame prevista dall'art. 322-bis c.p.p. anche all'ordinanza che decide le sorti del sequestro probatorio emessa in sede di udienza preliminare.

ricorribile per cassazione. Qualora il provvedimento relativo alla restituzione delle cose sottoposte a sequestro sia stato emesso nella fase dibattimentale, le parti possono impugnare l'ordinanza unitamente alla sentenza, ai sensi dell'art. 586 c.p.p. Nel caso di cui il procedimento si sia concluso con sentenza irrevocabile, la questione relativa alla restituzione dei beni deve essere sottoposta al giudice dell'esecuzione, ex art. 263, comma 6, c.p.p., che provvede secondo le forme dell'art. 666 c.p.p., ossia con un'ordinanza ricorribile per cassazione.

³ Cfr. § 3, nt. 16.

⁴ Si veda § 3, nt. 18.

⁵ Sembra ormai superata l'impostazione giurisprudenziale che nega la possibilità di impugnare il provvedimento di dissequestro emesso durante la fase dell'udienza preliminare. Sul punto, si rinvia a § 3, nt. 12.

⁶ V. § 8.

2. La decisione delle Sezioni Unite: un *revirement* inaspettato.

La questione rimessa alle Sezioni Unite trae origine dal ricorso promosso nelle forme dell'appello, *ex art.* 310 c.p.p., avverso l'ordinanza con cui il g.u.p. aveva rigettato la richiesta di revoca del sequestro probatorio.

Il Tribunale del riesame di Bari convertiva l'appello in ricorso per cassazione e trasmetteva gli atti al giudice di legittimità. Investita del ricorso, la Terza Sezione rimetteva la questione alle Sezioni Unite in ragione dell'esistenza di un sedimentato e annoso contrasto giurisprudenziale circa la *species* di gravame da esperire avverso il provvedimento di rigetto dell'istanza di dissequestro avanzata in udienza preliminare.

In particolare, la Corte – preso atto della mancanza di una disciplina espressa che accordi all'interessato il diritto di impugnare l'ordinanza reiettiva della richiesta di dissequestro emessa dal g.u.p. e del superamento dell'orientamento per cui è da ritenersi esclusa ogni forma di gravame – evidenziava l'esistenza di due alternative: l'applicazione estensiva del dettato di cui all'art. 263, comma 5, c.p.p. e, dunque, la ricorribilità per cassazione sulla base del richiamo operato all'art. 127 c.p.p., oppure il ricorso allo strumento di impugnazione dell'appello, *ex art.* 322-*bis* c.p.p., pur se tipicamente previsto per il sequestro preventivo⁷.

Con un *revirement* del tutto inaspettato, i giudici di legittimità propendono per l'inopugnabilità del provvedimento qualora lo stesso sia emesso nel corso dell'udienza preliminare: nelle lucide e ben argomentate motivazioni, le Sezioni Unite canalizzano l'attenzione sulle differenze strutturali esistenti tra gli istituti chiamati in causa e, dunque, ritengono non percorribile la strada del ricorso ad interpretazioni estensive o analogiche che finirebbero per trasformarsi in «interpretazioni *contra legem*»⁸.

In relazione all'appello cautelare, a parere della Corte, il tenore letterale della disposizione di cui all'art. 322-*bis* c.p.p.⁹ e le diverse finalità che animano le due tipologie di sequestro (probatorio e preventivo) precludono l'esperibilità del rimedio *de quo* per impugnare il provvedimento del g.u.p. che decide sull'istanza di restituzione del bene oggetto di sequestro probatorio.

In questo contesto, secondo i giudici non è ipotizzabile ricorrere all'interpretazione analogica per colmare il vuoto legislativo: «[L]'interpretazione analogica [...] non può prescindere dalla lettera della legge. Il principio costituzionale di cui all'art. 101, comma 2, Cost., [...] introduce un principio di legalità processuale che si

⁷ Cass., Sez. III, ord. 31 maggio 2022, n. 33959, in *Giur. it.*, 2023, p. 188, con nota di T. MORCELLA, *Appello cautelare o ricorso in cassazione contro il rigetto dell'istanza di dissequestro*.

⁸ Così Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2023, n. 32938, cit., p. 11.

⁹ Come noto, l'art. 322-*bis* c.p.p., si riferisce alle «ordinanze in materia di sequestro preventivo». La *littera legis* è, inoltre, rafforzata dal dato storico-sistematico. «Non si può ignorare che il legislatore del 1991 è intervenuto a ridisegnare contestualmente il procedimento per la restituzione delle cose sequestrate a fini probatori, non prevedendo alcun meccanismo di controllo ulteriore e diverso da quello già previsto dall'art. 263 c.p.p. esclusivamente per la fase delle indagini preliminari», ribadisce Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2023, n. 32938, cit., p. 11.

traduce nella fedeltà del giudice al tenore letterale della disposizione normativa quale canone fondamentale di interpretazione cui si deve attenere»¹⁰.

Per quanto concerne il ricorso per cassazione, i giudici di legittimità ritengono non esportabile alla fase dell'udienza preliminare il modello decisorio delineato dall'art. 263, comma 5, c.p.p. sulla base di due argomentazioni: da un lato, il procedimento oppositivo tipico della fase procedimentale risulta sostanzialmente diverso da quello che anima il segmento processuale dell'udienza preliminare¹¹; dall'altro, la tesi dell'immediata ricorribilità delle ordinanze del g.u.p. contrasta con il tenore letterale degli artt. 568, comma 2, e 586, comma 3, c.p.p.

Così ragionando, l'unica strada percorribile per la Corte è la non immediata impugnabilità dell'ordinanza del g.u.p. che decide sulle sorti del bene oggetto di sequestro probatorio, in modo da garantire il rispetto del principio di tassatività e tipicità dei mezzi di impugnazione e, al contempo, il diritto di difesa dell'interessato, al quale non viene preclusa *ex se* la facoltà di impugnare, ben potendo reiterare la richiesta di dissequestro nelle successive fasi del giudizio di merito.

3. Il (superato) contrasto giurisprudenziale.

Il tema relativo all'impugnabilità del provvedimento con cui il g.u.p. decide sulla richiesta di restituzione delle cose sequestrate è al centro del dibattito giurisprudenziale da oltre un trentennio.

Secondo un più risalente orientamento¹², in nome del principio di tassatività che infonde il sistema dei rimedi processuali, deve ritenersi esclusa l'esperibilità di qualsivoglia forma di gravame vista l'assenza di una pertinente disciplina relativa all'impugnabilità della suddetta decisione.

Una simile impostazione – si è detto¹³ – non determina alcuna lesione del diritto di difesa posto che l'interessato può comunque far valere le proprie ragioni nelle successive fasi processuali, impugnando l'ordinanza unitamente alla sentenza, secondo quanto statuisce l'art. 586 c.p.p.

La giurisprudenza più recente, superando gli approdi più "rigorosi", è sostanzialmente concorde nel ritenere impugnabile il provvedimento con cui il g.u.p. rigetta il provvedimento di revoca del sequestro probatorio: da un lato, perché «tale

¹⁰ Così Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2023, n. 32938, cit., p. 11.

¹¹ Come chiarito sempre da Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2023, n. 32938, cit., p. 14, «mentre il giudice dell'opposizione può fare a meno della presenza delle parti, il g.u.p. non può prescindere. L'opposizione, inoltre, sollecita un controllo postumo sulla decisione del p.m., essendo mezzo di impugnazione, differenza dell'ordinanza del g.u.p. Infine, l'opposizione presuppone l'esistenza di un provvedimento sulla sorte del bene sequestrato, mentre l'ordinanza del g.u.p. ne decide essa stessa sorte». Sul punto, si rinvia a § 6.

¹² Cass., Sez. II, 14 ottobre 2010, n. 2282, in *CED Cass.*, n. 249486; Cass., Sez. I, 14 febbraio 2002, n. 12546, *ivi*, n. 221076; Cass., Sez. II, 30 settembre 1997, n. 5163, *ivi*, n. 209017; Cass., Sez. V, 8 gennaio 1996, n. 18, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3429, con nota di R. MENDOZA, *Sulla ricorribilità per cassazione delle ordinanze del g.i.p. emesse a seguito di opposizione al diniego di restituzione delle cose sequestrate*.

¹³ Cass., Sez. II, 14 ottobre 2010, n. 2282, cit.

vuoto di tutela “intermedio” (ossia circoscritto alla fase compresa tra la chiusura delle indagini preliminari e l’inizio del dibattimento) non trova alcuna spiegazione ragionevole¹⁴; dall’altro, perché «è un dovere del giudice, prima ancora che un potere, quello di trovare – nel silenzio della legge – un’interpretazione che ponga rimedio ad un’evidente lacuna non suscettibile di giustificazione razionale»¹⁵.

Le posizioni, va precisato, divergono in rapporto alla tipologia di provvedimento da esperire.

Un primo e più corposo indirizzo¹⁶, vista la necessità di colmare una lacuna in termini di garanzia dei diritti del richiedente, sostiene l’applicazione analogica del rimedio di cui all’art. 263, comma 5, c.p.p. e, dunque, propende per la ricorribilità per cassazione del provvedimento di rigetto adottato nel corso dell’udienza preliminare. Tale orientamento si fonda sulla constatazione per cui la decisione emessa a seguito dell’opposizione per la restituzione delle cose sequestrate in sede di indagini preliminari non è strutturalmente diversa da quella emanata dal g.u.p., trattandosi, in entrambi i casi, di un’ordinanza assunta nel contraddittorio tra le parti. In quest’ottica, secondo i giudici di legittimità, il provvedimento adottato nella fase dell’udienza preliminare è suscettibile di ricorso per cassazione per ciascuno dei motivi indicati nell’art. 606, comma 1, c.p.p.¹⁷.

Un secondo indirizzo¹⁸, invece, propende per la praticabilità dello strumento di impugnazione dell’appello cautelare, *ex art. 322-bis c.p.p.*, in ragione della similarità tra la disciplina riservata al sequestro probatorio e quella dettata per il sequestro preventivo. Secondo tale orientamento, il legislatore – nel prevedere la proponibilità di un unico atto di gravame (ossia la richiesta di riesame ai sensi dell’art. 324 c.p.p.) per impugnare i rispettivi provvedimenti applicativi – instaura un evidente parallelismo tra il sequestro preventivo e il sequestro probatorio, sia in rapporto alla comune matrice¹⁹, sia con riguardo ai relativi effetti²⁰.

¹⁴ Cass., Sez. III, 11 dicembre 2007, n. 4554, in *CED Cass.*, n. 238820.

¹⁵ Cass., Sez. VI, 10 novembre 2021, n. 3167, in *Proc. pen. giust.*, 2022, n. 4, p. 947, con nota di L. SAPONARO, *La possibilità di una nuova impugnazione nel caso di mancata restituzione delle cose sequestrate: percorsi giurisprudenziali*.

¹⁶ Cass., Sez. V, 24 maggio 2022, n. 37145, in *CED Cass.*, n. 283598; Cass., Sez. I, 1 aprile 2021, n. 21365, *ivi*, n. 281370; Cass., Sez. VI, 24 marzo 2021, n. 16801, *ivi*, n. 281114; Cass., Sez. III, 22 gennaio 2015, n. 11489, *ivi*, n. 262979; Cass., Sez. VI, 28 febbraio 2013, n. 18814, *ivi*, n. 256473; Cass., Sez. V, 18 giugno 2009, n. 33695, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 172, con osservazioni di G. LEO, *Rigetto della richiesta di dissequestro in sede di udienza preliminare*.

¹⁷ Cfr. Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2008, n. 9857, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3326, con nota di A. SCARCELLA, *Motivi deducibili nel ricorso per Cassazione contro l’ordinanza di rigetto ex art. 263, co. 5 Cpp, ed individuazione del rito camerale applicabile*. Cfr., pure, P. PICCIALLI, *L’impugnazione del provvedimento del g.i.p. che decide sulla richiesta di restituzione*, in *Corr. merito*, 2009, n. 5, p. 545.

¹⁸ Cass., Sez. VI, 29 ottobre 2019, n. 46141, in *CED Cass.*, n. 277389; Cass., Sez. VI, 10 novembre 2021, n. 3167, *cit.*; Cass., Sez. III, 11 dicembre 2007, n. 4554, *cit.* In dottrina, R. MENDOZA, *Compatibilità del procedimento di restituzione delle cose sequestrate all’avente diritto con il sequestro preventivo*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3746.

¹⁹ Sul punto Cass., Sez. Un., 30 maggio 2019, n. 40847, in *questa Rivista*, 24 gennaio 2020, con nota di I. GUARINI, *Annullamento del sequestro probatorio e ambiti di operatività del divieto di restituzione dei beni*.

²⁰ Così Cass., Sez. VI, 10 novembre 2021, n. 3167, *cit.*

Di qui, non potendo accogliere il precedente indirizzo in ragione della previsione di cui all'art. 111, comma 7, Cost. e nemmeno lasciare sguarnito di effettiva tutela l'interessato, l'ordinanza reiettiva della richiesta di dissequestro resa dal g.u.p. è impugnabile esclusivamente a mezzo di appello cautelare.

4. Le *species* di impugnazione dell'ordinanza che decide sulla restituzione delle cose sequestrate.

Una volta circoscritti i termini del dibattito e analizzata la posizione della giurisprudenza di legittimità, occorre soffermarsi sullo stato dell'arte, ossia sulle procedure impugnatorie esperibili avverso i provvedimenti che decidono sulla restituzione delle cose sottoposte a sequestro; indagine, questa, funzionale a comprendere se e in che termini il sistema offra degli spazi di manovra per "adattare" le forme di gravame esistenti al caso in cui l'ordinanza sia emessa nel corso dell'udienza preliminare.

Come noto, il Codice 1988 – a differenza del codice abrogato²¹, nel quale la restituzione delle cose sequestrate trovava «una regolamentazione tortuosa e persino difficilmente intelligibile»²² – introduce una disciplina *ad hoc* per tipizzare la procedura relativa alla restituzione delle cose oggetto di *adprehensio*²³.

In particolare, l'art. 263 c.p.p., così come modificato nei primi Anni '90²⁴, riconosce l'esistenza di un rimedio *ad hoc* avverso il provvedimento di accoglimento o di rigetto dell'istanza di dissequestro probatorio, esperibile nell'ambito della fase delle indagini preliminari e di quella esecutiva. Il comma 5 dell'art. 263 c.p.p. prevede che il decreto con cui il p.m. decide sulla restituzione delle cose sequestrate può essere impugnato «dagli interessati» mediante «opposizione» al g.i.p., il quale provvede «a norma dell'art. 127 c.p.p.» e, dunque, instaurando un *sub* procedimento in contraddittorio che si conclude con un'ordinanza ricorribile per cassazione, ai sensi del comma 7 della medesima disposizione²⁵. Nel caso in cui il procedimento venga definito con sentenza irrevocabile, la questione relativa al dissequestro deve essere sottoposta al

²¹ Per una panoramica dell'istituto durante la vigenza del Codice 1930, *ex plurimis*, P. FERRONE, *Il sequestro nel processo penale*, Milano, 1974, p. 178; G. PAOLOZZI, *Il sequestro penale*, Padova, 1984, p. 27.

²² Così *Relazione al progetto preliminare al codice di procedura penale*, in *Gazz. uff.*, 24 ottobre 1988, n. 250, serie speciale, supplemento ordinario, n. 2, p. 69.

²³ In proposito, M. ARENA, *Restituzione condizionata di cose sequestrate: ammissibile l'opposizione al giudice per le indagini preliminari?*, in *Giur. it.*, 2001, p. 360; G. BELLANTONI, *Sequestro probatorio e processo penale*, Piacenza, 2005; A. MELCHIONDA, *Sequestro per il procedimento penale*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 148. Più di recente, M. BARGIS, *Riforma in due fasi per la disciplina dell'appello penale*, in *Dir. pen. cont.*, 13 giugno 2018.

²⁴ Per dovere di completezza, si precisa che l'attuale conformazione dell'art. 263 c.p.p. è dovuta al d.lgs. 14 gennaio 1991, n. 12, con cui veniva attribuito al p.m. un potere decisorio pieno (non più, cioè, limitato al solo accoglimento della richiesta restitutoria) sull'istanza di dissequestro, riservando al g.i.p. il compito di decidere sull'opposizione al decreto motivato del procuratore.

²⁵ Nel caso di specie, non vi sono dubbi circa la possibilità di esperire il ricorso per cassazione avverso l'ordinanza con la quale il g.i.p. decide sull'opposizione proposta dall'interessato. Cfr. Cass., Sez. Un., 31 gennaio 2008, n. 7946, in *CED Cass.*, n. 238507.

giudice dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 265, comma 6, c.p.p. Anche in tale circostanza, nel caso di opposizione avverso il decreto del giudice, si instaura una procedura in contraddittorio, nelle forme di cui all'art. 666 c.p.p., che si conclude con un'ordinanza ricorribile per cassazione.

Pur se non espressamente previsto nel dettato normativo di cui all'art. 265 c.p.p., la tutela dell'imputato non viene meno qualora il provvedimento sia emesso in sede dibattimentale: seguendo la regola generale espressa dall'art. 586 c.p.p., l'ordinanza con cui si decide la sorte delle cose sequestrate emanata nel corso del giudizio è impugnabile unitamente alla sentenza con cui si definisce il processo²⁶.

Alla luce della ricostruzione offerta, può affermarsi che il sistema non prevede espressamente delle forme rimediali da esperire nel caso in cui la richiesta di restituzione del bene sottoposto a sequestro probatorio venga proposta dopo l'esercizio dell'azione penale ma prima del giudizio, ovvero prima che il processo sia definito con sentenza irrevocabile. Di qui, sorge il dubbio relativo alla possibilità di impugnare immediatamente e autonomamente il provvedimento che decide sull'istanza di dissequestro emesso in udienza preliminare: se, da una parte, la scelta di non inserire alcuna previsione esplicita potrebbe essere interpretata come espressione di una *voluntas* ben definita, dall'altra, tale assenza potrebbe figurare come una irragionevole lacuna normativa in grado di arrecare un *vulnus* per l'interessato impossibilitato a far valere immediatamente e autonomamente il proprio diritto soggettivo.

5. Alla ricerca di un rimedio per lenire gli effetti del "danno da sequestro".

A fronte di un sistema che non contempla alcun rimedio immediato e autonomo per avversare il provvedimento del g.u.p. che decide le sorti dei beni sottoposti a sequestro probatorio, occorre interrogarsi *in primis* sull'opportunità di introdurre specifiche garanzie «per far valere davanti al giudice i diritti soggettivi e gli altri interessi giuridici»²⁷ che possono essere compresi in ragione del mantenimento del vincolo di *adprehensio* fino (almeno) alla decisione di primo grado; *in secundis*, qualora si dovesse ritenere necessaria la previsione di una procedura impugnatoria, è importante domandarsi se sia possibile mutuare le forme di gravame già previste dall'ordinamento con riferimento a "casi simili" e, dunque, decidere di ammettere il ricorso per cassazione, in analogia con quanto previsto per la procedura oppositiva in sede di indagini preliminari, ovvero l'appello cautelare, sulla scia di quanto accade per il sequestro preventivo.

Schematizzando, occorre comprendere se: a) è ragionevole assicurare un rimedio "autosufficiente" avverso l'istanza di dissequestro emessa in sede di udienza preliminare; b) la procedura oppositiva prevista per le indagini preliminari dall'art. 265, comma 5, c.p.p. è assimilabile alla fase dell'udienza preliminare; c) il sequestro

²⁶ Sul punto, approfonditamente, G. TRANCHINA, voce *Impugnazione*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1998, p. 393.

²⁷ Così V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, VI ed., vol. II, Torino, 1968, p. 542.

preventivo presenta tratti comuni – per forma e caratteristiche – all’istituto ricompreso tra i mezzi di ricerca della prova, così da verificare la possibilità di applicare, anche al sequestro probatorio, l’appello realcautelare secondo quanto previsto dall’art. 322-*bis* c.p.p.

Con riferimento al primo aspetto, conviene partire dalla posizione assunta dalle Sezioni Unite per cui «non necessariamente, né sempre, la legittimità della limitazione delle situazioni giuridiche soggettive attive incise dall’azione del p.m. impone verifiche giurisdizionali di immediato “doppio livello”»²⁸. In altre parole, secondo la Corte, la possibilità di impugnare l’ordinanza di accoglimento o rigetto dell’istanza di dissequestro rappresenta *ex se* una garanzia per l’interessato, il cui diritto di adire un giudice per richiedere un controllo su un provvedimento che si presume errato è assicurato dal complesso di rimedi esperibili nei differenti segmenti procedurali. Una simile conclusione non sembra del tutto convincente: la circostanza per cui «quel che conta è che al titolare [di situazioni giuridiche attive incise dall’azione del p.m.] sia garantito il diritto di ricorrere al giudice»²⁹, stride con l’invadenza soggettiva tipica del sequestro probatorio e mal di concilia con le istanze di tutela “effettiva” dell’interesse soggettivo alla restituzione del bene sottoposto ad *adprehensio*. Per diverse ragioni.

Intanto, tale posizione non sembra cogliere i dirompenti effetti derivanti dallo spossessamento coattivo della *res* da parte dello Stato e, dunque, il profondo sacrificio sofferto da chi è attinto dalla misura (c.d. danno da sequestro)³⁰. Si pensi, solo a titolo esplicativo, al depauperamento del bene a seguito della protrazione del tempo di mantenimento del vincolo, alla possibile distruzione della *res* sottoposta a sequestro, ai danni economici cagionati a chi subisce la misura e, più in generale, alla sospensione dei diritti amministrativi e patrimoniali goduti sul bene stesso. Senza contare, poi, che - non essendo cadenzati da precise scadenze imposte dal legislatore - i tempi di restituzione delle cose sequestrate possono essere molto lunghi: la risposta del p.m. o del giudicante all’istanza di dissequestro avanzata dalla difesa, infatti, può avvenire anche dopo molti mesi, qualche volta anche dopo anni, così come può essere eseguito dopo diverso tempo il provvedimento di restituzione delle cose sequestrate. Ciò significa che, nella realtà giudiziaria, occorre prevedere delle forme di tutela “tempestive” che consentano all’interessato di agire nel più breve tempo possibile per ricomporre il diritto ingiustamente compromesso³¹.

Va poi detto che non convince la scelta di negare l’impugnabilità del provvedimento sul rilievo per cui il sistema già assicura dei rimedi per l’imputato che lamenta la lesione del diritto soggettivo: una simile impostazione, infatti, determina un’irragionevole compressione del diritto di difesa, *ex art. 24*, comma 2, Cost., che, come

²⁸ Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2023, n. 32938, cit., p. 17, che richiama C. eur., 5 maggio 2020, *Madzarovic c. Montenegro* e C. eur., 5 aprile 2018, *Cubac c. Croazia*.

²⁹ Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2023, n. 32938, cit., p. 17.

³⁰ Sul punto, approfonditamente, D. CURTOTTI, *La restituzione dei beni sequestrati: imputato vittima e danno non risarcibile*, in *La vittima del processo. I danni da attività processuale penale*, a cura di G. Spangher, Torino, 2017, p. 157.

³¹ C. eur., 30 marzo 1989, *Chappel c. Regno Unito*.

noto, è volto a «proteggere [in ogni stato e grado del procedimento] il cittadino contro l'attacco mosso con una qualsiasi procedura giudiziaria, assicurandogli la più ampia possibilità di operare nel processo per la tutela dei beni che questo mette in pericolo»³². In un'accezione più ampia, tale precetto deve essere inteso quale diritto a una tutela giurisdizionale "effettiva" (art. 13 CEDU, art. 47 della Carta dei Diritti fondamentali dell'UE e art. 19 del Trattato sull'UE)³³, consistente nella possibilità di esperire «un rimedio giuridico efficace ed efficiente per rimuovere decisioni giudiziarie [...] sfavorevoli»³⁴. In questa prospettiva, non sembrano tollerabili forme di protezione "differita", da esercitare solo se e quando il procedimento è volto a termine o, addirittura, in sede di esecuzione.

Nemmeno paiono pertinenti i rilievi della giurisprudenza di legittimità che sottolinea la naturale esiguità che connota la fase dell'udienza preliminare e, dunque, che «la compressione del diritto [...] risulta limitata nel tempo»³⁵. Da un lato, infatti, deve evidenziarsi che la "misura" della violazione non può dipendere dal "tempo" di compressione dei diritti e delle garanzie: nel momento in cui si verifica la lesione di una posizione giuridica soggettiva attiva, il sistema deve garantire l'azione per rimuoverne gli effetti, pena la violazione del diritto di difesa. Dall'altro, non può asserirsi - con tale semplicità - che l'udienza preliminare si connota per una «naturale esiguità»: come è noto, infatti, l'udienza "filtro" è anche la sede ospitante alcuni i riti alternativi e, di conseguenza, può protrarsi per un tempo assai cospicuo³⁶.

Soprattutto, la scelta delle Sezioni Unite sembra non considerare la delicata posizione del terzo: se all'imputato è comunque riconosciuta una (seppur "ritardata") tutela, il soggetto interessato alla restituzione della *res* si trova sguarnito di qualsivoglia

³² Così D. CURTOTTI, *Difesa penale*, in *Dig. pen.*, III, Torino, 2005, p. 370. Sul precetto *de quo, ex plurimis*, G. BELLAVISTA, *Difesa giudiziaria penale*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 454; P. FERRUA, *Difesa (diritto di)*, in *Dig. pen.*, III, Torino, 1989; G. FOSCHINI, *Sistema del diritto processuale penale*, I, Milano, 1965, p. 271.

³³ In questo senso C. eur., 30 marzo 1989, *Chappel c. Regno Unito*, cit.; C. eur., 16 ottobre 2007, *Wieser y Bicos Beteiligungen GmbH c. Austria*, C. eur., 8 dicembre 2020, *Bostan c. Moldavia*. In dottrina, *ex multis*, D. DOMINICUCCI, L. FILPO, *La tutela giurisdizionale effettiva nel diritto dell'Unione europea*, in *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini, Milano, 2017, p. 863; R.E. KOSTORIS, *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2022, p. 1; G. VITALE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, in *www.federalismi.it*, 28 febbraio 2018.

³⁴ G. LEONE, *Sistema delle impugnazioni penali. Parte generale*, Napoli, 1935, p. 14.

³⁵ Cass., Sez. V, 8 gennaio 1996, n. 18, cit. Invero, non sembrano pertinenti nemmeno i rilievi delle Sezioni Unite, per cui la possibilità di impugnare autonomamente il provvedimento che decide sulla richiesta di restituzione del bene sequestrato emanato in udienza preliminare determinerebbe una disparità trattamentale "al contrario": come precisato, infatti, «nessuno dei due orientamenti spiega la ragione per la quale la decisione del g.u.p. sulla restituzione del bene sequestrato può essere immediatamente impugnata (con appello "cautelare" o con ricorso per cassazione), mentre quella del giudice del dibattimento deve "sopportare" i tempi fisiologicamente più lunghi del processo, dovendo essere impugnata insieme con la sentenza», per Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2023, n. 32938, cit., p. 16.

³⁶ Sul punto, assai interessanti appaiono le riflessioni di F. CASSIBBA, *L'udienza preliminare*, Milano, 2007, p. 10.

protezione, risultandogli preclusa la possibilità di impugnare il provvedimento di diniego dell'istanza di dissequestro unitamente alla sentenza³⁷.

Alla luce di tali considerazioni, può dirsi che l'invadenza soggettiva connotata al sequestro determina la necessità di prevedere uno strumento di gravame autonomo e tempestivo per avversare il provvedimento che decide sulla restituzione delle cose sequestrate (anche se) emesso in udienza preliminare: non potendo immaginare di offrire una tutela "differita" e "parziale", lo studio prosegue interrogandosi sulla possibilità di adattare gli istituti già noti al sistema con lo scopo di garantire un'applicazione omogenea delle procedure rimediali.

6. Segue: l'inadeguatezza delle forme di gravame esistenti.

Nel tentativo di adeguare il farraginoso meccanismo delle forme di gravame esperibili avverso i provvedimenti che decidono le sorti del vincolo di sequestro, occorre soffermarsi sulla possibilità di "sovrapporre" il provvedimento emesso all'esito della procedura oppositiva di cui all'art. 263, comma 5, c.p.p. all'ordinanza emanata in sede di udienza preliminare, così da consentire l'esperibilità del ricorso per cassazione per impugnare la misura ablativa *de qua*.

Se non vi è alcun dubbio che l'istanza di dissequestro possa essere proposta anche durante l'udienza preliminare e che il giudice sia chiamato a provvedervi, si ritiene che la decisione sulle sorti del sequestro probatorio debba essere assunta nell'ambito delle regole che governano la celebrazione e la chiusura di tale fase processuale e, dunque, in camera di consiglio con l'instaurazione di un contraddittorio "obbligatorio" tra le parti, secondo quanto previsto dall'art. 420 c.p.p.

A ben guardare, pur riferendosi al procedimento camerale, nel dettato dell'art. 420 c.p.p. manca il richiamo «alla norma di cui all'art. 127 c.p.p.», richiamo sul quale si fonda in via prevalente la tesi che ammette la proponibilità del ricorso quando la decisione sia assunta in sede di opposizione al provvedimento del p.m.

In assenza di riferimenti espliciti all'art. 127 c.p.p., sorgono dubbi circa la possibilità di adattare il modello decisorio esperibile in fase di investigativa una volta cominciato il processo. Più in particolare, si guarda con un certo scetticismo l'opzione per cui sussiste una "regola" generalizzata di ammissibilità dell'impugnazione davanti al giudice di legittimità con riguardo a tutti i provvedimenti assunti in esito ad un procedimento in camera di consiglio: come più volte chiarito dalla giurisprudenza³⁸, non

³⁷ Come chiarito da Cass., Sez. III, 11 dicembre 2007, n. 4554, cit., «[L]ordinanza con cui il giudice del dibattimento, in pendenza del processo, provvede sull'istanza di dissequestro, proposta da un terzo che non è parte del giudizio, è impugnabile esclusivamente mediante l'appello previsto dall'art. 322-bis c.p.p., non trovando applicazione in tale ipotesi il generale principio dell'impugnabilità dell'ordinanza unitamente alla sentenza che definisce il giudizio, in quanto il terzo non è legittimato a proporre impugnazione avverso tale sentenza». In senso conforme, Cass., Sez. VI, 29 ottobre 2019, n. 46141, cit.

³⁸ In effetti, non è incontrastato l'assunto che, mediante il richiamo all'art. 127 c.p.p. quale norma regolatrice di un determinato *sub* procedimento, il legislatore abbia inteso ammettere in ogni caso che il provvedimento conclusivo sia suscettibile di ricorso per cassazione. Come chiarito da Cass., Sez. Un., 23 dicembre 1992, n.

esiste un automatismo tra procedimento camerale e ricorso per cassazione, pena la violazione del principio di tassatività dei mezzi di gravame.

Conseguentemente, deve ritenersi che il primo motivo ostativo all'applicabilità del rimedio previsto per l'ordinanza emessa nella fase delle indagini preliminari è di tipo letterale: pur se il provvedimento del g.u.p. – al pari di quello deliberato durante le indagini preliminari a seguito dell'opposizione – viene assunto in contraddittorio, la mancanza di un riferimento esplicito al dettato di cui all'art. 127 c.p.p. non consente di applicare *de plano* la procedura rimediabile del ricorso per cassazione, riservato in via esclusiva alle sentenze e ai provvedimenti che decidono sulla libertà personale³⁹.

Sotto altro aspetto, occorre evidenziare che i profili differenziali tra i modelli procedurali in questione ostano alla "traslazione" del meccanismo oppositivo di cui all'art. 263, comma 5, c.p.p. alla fase dell'udienza preliminare: diverse sono le "intensità" del contraddittorio richiesto⁴⁰, così come diverse sono le tipologie di provvedimenti aggredibili, posto che l'opposizione presuppone l'esistenza di un atto che ha già deciso sulla sorte del bene oggetto di sequestro, mentre l'ordinanza del g.u.p. decide *ab origine* (*rectius*: per la prima volta) sull'accoglimento o sul rigetto dell'istanza.

Altrettante perplessità si riscontrano nel tentativo di adattare l'appello realcautelare, di cui all'art. 322-*bis* c.p.p., per impugnare l'ordinanza reiettiva del dissequestro probatorio emessa in udienza preliminare⁴¹. In questo caso, il parallelismo tra le due *species* di sequestro – fondato sulla comunanza del rimedio del riesame avverso il provvedimento genetico del vincolo⁴² – non regge a fronte delle differenze ontologiche

17, in *Giur. pen.*, 1994, III, p. 518, con nota DI P. DELL'ANNO, *Davvero non ricorribili i provvedimenti in tema di proroga delle indagini?*, «il rinvio all'art. 127 c.p.p. operato in altre norme dello stesso codice con la formula 'secondo le forme previste' o altre equivalenti, riguarda le regole di svolgimento dell'udienza camerale ma non implica di per sé la ricezione completa del modello procedimentale descritto in tale norma, *ivi* compreso il ricorso in sede di legittimità». Cfr., anche, Cass., Sez. VI, 20 novembre 2008, n. 48430, in *CED Cass.*, 242137, e Cass., Sez. III, 31 maggio 2017, n. 37166, *ivi*, n. 270919. In dottrina, per tutti, M. PASTORE, *La "forma" e la "norma" di cui all'art. 127 Cpp: la differente formulazione del rinvio al procedimento camerale ai fini del ricorso per cassazione*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 259.

³⁹ In senso conforme, G. TRANCHINA, *Impugnazione*, cit., p. 397; G. LEO, *Rigetto della richiesta di dissequestro in sede di udienza preliminare*, cit., p. 174. *Contra* P. DELL'ANNO, *Davvero non ricorribili i provvedimenti in tema di proroga delle indagini?*, cit., p. 524.

⁴⁰ Come noto, mentre nel caso di opposizione *ex art.* 263, comma 5, c.p.p., in virtù del richiamo operato dalla norma all'art. 127 c.p.p., «le parti sono sentite se compaiono», nell'udienza preliminare la presenza del p.m. e del difensore è «necessaria», secondo quanto disposto dal comma 1 dell'art. 420 c.p.p.

⁴¹ Come noto, l'art. 322-*bis* c.p.p. delinea un meccanismo impugnatorio autonomo, funzionale a consentire il gravame a quei soggetti e in quelle situazioni nelle quali non è ammesso il riesame e nemmeno il ricorso per cassazione. In particolare, il rimedio è esperibile avverso i provvedimenti che respingono la richiesta di sequestro o quella di restituzione dei beni sottoposti ad *adprehensio*, ossia le ordinanze di rigetto dell'istanza di restituzione o di diniego di concessione o di revoca della misura pronunciate dal giudicante. In dottrina, *ex multis*, E. APRILE, *I provvedimenti dinanzi al tribunale della libertà*, Milano, 1999; ID., *Le misure cautelari nel processo penale*, Milano, 2003; P. BALDUCCI, *Il sequestro preventivo nel processo penale*, Milano, 1991; A. CONFALONIERI, *I controlli sulle misure cautelari*, in *Le impugnazioni penali*, a cura di A. Gaito, II, Torino, 1998, p. 987; A. SCARCELLA, *Art. 322 bis Cpp, appello cautelare reale e compatibilità con l'art. 310 c. 3 Cpp*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2389.

⁴² Cass., Sez. VI 10 novembre 2021, n. 3167, cit.; Cass., Sez. VI, 29 ottobre 2019, n. 46141, cit.; Cass., Sez. III, 11 dicembre 2007, n. 4554, cit.

tra gli istituti *de quibus*⁴³, specialmente con riferimento «alle autonome specificità funzionali, alla disciplina organicamente diversa delle due forme ablatorie, ciascuna con ambiti, scopi, oggetti e regole ben individuate»⁴⁴. In particolare, «per il fatto che l'uno (quello probatorio) è un mezzo di ricerca della prova e l'altro (quello preventivo) è una misura cautelare reale»⁴⁵, le due tipologie di sequestro conoscono presupposti applicativi diversi: se il provvedimento di sequestro preventivo si fonda sulla sussistenza del pericolo che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso o agevolare la commissione di altri reati, quello probatorio presuppone la sussistenza di materiale utile alle indagini.

Differenti, poi, sono gli scopi del vincolo di *adprehensio*, posto che unicamente il sequestro probatorio «presenta una caratterizzazione in senso processuale, desumibile dalla strumentalità del vincolo all'accertamento dei fatti e della sua temporaneità»⁴⁶.

Inoltre, con precipuo riferimento alle procedure rimediali, va sottolineata la differente finalità delle forme di impugnazione esperibili: nel caso del sequestro probatorio, il gravame è volto ad azionare un controllo circa la verifica sulla della sussistenza delle esigenze che rendono necessario il mantenimento del vincolo (c.d. esigenze di carattere probatorio, *ex art. 262, comma 1, c.p.p.*)⁴⁷, mentre nel caso di sequestro preventivo, il gravame è funzionale alla verifica della persistenza delle ragioni giustificanti il mantenimento della misura cautelare (c.d. esigenze cautelari, *ex artt. 322 ss. c.p.p.*).

Nemmeno il rimedio dell'appello realcautelare sembra idoneo ad offrire adeguata tutela avverso le decisioni in materia di dissequestro emesse durante l'udienza preliminare. Dunque, procedere ad una parificazione tra gli istituti processuali *de quibus* determina una forzatura per l'ordinamento sia sotto il profilo letterale che sotto il profilo logico-sistematico⁴⁸.

7. Il ricorso all'interpretazione analogica per superare la *littera legis*: un'ipotesi che non convince.

Alla luce delle considerazioni effettuate, emerge che le procedure esistenti risultano inadeguate a rappresentare la forma rimediale da impiegare avverso il provvedimento con cui il g.u.p. decide le sorti del vincolo probatorio.

⁴³ Sulle differenze tra le *species* di sequestro, A. MELCHIONDA, *Sequestro per il procedimento penale*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 148; S. MONTONE, *Sequestro penale*, in *Dig. pen.*, XIII, Torino, 1997, p. 253; M. MONTAGNA, *I sequestri nel sistema delle cautele penali*, Padova, 2005.

⁴⁴ Così, S. MONTONE, *Sequestro penale*, cit., p. 262.

⁴⁵ D. CURTOTTI, *Sequestri*, in *Atti processuali penali, patologie, sanzioni, rimedi*, diretto da G. Spangher, Milano, 2013, p. 1187.

⁴⁶ Cass., Sez. VI, 24 marzo 2021, n. 16801, cit.

⁴⁷ Come precisato nella *Relazione al progetto preliminare al codice di procedura penale*, cit., p. 69, «la vicenda estintiva del vincolo sulle cose acquisite a fini di prova [è] da ricollegare innanzitutto al venir meno delle esigenze probatorie che hanno indotto a emanare il provvedimento».

⁴⁸ In questo senso, T. MORCELLA, *Appello cautelare*, cit., p. 193.

Arrivati a questo punto, l'ultima *chance* che rimane per non lasciare sguarnito di tutela effettiva l'interessato è invocare l'interpretazione analogica. Come noto, l'art. 12 disp. prel. c.c., consente, in determinate circostanze, di colmare vuoti e lacune normative per proteggere le prerogative individuali attraverso il richiamo alle disposizioni che regolano «casi simili o materie analoghe». Inoltre, secondo un orientamento giurisprudenziale ormai sedimentato, «è ammessa l'interpretazione estensiva delle fattispecie processuali o anche l'analogia tra casi diversi, purché si tratti di sopperire ad un'evidente deficienza del sistema tale da assumere, se non colmata, i tratti di una disciplina la cui lettura sarebbe costituzionalmente non giustificabile»⁴⁹.

Si potrebbe arrivare a ritenere applicabile – in via analogica – il rimedio che il legislatore ha riservato alla fase investigativa, *ex art. 263*, comma 5, c.p.p., ovvero - in via estensiva - l'appello realcautelare, di cui all'art. 322-*bis* c.p.p., previsto per il sequestro preventivo anche per impugnare il provvedimento emesso in udienza preliminare.

Un simile impostazione, tuttavia, non può essere accolta senza riserve.

Intanto, l'interpretazione analogica non può prescindere dalla *littera legis* che rappresenta il «limite di ogni altro criterio ermeneutico»⁵⁰, «il confine in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità»⁵¹. Ciò significa che, in ogni caso, il tenore letterale della disposizione normativa rappresenta un canone fondamentale di interpretazione cui il giudicante si deve attenere. Di conseguenza, la formula dell'art. 263, comma 5, c.p.p. – riservato al solo «decreto del p.m.» emesso in fase di indagini preliminari – e quella di cui all'art. 322-*bis* c.p.p. – relativo esclusivamente all'appello «contro le ordinanze in materia di sequestro preventivo» – non consente il ricorso ad interpretazioni analogiche o estensive.

Inoltre, l'opposizione al provvedimento emesso in sede di indagini preliminari e l'appello realcautelare non possono essere ricompresi tra i «casi simili» idonei a consentire il ricorso all'analogia *legis* secondo la previsione di cui all'art. 12 disp. att. c.c.: come già anticipato⁵², le differenze ontologiche esistenti tra gli istituti richiamati non permettono di ritenere che gli istituti *de quibus* siano sovrapponibili.

Nemmeno è possibile richiamare quegli orientamenti giurisprudenziali per cui è ammesso il ricorso ad interpretazioni analogiche anche in rapporto a «casi diversi»⁵³: l'apertura sistemica richiamata, infatti, è funzionale a supplire in via ermeneutica un «vuoto di tutela» e non invece ad offrire una risposta “immediata” e una garanzia effettiva per l'interessato.

In altri termini: se è vero che nel sistema processuale non manca del tutto il rimedio esperibile per aggirare l'ordinanza che decide le sorti del sequestro probatorio emessa in sede di udienza preliminare – posto che il provvedimento può essere oggetto

⁴⁹ Cass., Sez. III, 22 gennaio 2015, n. 11489, in *CED Cass.*, n. 262979. Ma già Cass., Sez. I, 6 luglio 1992, n. 3239, *ivi*, n. 192213.

⁵⁰ Cass., Sez. Un., 19 maggio 1999, n. 11, in *Riv. pen.*, 1999, n. 7, p. 640.

⁵¹ Cass. civ., Sez. Un., 1° ottobre 2014, n. 20661, in *Foro it.*, 2014, I, p. 3435. Nello stesso senso, più di recente, Cass. civ., Sez. Un., 9 settembre 2021, n. 24413, in *www.federalismi.it*.

⁵² Cfr. § 6.

⁵³ Cass. civ., Sez. Un., 1° ottobre 2014, n. 20661, cit.

di ricorso unitamente alla sentenza o mediante incidente di esecuzione –, è altrettanto vero che l'imputato non viene privato *tout court* dello strumento rimediale, ben potendo reiterare la richiesta nelle successive fasi di merito; quello che manca, invece, è un rimedio "effettivo" che consenta all'interessato di impugnare nel più breve tempo possibile il provvedimento, senza attendere la conclusione del processo o l'irrevocabilità della sentenza⁵⁴.

Non va, poi, dimenticato che il ricorso all'analogia trova un limite, oltre che nella *littera legis*, nel principio di tassatività⁵⁵ da considerare quale «principio base per tutta la materia delle impugnazioni penali»⁵⁶.

Tale precetto si riferisce tanto ai "casi" quanto ai "mezzi" di ricorso⁵⁷. Come noto, l'art. 568, comma 1, c.p.p., declina il principio in una duplice accezione: poiché solo la legge determina le ipotesi per cui è possibile esperire il ricorso, è inoppugnabile il provvedimento che il codice non dichiara espressamente soggetto ad un determinato mezzo di impugnazione; al legislatore è affidato il compito di definire "se" (*an*) e "come" (*quomodo*) i provvedimenti dei giudici possono essere oggetto di gravame⁵⁸.

Si tratta, dunque, di «un doppio profilo che rimanda la tassatività della connotazione ontologica, sia pur composta di un versante soggettivo e uno oggettivo»⁵⁹; l'obiettivo è quello di delineare un meccanismo "chiuso", in cui non può trovare spazio l'analogia⁶⁰.

⁵⁴ Tutt'al più, si può discutere del vuoto ordinamentale in rapporto alla posizione del terzo interessato alla restituzione che, come noto, non è legittimato ad impugnare il provvedimento unitamente alla sentenza: tuttavia, ricorrere all'interpretazione analogica solo per sopperire al vuoto di tutela del terzo interessato potrebbe risultare fuorviante sotto il profilo dell'applicazione pratica, ammettendo l'esperibilità del rimedio "immediato" solo per quest'ultimo e precludendo tale possibilità all'imputato.

⁵⁵ Ritornano sempre attuali le riflessioni di S. SATTA, *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, 1968, p. 143, secondo cui «[I]l principio che la legge è essenziale al processo perché solo la legge può contenere l'arbitrio del giudice non può essere messo in discussione: anzi direi che è del tutto pleonastico, perché il processo non è altro che legge».

⁵⁶ Così G. CONSO, *Questioni nuove di procedura penale*, Milano, 1959, p. 218.

⁵⁷ Per dovere di completezza, si precisa che solo la tassatività dei casi e non anche quella dei mezzi preclude ogni possibilità di deroga, secondo le previsioni di cui agli artt. 568, commi 1 e 5, c.p.p. Cfr. Cass., Sez. Un., 26 giugno 2002, n. 30326, in *CED Cass.*, n. 222003.

⁵⁸ Sul tema, E. APRILE, *Le impugnazioni penali*, Milano, 2004, p. 44; A. DE CARO, *Il sistema delle impugnazioni penali: legittimazione, forme e termini*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, a cura di G. Spangher, A. Marandola, G. Garuti, L. Kalb, IV, Torino, 2015, p. 17; C. IASEVOLI, *Il sistema delle impugnazioni e il provvedimento anormale*, in *Impugnazioni penali*, a cura di G. Canzio, R. Bricchetti, Milano, 2019, p. 23; O. LUPACCHINI, *Profili sistematici delle impugnazioni penali*, in *Le impugnazioni penali*, cit., p. 81; A. MARANDOLA, *Le disposizioni generali*, cit., p. 2; G. SPANGHER, *Impugnazioni penali*, in *Dig. pen.*, VI, Torino, 1992, p. 217; G. SPANGHER, *La pratica del processo penale*, I, Padova, 2012, p. 154; G. TRANCHINA, voce *Impugnazioni*, cit., p. 395; C. VALENTINI, *I profili generali della facoltà di impugnare*, in *Le impugnazioni penali*, cit., p. 194; G. L. VERRINA, *Principio di tassatività delle impugnazioni, provvedimenti anormali e ricorso per cassazione*, in *Giur. it.*, 2003, p. 561.

⁵⁹ Così, A. DE CARO, *Il sistema delle impugnazioni penali*, cit., p. 17.

⁶⁰ Come chiarisce F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, IX ed., p. 1091, «l'art. 568, comma 1, annuncia figure tassative: l'atto *x* è impugnabile in quanto un articolo del codice lo dica; e nel modo definito. Divieto di analogia».

L'unica eccezione alla regola è la previsione contenuta nel comma 2 dell'art. 568 c.p.p. che, sulla scia di quanto previsto dall'art. 111, comma 7, Cost., introduce una regola generalizzata per cui «è sempre ammesso il ricorso per cassazione avverso le sentenze e i provvedimenti limitativi della libertà personale»⁶¹, intendendo per “sentenza” qualsiasi atto che abbia contenuto decisorio e sia capace di incidere in via definitiva sui diritti⁶².

Prendendo in considerazione tale approdo giurisprudenziale, si potrebbe arrivare ad ammettere – come pure qualcuno ha fatto⁶³ – che l'ordinanza con cui il g.u.p. decide sulle sorti del dissequestro possa essere impugnata davanti al giudice di legittimità a fronte del carattere “ordinatorio” del provvedimento emesso in udienza preliminare.

Tuttavia, pur non negando che l'ordinanza con cui il g.u.p. dispone sull'istanza di dissequestro abbia carattere deliberativo (*rectius*: decisorio), deve ammettersi che tale provvedimento non è dotato del requisito di “definitività” poiché non conclude un procedimento o una sua fase e non è idoneo a pregiudicare irrevocabilmente la posizione del soggetto che si è visto negare la richiesta.

Non pare, quindi, ipotizzabile ricorrere all'interpretazione analogica della procedura di cui all'art. 263, comma 5, c.p.p., né all'applicazione estensiva dell'impugnazione prevista dall'art. 322-*bis* c.p.p., per aggredire le ordinanze emesse in sede di udienza preliminare, ostandovi il tenore letterale delle disposizioni in parola, le differenze strutturali che le contraddistinguono e, più in generale, il principio di tassatività dei mezzi di impugnazione.

In questo senso, posto che il legislatore non definisce né *l'an* né il *quomodo* dell'impugnazione, deve ritenersi esclusa la possibilità di prevedere un gravame *ad hoc* avverso l'ordinanza del g.u.p. che decide sul dissequestro: «l'individuazione di “lacune” nel sistema delle impugnazioni non può condurre all'elusione del principio di tassatività e legalità processuale, sembrando semmai più ragionevole discutere circa la compatibilità costituzionale delle singole scelte preclusive attuate dal legislatore»⁶⁴.

8. Le occasioni mancate e gli scenari futuribili.

Alla luce della ricostruzione offerta, possono trarsi alcune considerazioni di sistema che si spingono, in prospettiva futuribile, ad avanzare soluzioni per ricomporre l'alternativa tra supplire in via ermeneutica supposti vuoti normativi e assecondare una rigida lettura del dato legislativo.

⁶¹ G. SPANGHER, *Impugnazioni penali*, cit., p. 220.

⁶² Cfr. Cass., Sez. Un., 26 giugno 2008, n. 36717, in *Cass. pen.*, 2009, p. 61; Cass., Sez. Un., 10 giugno 2003, n. 25080, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2003, n. 5, p. 442.

⁶³ Secondo T. MORCELLA, *Appello cautelare*, cit., p. 192, «la disposizione [di cui all'art. 568, comma 2, c.p.p.] certo non preclude la ricorribilità per cassazione di provvedimenti giurisdizionali diversi da quelli testè indicati».

⁶⁴ Così G. LEO, *Rigetto della richiesta di dissequestro in sede di udienza preliminare*, cit., p. 174.

Il sistema non offre adeguata tutela per l'imputato al quale viene preclusa l'immediata impugnabilità del provvedimento che decide sull'istanza di dissequestro promossa in udienza preliminare. I rimedi esistenti non possono trovare immediato impiego per avversare l'ordinanza del g.u.p., pena la violazione del principio di tassatività delle impugnazioni.

Deve, tuttavia, ammettersi che la dichiarazione di inoppugnabilità dell'ordinanza con cui il g.u.p. accoglie o rigetta l'istanza di dissequestro avanzata dalla Corte non può essere accolta senza riserve. È necessario offrire un rimedio "immediato" per l'imputato al fine di contenere gli effetti perniciosi del danno da sequestro e, al contempo, occorre intervenire per proteggere la posizione del terzo interessato al dissequestro del bene, posto che l'ordinamento non prevede alcun gravame per resistere al provvedimento emesso in udienza preliminare.

In prospettiva *de jure condendo*, le alternative perseguibili per tutelare il principio di tassatività dei mezzi di impugnazione e, al contempo, delle prerogative difensive del singolo interessato potrebbero essere due.

Seguendo un'impostazione maggiormente rigorosa, si potrebbe auspicare un intervento legislativo volto alla previsione di un rimedio *ad hoc* avverso le ordinanze in materia di sequestro probatorio: così, sulla scia di quanto fatto a proposito del sequestro preventivo, si potrebbe immaginare l'introduzione di un art. 257-*bis* c.p.p., riservato all'appello avverso i provvedimenti che non possono essere oggetto di riesame e, dunque, anche per l'ordinanza con cui il g.u.p. accoglie o nega l'istanza di dissequestro. Sotto il profilo teorico, la soluzione in parola sarebbe l'unica idonea a soddisfare le esigenze di tutela senza snaturare l'essenza del sequestro probatorio.

Nella consapevolezza, però, della scarsa praticabilità di una simile impostazione, si potrebbe pronosticare un intervento compositivo della Consulta, perché «[Q]uando la lettera della legge si oppone ad un'esegesi condotta secondo i canoni dell'interpretazione costituzionalmente conforme il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale»⁶⁵.

Così, non essendo prospettabile un intervento additivo alla previsione di cui al comma 5 dell'art. 263 c.p.p. – che, come noto, disegna una procedura riservata esclusivamente all'opposizione avverso il decreto del p.m.⁶⁶ –, si potrebbe ricorrere ad un incidente di costituzionalità volto alla dichiarazione di illegittimità dell'art. 322-*bis* c.p.p., nella parte in cui non concede all'imputato, alla persona alla quale le cose sono state sequestrate e a quella che avrebbe diritto alla loro restituzione, il diritto di proporre appello pure contro le ordinanze emesse in materia di sequestro probatorio⁶⁷.

⁶⁵ Così Corte cost., 23 luglio 2013, n. 232.

⁶⁶ Va considerato che l'opposizione di cui all'art. 265, comma 5, c.p.p. svolge una funzione di "garanzia" consistente nella possibilità di attuare un controllo postumo e ulteriore sulla decisione del p.m. da parte di un organo giurisdizionale: proprio l'esistenza di un provvedimento autoritativo "unilaterale" giustifica un doppio controllo, quello del giudicante e, eventualmente, della Corte di cassazione per tutti i motivi di cui all'art. 606 c.p.p. In questo senso, G. LEO, *Rigetto della richiesta di dissequestro in sede di udienza preliminare*, cit., p. 177.

⁶⁷ Sul punto, si vedano anche le riflessioni di M.T. MORCELLA, *Ritorno al futuro: l'ordinanza reiettiva dell'istanza di dissequestro del gup è inoppugnabile*, in *Penale. Diritto e procedura*, 24 febbraio 2023.

11/2023

Si arriverebbe ad estendere – senza ricorrere ad audaci interpretazioni analogiche o estensive – la portata applicativa dell’appello realcautelare per impugnare il provvedimento del g.u.p. che decide sulla necessità di mantenere il vincolo probatorio, così da offrire un rimedio “autonomo” e “immediato” per contenere gli effetti perniciosi del danno da sequestro e, al contempo, non lasciare sguarnito di tutela “effettiva” il terzo interessato alla restituzione del bene.

**A PROPOSITO DI UNA NOTA E CONTROVERSA
SENTENZA DEL TRIBUNALE DI ROMA
IN TEMA DI VIOLENZA SESSUALE**

Trib. Roma, Sez. V pen., sent. 6 luglio 2023, giud. dott.ssa Bonaventura

di Jorge Fernández Mejías

1. Con la sentenza che può leggersi in allegato, il Tribunale di Roma ha assolto un bidello accusato di violenza sessuale nei confronti di una studentessa minorenni. La pronuncia, che ha suscitato un notevole interesse mediatico, si segnala, da un lato, per conformarsi alla costante giurisprudenza della Corte di legittimità riguardante le condotte «repentine» o «a sorpresa»; dall'altro lato, e soprattutto, per aver valorizzato, ai fini dell'assoluzione, la mancanza di prova in ordine all'elemento soggettivo del reato.

2. Ma partiamo da una breve ricostruzione dei fatti dai quali ha preso origine il giudizio. Durante il dibattimento, la vittima ha dichiarato che, mentre stava salendo le scale a scuola e nell'attimo in cui si stava sistemando i pantaloni, che le erano un poco scesi dalla vita, aveva avvertito delle mani «entrarle nei pantaloni, sotto gli slip»; mani che dapprima «le toccavano i glutei, e poi la afferravano per le mutandine e la tiravano su, sollevandola di circa due centimetri». Sempre secondo le affermazioni della vittima, la condotta durava dai cinque ai dieci secondi. Il Tribunale ha ritenuto le dichiarazioni della ragazza pienamente credibili e il suo racconto è stato confermato da altri testimoni, tra cui un'amica che aveva assistito direttamente alla scena. Da parte sua, l'imputato ha ammesso di aver toccato la studentessa, negando tuttavia di averle messo le mani nei pantaloni o sotto le mutande. In particolare, questi ha dichiarato che, mentre la studentessa si alzava i pantaloni, lui si era limitato ad accompagnare il movimento e ad afferrarla da dietro attraverso i passanti degli stessi, sollevandola leggermente da terra. Notando il disagio della ragazza, il bidello l'aveva poi seguita per sincerarsi delle sue condizioni e dirle che era stato solo uno scherzo.

3. Nella motivazione della sentenza, il Tribunale ha affermato anzitutto che l'atto compiuto dall'imputato, ossia il toccare improvvisamente la studentessa sui glutei, anche se in modo repentino, integra indubbiamente l'elemento oggettivo del reato di violenza sessuale, previsto dall'art. 609-bis c.p.

3.1. La decisione in esame si uniforma così a tre consolidati orientamenti della Corte di cassazione in questa materia. *In primis*, la sentenza del Tribunale di Roma ribadisce il principio secondo cui **gli atti compiuti «all'improvviso» o «a sorpresa» sono concepiti come una forma di violenza**, che incide sulla libertà sessuale della vittima, in

quanto le impedisce di maturare o esprimere un'opinione in merito¹. Il provvedimento in commento si colloca altresì nel solco di quel filone giurisprudenziale che considera la durata dei toccamenti irrilevante ai fini della valutazione dell'atto come violenza sessuale: anche un'esecuzione insidiosamente rapida può costituire comunque una violenza sessuale *ex art. 609-bis c.p.*². Infine, i giudici – nell'affermare la ricorrenza degli elementi oggettivi del reato – hanno adottato il c.d. modello di consenso affermativo, secondo cui il consenso è considerato presente solo a fronte di *una manifestazione positiva*, espressa attraverso segni chiari e univoci³.

4. La sentenza si è soffermata quindi sulla ricostruzione dell'elemento soggettivo, attribuendo particolare rilevanza alla valutazione del contesto in cui gli eventi sono accaduti.

4.1. Da un lato, le circostanze in cui si sono svolti i fatti, secondo il Tribunale, hanno reso «convincente la tesi difensiva dell'atto scherzoso»; dall'altro lato, i giudici hanno escluso che lo scopo sessuale dell'atto potesse essere dedotto da alcune frasi pronunciate precedentemente dall'imputato all'adolescente, come ad esempio «se avessi la tua età mi risarei sposato».

4.2. Cionondimeno, il Tribunale ha osservato che la natura ludica dell'azione non è incompatibile, in astratto, con il dolo della fattispecie. A questo riguardo, la Cassazione ha infatti escluso che il dolo necessario ai fini dell'integrazione del delitto di cui all'art. 609-bis c.p. richieda che la condotta persegua come finalità la soddisfazione del desiderio sessuale dell'agente, essendo, invece, sufficiente la consapevolezza della natura oggettivamente sessuale dell'atto che è stato volontariamente compiuto, anche quando tale atto ha un fine di gioco o addirittura di umiliazione della vittima⁴. Senonché, la sentenza in esame ha valorizzato gli elementi contestuali per sollevare il ragionevole dubbio circa la ricorrenza del dolo dell'agente, così come ricostruito dal citato orientamento della Cassazione. Secondo il Tribunale, la dinamica di due persone in movimento che si trovavano a livelli diversi di una scala, ha potuto plausibilmente determinare un'azione accidentale e fortuita, che ha portato allo sfioramento dei glutei della persona offesa: accadimento, quest'ultimo, che, tuttavia, non corrispondeva alle intenzioni iniziali dell'agente.

4.3. La sentenza sembra allora ritenere che l'intenzione iniziale dell'imputato fosse quella di mettere in atto uno scherzo, consistente nel sollevare la studentessa dai pantaloni. Al momento dell'inizio dell'azione, quindi, l'intenzione del soggetto era orientata verso un comportamento lecito (sollevare la studentessa dai pantaloni) e non

¹ Cass. pen. sez. III, 19/11/2021, n. 1559; Cass. pen., sez. III, 18/07/2014, n. 46170.

² Cass. pen. sez. III, 06/02/2013, n. 15044; Cass. Pen., sez. III, 26/09/2012, n. 44480.

³ Cass., pen., sez., III, 17/06/2022, n.32846; Cass. pen. sez. III, 20/11/2019, n.10372.

⁴ Cass. pen., sez., III, 13/05/2021, n. 24872; Cass. pen. sez. III, 02/02/2021, n. 9399.

verso l'atto illecito (la realizzazione di un atto sessuale, anche se realizzato per uno scopo ludico), che si è poi inavvertitamente verificato.

5. La decisione del Tribunale di Roma è naturalmente discutibile, ma occorre fare chiarezza sulle ragioni che hanno condotto all'esito assolutorio. Come ovvio, affinché sia legittimo il ricorso alla sanzione penale, non è sufficiente che il fatto realizzato dall'agente corrisponda alla descrizione tipica fornita dalla fattispecie, ma è altresì necessario che la condotta realizzata possa essere attribuita soggettivamente alla persona che l'ha posta in essere e – nel caso dell'art. 609-bis c.p. – che quanto accaduto sia conseguenza della sua azione volontaria.

Il dibattito mediatico sulla stampa e sui social network ha erroneamente dato adito all'idea che la sentenza in commento avesse affermato il principio che «una palpata di meno di dieci secondi non è reato»⁵. In realtà – come abbiamo mostrato – la motivazione alla base dell'assoluzione pronunciata dal Tribunale di Roma si è concentrata piuttosto sul difetto della prova del dolo, ritenendo che le risultanze probatorie non abbiano potuto dimostrare, oltre ogni ragionevole dubbio, che l'intenzione dell'imputato fosse effettivamente quella di compiere l'atto sessuale. A nostro avviso, è, dunque, solo su quest'ultimo aspetto che la sentenza in esame può essere oggetto di critica.

⁵ G. MENGOLINI, *Sapete quanti sono 10 secondi?»: il trend social contro la sentenza sulla "palpata breve"*, Sky tg24, 14 luglio 2023, in <https://bit.ly/3QKdgcR>; G. DE SANTIS, *La «palpata breve» non è reato. Il bidello assolto a Roma perché durava solo «una manciata di secondi»*, Corriere della Sera, 8 Luglio 2023, in <https://bit.ly/47cBnpR>; *Indignación en Italia por la decisión de un juez que dice que los toqueteos de menos de 10 segundos no cuentan*, BBC News Mundo, 12 luglio 2023, in <https://bit.ly/40CbXA5>; E. PROVOLETO, *'10 Seconds': Outrage Follows Acquittal in Italy Abuse Case*, New York Times, 14 luglio 2023, in <https://bit.ly/3Mwcbmf>.

**RIFORMA CARTABIA E DURATA MEDIA DEL PROCESSO PENALE:
-29% NEL PRIMO SEMESTRE DEL 2023.
RAGGIUNTO (AL MOMENTO) IL TARGET DEL PNRR.
I DATI DEL MONITORAGGIO STATISTICO DEL MINISTERO DELLA
GIUSTIZIA**

di Gian Luigi Gatta e Mitja Gialuz

Molto si è scritto e si è detto a proposito della riforma del processo e del sistema sanzionatorio penale (c.d. riforma Cartabia) e degli obiettivi del PNRR al cui raggiungimento essa è diretta. In particolare, la riduzione del 25% della durata media del processo penale, in ciascuno dei tre gradi di giudizio, entro il 2026. Come stanno andando le cose? Quali indicazioni si traggono dai dati statistici disponibili? Dovrebbero essere le domande centrali nel dibattito pubblico sulla giustizia; invece l'impressione è che, dopo il Governo Draghi, il PNRR sia diventato il grande assente in quel dibattito.

Per tale ragione, riteniamo utile e interessante segnalare come, tra le pagine del sito del Ministero della Giustizia, sia disponibile – qui allegata – la Relazione sul monitoraggio statistico sugli indicatori PNRR aggiornata al I semestre 2023 e predisposta dalla Direzione Generale di Statistica e Analisi Organizzativa. [Sul sito stesso sono disponibili ulteriori dati](#), qui pubblicati e segnalati limitatamente al settore della giustizia penale. Va peraltro rimarcato che, nonostante siano trascorsi ormai due anni dalla legge istitutiva (l. n. 134/2021), non risulta ancora predisposta la relazione annuale del Comitato tecnico-scientifico per il monitoraggio sull'efficienza della giustizia penale, sulla ragionevole durata del procedimento e sulla statistica giudiziaria, istituito presso l'Ufficio di Gabinetto dello stesso Ministero ai sensi dell'art. 2, co. 6 e 16 della legge n. 134/2021; relazione che la legge prevede debba essere trasmessa, tra l'altro, al Consiglio Superiore della Magistratura. È un vero peccato, se si considera che la Commissione europea aveva visto in questa innovazione legislativa il recepimento nel nostro Paese di una cultura del monitoraggio statistico che è ormai patrimonio delle democrazie europee.

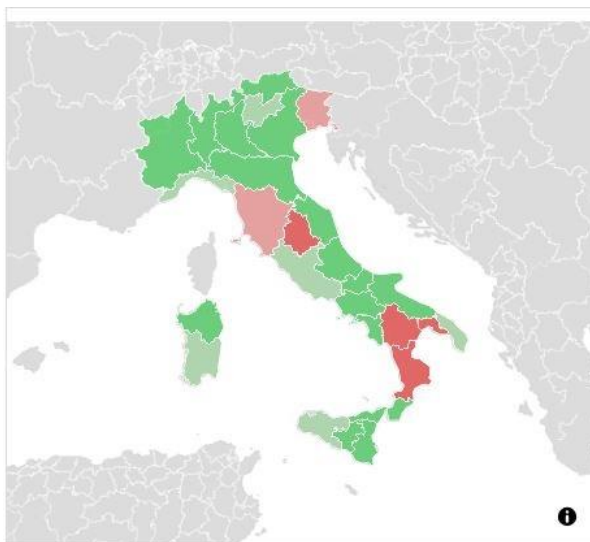
L'analisi dei dati mette in evidenza un risultato senza precedenti nella storia repubblicana: nel settore penale il *disposition time* (DT) – che si desume, come noto, dall'applicazione della formula $365 \times [\text{Pendenti finali} / \text{Definiti}]$ – si è ridotto del 29% rispetto al 2019 e supera pertanto, per il momento, la richiesta del target PNRR.

Come si può vedere dalla tabella qui sotto riportata, tratta dal sito del Ministero, nel primo semestre di quest'anno la riduzione del DT rispetto al 2019 è del 29,7% in Tribunale, del 27,1% in Corte d'Appello e del 39,1% in Cassazione. Dati molto positivi, segnaliamo per inciso, sono anche quelli del settore civile (-19,2% come

variazione complessiva). La narrazione pessimista sul PNRR, in materia di giustizia, deve quindi essere sottoposta a un serio *fact-checking*.



Particolare significato assume il dato relativo alla durata dell'appello penale (la fase notoriamente più critica del nostro processo, quanto a tempi): la media nazionale è di 613 giorni, cioè poco più di venti mesi. Ciò significa che è scesa al di sotto del termine massimo di durata ragionevole (due anni) previsto dalla legge Pinto e alla quale la riforma Cartabia ha agganciato il nuovo istituto della improcedibilità dell'azione penale *ex art. 344-bis c.p.p.* Con una media della durata dell'appello inferiore ai due anni l'improcedibilità non sarà affatto una tagliola destinata a mandare in fumo migliaia di processi, come paventato dai (non pochi) detrattori dell'istituto, anche con toni apocalittici: sarà un evento eccezionale e limitato, non sistemico come la prescrizione del reato, che ancora nel 2022, per i fatti commessi prima del 1° gennaio 2020, ha interessato



Disposition Time Sede per ultimo semestre, con relativa variazione percentuale rispetto all'anno di baseline (2019).

oltre 30.000 procedimenti penali in appello. Tanto più che, nei procedimenti con impugnazioni presentate entro il 31 dicembre 2024, il termine di improcedibilità è di tre anni in appello (e di diciotto mesi in Cassazione, dove la durata media è oggi di poco più di tre mesi!).

I dati relativi ai singoli distretti di corte d'appello sono a dir poco stupefacenti, dal momento che evidenziano miglioramenti netti, squadernati come non meglio si potrebbe da questa immagine, tratta dal sito del Ministero della Giustizia:

Le aree in verde brillante sono quelle in cui nel primo semestre 2023 il

DT è in linea con l'obiettivo PNRR perché, rispetto al 2019, si è registrata una riduzione pari o superiore al 25%. Sono la maggior parte.

Le aree in grigio-verde sono quelle in cui vi è stata una riduzione del DT, anche significativa, ma non ancora però pari o superiore al 25%.

Le aree in rosso brillante sono quelle in cui il dato è peggiorato di molto rispetto al 2019.

Le aree in rosso sfumato, infine, sono quelle in cui il dato è di poco peggiorato rispetto al 2019.

Riportiamo di seguito un elenco dei distretti di corte d'appello italiani (e sezioni di corte d'appello) in ordine decrescente rispetto all'entità percentuale della riduzione del DT. In calce all'elenco, con il segno +, si trovano le sole sei sedi nelle quali la durata media dell'appello è maggiore rispetto al 2019.

Corte Appello	DT 2019	DT 2023 (primo semestre)	Percentuale variazione rispetto al 2019 (target PNRR – 25%)
Bolzano	229	86	-62,2
Napoli	2031	862	-57,6
Caltanissetta	293	133	-54,6
Brescia	493	235	-52,3
Torino	633	310	-51,1
Salerno	340	175	-48,5
Sassari	1028	540	-47,5
L'Aquila	637	339	-46,8
Ancona	711	387	-45,6
Bari	813	462	-43,2
Messina	228	130	-42,9
Campobasso	278	160	-42,2
Milano	335	227	-32,2
Bologna	823	559	-32,1
Venezia	996	683	-31,4
Catania	1247	862	-30,9
Reggio Calabria	1645	1213	-26,3
Cagliari	717	435	-21,5
Roma	1142	978	-14,3
Palermo	445	407	-8,6
Lecce	1111	1043	-6,1
Trento	357	346	-3,1
Genova	680	672	-1,1
Trieste	536	578	+7,9
Firenze	745	838	+12,5
Catanzaro	567	809	+42,6
Perugia	430	617	+43,4
Taranto	144	212	+47,2
Potenza	699	1072	+53,3

Considerato che sul risultato di riduzione del DT ha un peso notevole il numero dei procedimenti pendenti, particolare menzione merita il dato della Corte d'Appello di Napoli, prima tra le grandi sedi per riduzione percentuale del DT. Basti pensare che la

durata media del processo in appello era pari a 5 anni e mezzo, nel 2019, ed è pari a due anni e quattro mesi, nel primo semestre del 2023.

Rinviamo ad altra sede più diffusi commenti su questi dati, che ci premeva qui segnalare con l'opportuno risalto. Non v'è dubbio che, per un verso, andranno approfonditi per comprendere bene a cosa si deve l'aumento significativo delle definizioni; per altro verso, andranno stabilizzati per fare in modo che quella che è una durata stimata si traduca concretamente in una riduzione altrettanto significativa della durata effettiva.

Nondimeno, senza toni trionfalistici – siamo ancora nell'ambito di un *work in progress* e la meta del 2026 non è ancora dietro l'angolo, per quanto non lontanissima – merita svolgere due considerazioni.

La prima è che la magistratura e il personale tecnico amministrativo meritano un plauso per essere riusciti, anche grazie all'utilizzo dell'ufficio per il processo e alle risorse del PNRR, a imboccare la strada che porta il Paese verso il raggiungimento dell'obiettivo PNRR e l'attuazione, finalmente, del principio costituzionale della ragionevole durata del processo. L'organizzazione del lavoro ha dato i suoi frutti; e nelle poche sedi in cui ciò non è accaduto e sono emerse criticità sarebbe opportuno intervenire subito per adottare *best practices* e investire le necessarie risorse di personale. Questo deve fare, ragionevolmente, chi amministra e organizza i servizi della giustizia.

La seconda considerazione è che questi risultati sono frutto del lavoro organizzativo, degli investimenti che sono stati fatti e, non ultimo, delle norme che sono state introdotte con la riforma Cartabia. Un dato notevole è quello della riduzione delle pendenze (-17,5% nei tre gradi di giudizio, rispetto al 2019; - 18,7 in tribunale, - 11% in appello e -32% in Cassazione); a questo dato hanno senz'altro contribuito, tra l'altro, le riforme del processo in assenza (nuova sentenza di non doversi procedere per mancata conoscenza della pendenza del processo da parte dell'imputato), l'ampliamento del regime di procedibilità a querela e dell'ambito di operatività dell'art. 131 *bis* c.p. E senz'altro, per quanto riguarda l'appello, ha avuto un'importanza strategica la prospettiva dell'improcedibilità *ex art. 344 bis* c.p.p.: non v'è dubbio che, proprio al fine di incrementare il denominatore (aumentando il numero di definizioni) e di ridurre il numeratore (abbassando le pendenze), si siano tirati fuori dall'armadio i fascicoli anche per constatare la prescrizione. Ma questo è comunque il frutto della terapia d'urto rappresentata dall'improcedibilità. Come cerchiamo di mostrare in un contributo pubblicato oggi stesso su questa *Rivista*, e abbiamo già scritto in un articolo apparso nei giorni scorsi sul *Sole24Ore*¹, gli uffici giudiziari hanno predisposto i loro progetti organizzativi, da due anni a questa parte, per ridurre i tempi dell'appello sotto i tre anni (due a regime) ed evitare l'improcedibilità (la Cassazione penale era già in linea con questi termini ed ha ancora di più migliorato i propri dati). Valutiamo allora con stupore e preoccupazione, in rapporto al PNRR e al principio costituzionale di ragionevole durata del processo, l'improvvida proposta di legge volta ad abrogare l'art.

¹ G.L. GATTA, M. GIALUZ, *I tempi del processo penale e i prossimi obiettivi del PNRR*, *Il Sole24Ore*, 25 ottobre 2023, p. 19.

11/2023

344-bis c.p.p. e a reintrodurre la prescrizione nei giudizi di impugnazione, vanificando gli sforzi e gli investimenti di risorse fin qui compiuti e quando al 2026 non manca ormai molto. Ma su questo rinviamo i lettori al nostro [contributo critico sulla proposta di legge, pubblicato su questa Rivista.](#)

**LA CONFISCA SENZA CONDANNA NELLO SPAZIO EUROPEO:
MENTRE A BRUXELLES È IN CANTERE UNA NUOVA DIRETTIVA,
A STRASBURGO L'ITALIA È SOTTO ESAME NEL RICORSO
"CAVALLOTTI"**

di Stefano Finocchiaro

1. Premessa.

In Europa si sta giocando una partita importante per il futuro del contrasto patrimoniale alla criminalità economica. Contrasto che, come noto, è ormai da tempo condotto anche attraverso la predisposizione di strumenti ablatori svincolati dal processo penale (*non-conviction based confiscation*), rispetto ai quali la confisca di prevenzione italiana – introdotta già nel 1982 e oggi disciplinata dal d.lgs. 159/2011, c.d. codice antimafia – rappresenta certamente un esempio paradigmatico.

Quest'ultima, peraltro, è ormai affiancata da vari strumenti, per certi versi affini, previsti da altri ordinamenti – si pensi al *decomiso sin sentencia* spagnolo di cui all'art. 127-ter Código Penal, alla *selbständige Einziehung* tedesca di cui al § 76a co. 4 StGB o al *civil recovery* inglese di cui alla Part 5 del Proceeds of Crime Act del 2002, nonché alla *civil forfeiture* statunitense – e si pone oggi come possibile modello di ispirazione anche per il legislatore dell'Unione europea.

È infatti in corso da oltre un anno la procedura volta all'adozione di una nuova direttiva UE che, stando ai lavori preparatori, conterrà anche una disposizione dedicata a un'inedita forma di confisca senza condanna.

Al contempo, tuttavia, proprio la nostra confisca di prevenzione è al centro del mirino della Corte europea dei diritti dell'uomo che, nell'ambito del ricorso Cavallotti c. Italia (Appl. 29614/16), ha rivolto alle parti in causa tre quesiti, tanto perspicui quanto scomodi, circa la compatibilità con la CEDU di tale misura ablatoria: quesiti che paiono sottendere una rinnovata volontà dei giudici di Strasburgo di scrutinare la legittimità dell'istituto ben più a fondo di quanto sia stato fatto in passato.

Si tratta di due spinte contrapposte e contraddittorie? Oppure queste spinte possono convergere nell'ottica di offrire un contributo positivo all'elaborazione di un modello europeo di confisca senza condanna, efficace ma convenzionalmente legittimo?

Dopo aver analizzato i contenuti della proposta di direttiva (*infra*, § 2) e le questioni sottese al ricorso "Cavallotti" dinanzi alla Corte Edu (*infra*, § 3), proveremo a svolgere alcune riflessioni suscitate dalla significativa concomitanza di queste due situazioni in Europa (*infra*, § 4-6).

2. La proposta di direttiva dell'Unione europea.

2.1. Già nel 2014 il Consiglio e il Parlamento europeo avevano espresso la convinzione che fosse necessario analizzare la fattibilità e gli eventuali benefici dell'introduzione di ulteriori norme comuni sulla confisca dei beni derivanti da attività criminali, anche in assenza di condanna¹.

In un report del giugno 2020², poi, la Commissione aveva evidenziato come la ricchezza illecita generata da reati economici commessi in particolare dalla criminalità organizzata avesse assunto in Europa una portata preoccupante, stimata in circa 110 miliardi di euro³, di cui solo l'1% viene confiscato secondo i dati di Europol⁴.

Così, nel maggio 2022 la Commissione europea ha finalmente elaborato una "Proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio riguardante il recupero e la confisca dei beni"⁵ (di seguito, *Proposta*), poi sottoposta al vaglio del Parlamento nel maggio 2023⁶.

2.2. La Proposta ha quale base giuridica gli artt. 82 § 2, 83 § 1 e § 2, 87 § 2, TFUE. Le misure relative al congelamento e alla confisca sono contemplate dall'art. 83 § 1 TFUE, che consente di stabilire norme minime relative alla definizione delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale in relazione ai reati elencati in tale articolo.

Dalla relazione di accompagnamento della *Proposta* si evince come essa sia "intesa a rafforzare le capacità delle autorità competenti di identificare, congelare e gestire i beni e a consolidare e ampliare le possibilità di confisca in modo da tenere conto di tutte le pertinenti attività criminose intraprese dai gruppi della criminalità organizzata, consentendo in tal modo la confisca di tutti i beni interessati". Essa ambisce altresì a "migliorare la cooperazione tra tutte le autorità coinvolte nel recupero dei beni e a promuovere un approccio più strategico al recupero dei beni attraverso un maggiore impegno di tali autorità a favore del conseguimento di obiettivi comuni in questo ambito".

¹ Si tratta del documento del Consiglio n. 7329/1/14/REV 1 ADD 1, "Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the freezing and confiscation of proceeds of crime in the European Union" <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST%207329%202014%20REV%201%20ADD%201/EN/pdf>.

² Report from the Commission to the European Parliament and the Council, *Asset recovery and confiscation: Ensuring that crime does not pay*, COM (2020) 217 final, p. 1. In precedenza, peraltro, cfr. anche Commission staff working document, *Analysis of non-conviction based confiscation measures in the European Union*, SWD (2019) 1050 final.

³ Cfr. i dati forniti da Transcrime, *From illegal markets to legitimate businesses: the portfolio of organised crime in Europe*, 2015.

⁴ Europol, *Does crime still pay? Criminal Asset Recovery in the EU – Survey of statistical information 2010-2014*, 2016.

⁵ La proposta di direttiva è consultabile a questo indirizzo: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0245>.

⁶ Cfr. *Draft European Parliament Legislative Resolution*, consultabile a questo indirizzo: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0199_EN.html#_section1.

2.3. La *Proposta* si articola in 8 capi⁷. Al congelamento e alla confisca è dedicato segnatamente il capo III (artt. 11-18), che si apre con una disposizione dedicata al “freezing”, misura volta a ottenere un congelamento temporaneo dei beni suscettibili di successiva confisca, rispetto alla quale – come il sequestro preventivo – risulta prodromico.

Agli artt. 12-16 sono invece contemplate varie forme di confisca, che possiamo inquadrare in quattro modelli:

- a. una confisca tradizionale fondata sulla condanna, contemplata nella *Proposta* all’art. 12 (“*Confiscation*”), ma già prevista dall’art. 4 § 1 della direttiva UE/42/2014.

Si tratta della confisca – diretta e per equivalente – di beni strumentali e di proventi di reato disposta a seguito di una condanna definitiva;

- b. una confisca “estesa”, contemplata nella *Proposta* all’art. 14 (“*Extended confiscation*”), ma già prevista dall’art. 5 della direttiva UE/42/2014.

La confisca in questione è assimilabile alla confisca “allargata” italiana, oggi disciplinata dall’art. 240-*bis* c.p., in quanto consente, a seguito della condanna penale della persona per un reato che si ritiene lucrogenetico, di utilizzare il dato della sproporzione patrimoniale rispetto al reddito lecito quale indizio per stabilire che determinati beni derivino da condotte criminose⁸;

- c. una confisca senza condanna “tradizionale”, contemplata nella *Proposta* all’art. 15 (“*Non-conviction based confiscation*”), ma già prevista dall’art. 4 § 2 della direttiva UE/42/2014.

Si tratta di una misura ablatoria non assimilabile alla confisca di prevenzione italiana, per due principali ragioni: anzitutto ha ad oggetto non solo i proventi illeciti, ma anche i beni strumentali alla commissione di reati (c.d. *strumentalia*); inoltre non è del tutto svincolata dal processo penale alla persona, essendo applicabile infatti nelle ipotesi in cui un processo penale sia iniziato, ma non possa continuare in ragione di una serie tassativa di ipotesi: nella direttiva 42/2014 sono ad oggi contemplate solo le ipotesi

⁷ Nello specifico, i capi sono i seguenti: 1) Disposizioni generali relative al recupero e alla confisca dei beni (artt. 1-3); 2) Disposizioni relative al reperimento e all’identificazione dei beni (artt. 4-10); 3) Disposizioni relative al congelamento e alla confisca dei beni (artt. 11-18); 4) Disposizioni relative alla gestione dei beni (artt. 19-21); 5) Disposizioni relative alle garanzie (artt. 22-24); 6) Disposizioni relative al quadro strategico per il recupero dei beni (artt. 24-27); 7) Disposizioni relative alla cooperazione tra gli uffici per il recupero dei beni, gli organismi e le agenzie dell’UE e i paesi terzi (artt. 28 e 29); 8) Disposizioni finali (artt. 30-37).

⁸ Come noto, l’art. 240-*bis*, con cui si chiude il Libro I del codice penale, prevede che “nei casi di condanna o di applicazione della pena su richiesta a norma dell’articolo 444 del codice di procedura penale, per taluno dei delitti previsti [dalla disposizione medesima] è sempre disposta la confisca del denaro, dei beni o delle altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica”.

di malattia o fuga dell'indagato⁹, casi dunque eccezionali, quasi "di scuola"¹⁰; mentre nell'attuale *Proposta* si aggiungerebbero le ipotesi di decesso, immunità, amnistia e – soprattutto – decorso dei termini di prescrizione "laddove tali termini non siano sufficientemente estesi da consentire un'efficace indagine ed esercizio dell'azione penale riguardo ai reati rilevanti" (locuzione, quest'ultima, particolarmente imprecisa, che infatti il Parlamento europeo ha proposto di sostituire con la previsione di un limite temporale di quindici anni). Tale confisca, inoltre, precisa il considerando n. 26 della *Proposta*, "dovrebbe essere consentita solo qualora l'autorità giudiziaria nazionale sia convinta che si configurino tutti gli elementi del reato";

d. una confisca senza condanna "innovativa" (nel senso di "nuova" rispetto a quanto ad oggi previstone nella direttiva UE/42/2014), contemplata nella *Proposta* all'art. 16 ("*Confiscation of unexplained wealth linked to criminal activities*").

La norma mira a introdurre una nuova ipotesi di confisca senza condanna che può essere disposta in presenza delle seguenti condizioni:

i) i beni siano congelati nel contesto di un'indagine relativa a un reato commesso nel quadro di un'organizzazione criminale;

ii) tale reato possa produrre, direttamente o indirettamente, un vantaggio economico considerevole;

iii) l'autorità giudiziaria nazionale sia convinta che i beni congelati derivino da reati commessi nel quadro di un'organizzazione criminale¹¹.

La stessa norma precisa inoltre che "nel determinare se i beni congelati derivino da reati si tiene conto di tutte le circostanze del caso, compresi i fatti specifici e gli elementi di prova disponibili, come il fatto che il valore dei beni è considerevolmente sproporzionato rispetto al reddito legittimo del loro proprietario"¹².

La disposizione precisa poi che i reati-presupposto della misura ("*the notion of criminal offence*"), sono solo quelli elencati all'art. 2 della direttiva stessa (tra cui figurano: tratta di esseri umani, terrorismo, traffico di stupefacenti, corruzione, riciclaggio,

⁹ Il considerando n. 15 della direttiva 42/2014, spiega peraltro: "Qualora la confisca in base a una condanna definitiva non sia possibile, in determinate circostanze dovrebbe essere comunque possibile confiscare beni strumentali e proventi da reato, almeno in caso di malattia o di fuga dell'indagato o dell'imputato. Tuttavia, in tali casi di malattia e di fuga, l'esistenza di un procedimento in contumacia negli Stati membri dovrebbe essere sufficiente per adempiere a tale obbligo. In caso di fuga dell'indagato o dell'imputato, gli Stati membri dovrebbero adottare ogni misura ragionevole e possono disporre affinché il soggetto in questione sia chiamato a comparire nel procedimento di confisca o sia informato di tale procedimento".

¹⁰ Cfr. anche A. BALSAMO, [Il "codice antimafia" e la proposta di direttiva europea sulla confisca: quali prospettive per le misure patrimoniali nel contesto europeo?](#), p. 24, in *Dir. pen. cont.*, 20 luglio 2012.

¹¹ La versione inglese dell'art. 16 § 1 della *Proposta* è il seguente: "*Member States shall take the necessary measures to enable the confiscation of property, where confiscation is not possible pursuant to Articles 12 to 15 and the following conditions are fulfilled: (a) the property is frozen in the context of an investigation into criminal offences committed in the framework of a criminal organisation; (b) the criminal offence pursuant to point (a) is liable to give rise, directly or indirectly, to substantial economic benefit; (c) the national court is satisfied that the frozen property is derived from criminal offences committed in the framework of a criminal organization*".

¹² Nella versione inglese: "*When determining whether the frozen property is derived from criminal offences, account shall be taken of all the circumstances of the case, including the specific facts and available evidence, such as that the value of the property is substantially disproportionate to the lawful income of the owner of the property*".

falsificazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica, traffico di armi, criminalità ambientale...), qualora punibili con una pena privativa della libertà di durata massima non inferiore a quattro anni.

L'ultimo paragrafo della disposizione si premura poi di stabilire che gli Stati membri devono garantire, prima che l'autorità giudiziaria emetta il provvedimento di confisca, il rispetto del diritto di difesa dell'interessato, anche accordando il diritto ad avere un difensore che abbia accesso al fascicolo e il diritto ad essere ascoltato su questioni di diritto e di fatto.

La *Proposta* comprende poi numerose altre disposizioni di non secondaria importanza, in punto di gestione dei beni sequestrati e confiscati (artt. 19-21), di obblighi di informazione, mezzi di ricorso giurisdizionale e altre garanzie (artt. 22-23), di recupero dei beni anche attraverso la predisposizione di registri centralizzati (artt. 24-27) e di cooperazione con gli organismi e le agenzie dell'UE e con Paesi terzi (artt. 28-29).

2.4. La principale innovazione della *Proposta* in materia di confisca appare comunque racchiusa nel già citato art. 16. La norma mira infatti a prevedere una forma ablazione patrimoniale ispirata (almeno in parte) ai modelli di confisca di prevenzione italiana e a quelli di *civil forfeiture* di matrice anglosassone.

La ragione della necessità di introdurre una simile misura viene spiegata nel considerando n. 28 con la riferita esigenza di approntare uno strumento in grado di recuperare gli arricchimenti illeciti anche quando, «data la natura intrinsecamente opaca della criminalità organizzata, non è sempre possibile collegare i beni derivanti da attività criminali a uno specifico reato e confiscare tali beni». Tale esigenza viene però temperata con quella di garantire che la confisca «sia limitata alle attività illecite di organizzazioni criminali che sono di natura grave e che possono generare considerevoli vantaggi economici». A tal fine, sebbene non venga richiesto un accertamento diretto della commissione del reato, si esige che l'autorità giudiziaria sia «certa che il bene in questione derivi da un reato», anche avvalendosi della presunzione rappresentata dalla sproporzione tra patrimonio e reddito lecito.

Prima di tornare a svolgere alcune riflessioni su questa *Proposta*, però, spostiamo per un attimo l'attenzione a quanto contemporaneamente avviene nella "grande Europa" della CEDU.

3. I quesiti della Corte di Strasburgo al governo italiano nella causa "Cavallotti".

3.1. Mentre nell'Unione europea si cerca di addivenire a un nucleo comune e condiviso di disposizioni per l'elaborazione di un modello comune di confisca senza condanna, la Corte EDU si trova a dover decidere della compatibilità convenzionale della nostra confisca senza condanna per eccellenza, la confisca di prevenzione di cui al d.lgs. 159/2011 (c.d. codice antimafia).

È infatti pendente dinanzi alla prima sezione della Corte europea il ricorso n. 29614/16, Cavallotti e altri c. Italia introdotto da Gaetano, Vincenzo e Salvatore Vito

Cavallotti (definiti dalla Corte cumulativamente come “il primo gruppo di ricorrenti”) e da Salvatore Cavallotti, Giovanni Cavallotti, Margherita Martini e Salvatore Mazzola (“secondo gruppo di ricorrenti”).

3.2. Viene qui in rilievo, in particolare, la doglianza mossa dai tre componenti del “primo gruppo di ricorrenti”. Questi – imputati per partecipazione a una associazione a delinquere di stampo mafioso ai sensi dell’art. 416-*bis* c.p. (oltre che, per quanto riguarda Gaetano e Vincenzo, per turbativa d’asta *ex* art. 353 c.p.) – erano stati assolti in primo grado, condannati in appello e infine, a seguito di pronuncia di annullamento con rinvio della Cassazione, definitivamente assolti nel merito dalla Corte d’appello di Palermo in sede di rinvio nel dicembre 2010 (mentre i reati di turbativa d’asta erano risultati estinti per prescrizione).

Parallelamente era però stato avviato un procedimento di prevenzione patrimoniale nei confronti dei medesimi soggetti in quanto indiziati di appartenenza a un’organizzazione criminale di tipo mafioso (che, come noto, costituisce fattispecie di c.d. “pericolosità qualificata” ai sensi dell’art 4 lett. a d.lgs. 159/2011, legittimante l’applicazione di misure di prevenzione personali e patrimoniali). All’esito di tale procedimento di prevenzione, conclusosi nel 2016, sono stati confiscati a tali soggetti un gran numero di beni, tra cui diverse società intestate a loro (“primo gruppo di ricorrenti”) o ai loro familiari (“secondo gruppo di ricorrenti”). Il provvedimento di confisca si è fondato, oltre che sul fatto che il valore degli stessi risultava ingiustificatamente sproporzionato rispetto ai loro redditi lecitamente dichiarati, sugli indizi della loro “appartenenza” all’associazione mafiosa *Cosa Nostra*. Il decreto del giudice della prevenzione, infatti, si confronta con la pronuncia assolutoria in sede penale, rilevando come la stessa fosse dovuta alla mancanza di prova di un rapporto “sinallagmatico” tra le imprese Cavallotti e la consorteria mafiosa (p. 64 del decreto), ma osservando come più fonti di prova permettessero di assegnare al gruppo Cavallotti la natura di impresa mafiosa o collusa con la mafia¹³.

¹³ In particolare, si evidenziava la vicinanza dei Cavallotti, risalente agli anni ‘80, ai vertici di Cosa Nostra, sino al massimo esponente, Bernardo Provenzano, che, latitante, aveva “preso” i Cavallotti sotto la sua ala protettrice, sino al punto da “raccomandarli” espressamente, a mezzo dei c.d. pizzini, per l’assegnazione di appalti e commesse pubbliche. E questa realtà, oltretutto documentalmente attestata dai pizzini sequestrati, era riferita, a chiare lettere, da un profluvio di propalazioni accusatorie di collaboratori di giustizia, anche di “recente” acquisizione, tutte convergenti - anche da diversa angolazione prospettica - nell’indicare i Cavallotti come impresa vicina al gotha mafioso, dalla cui vicinanza traevano fonte di enorme vantaggio, riuscendo ad aggiudicarsi gare pubbliche, per ragguardevoli importi, proprio grazie ad intercessioni mafiose od anche solo per la notorietà della protezione loro accordata dai massimi vertici di Cosa Nostra. Non solo, ma dall’esame dei c.d. pentiti storici, quali Giovanni Brusca e Angelo Siino, è venuta l’indicazione che i Cavallotti erano inseriti nel piano strategico di gestione degli appalti, che Cosa Nostra adottava e controllava, secondo una precisa turnazione, ai fini dell’assegnazione alle imprese di suo gradimento dei più lucrosi appalti nell’intera regione siciliana (c.d. tavolino). In questi termini è ricostruito dalla Cassazione (Cass., sez. V, 12 novembre 2015-2 febbraio 2016, n. 4305, *Cavallotti*), l’apparato argomentativo utilizzato dal giudice della prevenzione.

3.3. Dinanzi alla Corte di Strasburgo i ricorrenti hanno sollevato molteplici doglianze, tra le quali spiccano quelle di violazione dell'art. 6 § 1 CEDU, per l'eccessivo onere della prova in merito alla proprietà e all'origine dei beni, per il ricorso a presunzioni e per il fatto che le decisioni dei tribunali si siano basate su meri sospetti; dell'art. 6 § 2 CEDU, perché sarebbe violata la presunzione di innocenza a causa della precedente assoluzione in sede penale; dell'art. 7 CEDU, perché avrebbero subito l'infrazione di una pena senza un precedente accertamento di responsabilità penale; e, infine, dell'art. 1 Prot. Add. CEDU, giacché vi sarebbe stata un'interferenza illegittima e sproporzionata nei loro diritti di proprietà.

3.4. Sulla base di tali presupposti, i giudici di Strasburgo rivolgono i seguenti tre quesiti alle parti in causa:

I) In primo luogo si chiede se l'applicazione della confisca in assenza di un accertamento formale di colpevolezza, e dopo che i destinatari della stessa erano stati assolti in sede penale dall'accusa di partecipazione all'associazione mafiosa, integri una violazione della presunzione di innocenza, garantita dall'art. 6 § 2 CEDU¹⁴.

II) In secondo luogo, si chiede quale sia la natura giuridica della confisca in questione e, in particolare, se essa debba essere considerata una "sanzione penale" ai sensi dell'art. 7 § 1 CEDU, tenendo conto del suo scopo, del suo procedimento applicativo e della sua gravità¹⁵, anche alla luce delle sue caratteristiche specifiche ai sensi del diritto e della giurisprudenza nazionali¹⁶. In caso affermativo, si chiede se vi sia stata una violazione dell'art. 7 della Convenzione in ragione del fatto che la confisca è stata disposta nonostante la pregressa assoluzione nel processo penale dall'accusa di partecipazione alla medesima associazione mafiosa.

III) Il terzo quesito attiene, invece, alla compatibilità con l'art. 1 Prot. add. CEDU. Al riguardo si chiede sia se l'interferenza nel diritto di proprietà risulti fondata su una base legalsufficientemente precisa e rispettosa del parametro della prevedibilità, sia se tale interferenza appaia anche necessaria e proporzionata, in particolare considerando i seguenti cinque aspetti:

- a. se, alla luce dell'assoluzione del primo gruppo di ricorrenti dall'accusa di partecipazione a un'organizzazione criminale di stampo mafioso, l'accertamento della particolare pericolosità e la conseguente confisca dei beni fossero giustificati;
- b. se le autorità nazionali abbiano dimostrato che i beni formalmente di proprietà del secondo gruppo di ricorrenti appartenevano in realtà al primo gruppo di

¹⁴ Quali precedenti di riferimento, la Corte menziona *Allen c. Regno Unito* [GC], n. 25424/09, CEDH 2013, e, *mutatis mutandis*, *Geerings c. Paesi Bassi*, no. 30810/03, § 47, 1° marzo 2007.

¹⁵ Sul punto si fa riferimento ai precedenti *Arcuri c. Italia* (dec.), no. 52024/99, § 2, CEDU 2001-VII, *Capitani e Campanella c. Italia*, no. 24920/07, § 37, 17 maggio 2011, *Gogitidze e altri c. Georgia*, no. 36862/05, § 121, 12 maggio 2015, e, *mutatis mutandis*, *Balsamo c. San Marino*, nn. 20319/17 e 21414/17, § 58 e seguenti, 8 ottobre 2019, e *G.I.E.M. S.R.L. e altri c. Italia* [GC], nn. 1828/06 e altri 2, §§ 214 e seguenti, 28 giugno 2018).

¹⁶ La Corte si riferisce, in particolare, a Cass 3 luglio 1996, 18; Cass. 8 gennaio 2006, n. 57; Cass. 17 maggio 2013, n. 39204; Cass. 2 febbraio 2015, n. 4880; *contra* Cass 25 marzo 2013, n. 14044. È menzionata infine la sentenza della Corte costituzionale n. 21 del 2012 e 24 del 2019.

- ricorrenti in modo motivato, sulla base di una valutazione obiettiva delle prove fattuali, e senza basarsi su un mero sospetto;
- c. se le autorità nazionali abbiano dimostrato che i beni confiscati potessero avere un'origine illecita attraverso una motivazione adeguata, sulla base di una valutazione obiettiva delle prove fattuali e senza basarsi su un mero sospetto, tenendo altresì conto del periodo di tempo in cui quei beni sono stati acquistati;
 - d. se l'inversione dell'onere della prova sull'origine lecita dei beni acquisiti molti anni prima abbia imposto un onere eccessivo ai ricorrenti;
 - e. se ai ricorrenti sia stata concessa una ragionevole opportunità di esporre le proprie argomentazioni dinanzi ai giudici nazionali e se questi ultimi abbiano debitamente esaminato le prove presentate dai ricorrenti.

3.5. Si tratta di quesiti che colgono in pieno il nucleo di problemi che circonda, invero da tempo, la disciplina della confisca di prevenzione italiana. Problemi che la dottrina ha più volte denunciato, che la giurisprudenza nazionale ha solo in parte affrontato, e rispetto ai quali la Corte di Strasburgo non aveva mai mostrato una analoga sensibilità. Come noto, infatti, la Corte Edu ha di fatto sempre trattato la confisca di prevenzione italiana alla stregua di un intervento statale limitativo del diritto di proprietà privata, conforme ai requisiti dell'art. 1 Prot. add. CEDU¹⁷, non soggetto all'applicazione delle norme proprie della "materia penale"¹⁸.

La Corte europea, dando quasi per scontata la qualificazione in termini extra-penalì della confisca in esame, in ragione della sua funzione preventiva, aveva cioè finora ritenuto non solo che fosse dotata di una idonea base legale, ma anche che fosse "proporzionata" rispetto all'interesse pubblico perseguito: non quello di reprimere (punire) un'infrazione, ma quello di impedirne (prevenirne) di ulteriori in futuro¹⁹. Tale finalità è stata considerata indispensabile nel quadro di politiche criminali volte a combattere il fenomeno della grande criminalità organizzata²⁰, in particolare di stampo mafioso, rispetto alla quale la confisca è apparsa quale «*effective and necessary weapon in the combat against this cancer*»²¹.

3.6. L'approccio dei giudici di Strasburgo, questa volta, sembra assai diverso.

Anzitutto, i primi due quesiti chiamano in causa disposizioni convenzionali che riguardano la "materia penale" e che troverebbero applicazione solamente laddove la confisca in questione fosse considerata alla stregua di una "*criminal sanction*", ossia di

¹⁷ Sulla giurisprudenza europea in materia di confisca e art. 1 Prot. add. Cedu si consenta il rinvio anche a FINOCCHIARO S., *Art. 1 Prot. add. Cedu, Protezione della proprietà*, in AA.VV. *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. UBERTIS, F. VIGANÒ, Giappichelli, 2022, p. 413 ss.

¹⁸ In dottrina questa scelta è stata spesso criticata, cfr ad esempio, V. MAIELLO, [Confisca, Cedu e diritto dell'Unione tra questioni risolte ed altre ancora aperte](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, fasc. 3-4/2012, p. 54.

¹⁹ Cfr., ad esempio, C.edu, sent. 22 febbraio 1994, *Raimondo c. Italia*, § 30; C.edu, sez. II, dec. 15 giugno 1999, *Prisco c. Italia*, § 1-3; C.edu, sez. I, dec. 4 settembre 2001, *Riela c. Italia*; C.edu, sez. II, sent. 5 gennaio 2010, *Bongiorno e altri c. Italia*, § 45. Cfr. anche Commissione eur., 15 aprile 1991, *Marandino*, n. 12386/86.

²⁰ C.edu, sez. II, sent. 5 gennaio 2010, *Bongiorno e altri c. Italia*, § 40-51.

²¹ C.edu, sent. 22 febbraio 1994, *Raimondo c. Italia*, § 30.

una vera e propria “pena”. La risposta ai due quesiti non è affatto scontata, mentre scontato – mi sembra – sarebbe l’esito di accoglimento del ricorso, in particolare per violazione dell’art. 6 § 2 CEDU, laddove la Corte dovesse convincersi che la confisca in esame, per come delineata nell’assetto dell’attuale diritto vivente, abbia effettivamente natura giuridica “punitiva”. In questo caso, peraltro, a venire astrattamente in rilievo sarebbe anche – ancorché non oggetto in concreto dei quesiti della Corte – una possibile violazione del divieto di *bis in idem* processuale ai sensi dell’art. 4 Prot. n. 7 CEDU.

Peraltro, anche laddove i giudici europei dovessero ribadire che la confisca in esame non possiede natura punitiva, rimarrebbero da affrontare gli incalzanti interrogativi racchiusi nel terzo quesito. Invero, anche qualora la confisca di prevenzione italiana fosse ancora misurata solo al metro delle garanzie poste dall’art. 1 Prot. add. CEDU, la Corte di Strasburgo potrebbe svolgere uno controllo più rigoroso e articolato che in passato. Del resto, un assaggio degli effetti deflagranti che può avere uno scrutinio operato al metro di parametri convenzionali anche non propri della materia penale si è già avuto con la nota sentenza *de Tommaso*²². In quel caso, riguardando la pronuncia solo le ipotesi di pericolosità generica riferite alle misure di prevenzione personale, le ripercussioni sulle misure patrimoniali sono state solo “indirette”; in questo caso, invece, il colpo potrebbe arrivare in modo più mirato, proprio nei confronti delle misure di prevenzione patrimoniale, mettendone peraltro in discussione non solo il rispetto dei canoni di precisione e determinatezza, ma l’intera ragionevolezza (proporzionalità) dell’impianto applicativo: le regole probatorie, i rapporti con il processo penale, le garanzie processuali e difensive, la tutela dei terzi.

4. Siamo dunque di fronte, da un lato, a un’Europa, quella dell’Unione, che spinge per una maggiore diffusione di strumenti di confisca rispetto ai quali l’Italia ha giocato un ruolo d’avanguardia; dall’altro, a un’Europa, quella della Convenzione dei diritti dell’uomo, che dopo anni di sostanziale *laissez faire* potrebbe restringere il proprio scrutinio e porre un freno all’impiego della confisca senza condanna.

Tuttavia, non credo si tratti di spinte contraddittorie.

Al contrario, l’elaborazione di un efficace “modello europeo” di confisca senza condanna passa inevitabilmente attraverso la predisposizione di un solido sostrato garantistico a livello convenzionale.

In altri termini, le istanze efficientistiche di *law enforcement* che convincono dell’estrema utilità di una lotta comune alla criminalità economica devono necessariamente essere temperate con le esigenze garantistiche relative ai diritti

²² C.edu, Grande Camera, sent. 23 febbraio 2017, *de Tommaso c. Italia*, su cui cfr., *ex multis*, V. MAIELLO, *De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2017, 8, p. 1039 ss.; A. M. MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte europea condanna l’Italia per la mancanza di qualità della “legge”, ma una rondine non fa primavera*, in *Dir. pen. cont.*, 6 marzo 2017; F. MENDITTO, *La sentenza de Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, in *Dir. pen. cont.*, 26 aprile 2017; F. VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Dir. pen. cont.*, 3 marzo 2017.; e, volendo, S. FINOCCHIARO, *Le misure di prevenzione italiane sul banco degli imputati a Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017/2, p. 881 ss.

fondamentali della persona su cui tali strumenti incidono. Per queste ragioni, l'occasione di riflessione che la Corte di Strasburgo ha offerto alle nostre istituzioni è quanto mai importante nell'ottica di offrire un contributo positivo all'elaborazione di un modello europeo di *non-conviction based confiscation*, efficace ma convenzionalmente legittimo.

5. Si tratta di una strada ancora in costruzione, per definire la quale l'evolversi dei lavori preparatori della Direttiva UE e le future prese di posizione della Corte di Strasburgo segneranno senza dubbio una tappa importante.

La direzione verso la quale questi sforzi dovrebbero tendere – come ho già avuto modo di sostenere²³ – credo sia quella di assegnare a tale misura funzione autenticamente *ripristinatoria*, non punitiva, facendo in modo che essa rimuova dal patrimonio della persona beni di valore non superiore, e quanto più possibile corrispondente, a quanto quel patrimonio si è arricchito illecitamente attraverso la commissione di condotte criminose.

5.1. In questo senso, un primo ineludibile passo sarebbe quello di una ridefinizione delle fattispecie-presupposto, in modo da: *a)* enumerare i tipi di delitti cui può conseguire la confisca; *b)* individuarli espressamente, nel rispetto del principio di legalità; *c)* selezionarli in modo razionale, contemplando solamente delitti gravi e tipicamente produttivi di profitti illeciti; direzioni, queste, verso le quali sembra peraltro orientata anche la proposta di direttiva; *d)* porre quale ulteriore requisito che siano commessi in modo non episodico o comunque durante un arco temporale significativo, il che rappresenterebbe anche il dato di riferimento per l'accertamento del requisito della c.d. correlazione temporale, che sarebbe auspicabile facesse ingresso espresso nel corpo normativo della direttiva e della normativa italiana.

5.2. Un ulteriore necessario intervento sarebbe quello di richiedere, nel senso auspicato anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 24 del 2019, che le condotte delittuose assunte come presupposto della misura siano non solo tipicamente lucrogenetiche *in astratto*, ma siano state *in concreto* fonte di profitti illeciti, e lo siano stato in quantità ragionevolmente congruente rispetto al valore dei beni che s'intendono confiscare.

Il requisito di "ragionevole congruenza" limiterebbe la possibilità di una sconfinata estensione della confisca a tutto il patrimonio sproporzionato della persona (ad esempio, a una persona indiziata di aver commesso reati che le hanno verosimilmente fruttato alcune migliaia di euro, ma che possiede beni sproporzionati per milioni di euro, non potrebbero essere confiscati, solamente perché non è in grado di giustificarne la provenienza e si è dimostrata capace di delinquere, beni per milioni di euro). Impedire una manifesta incongruenza tra valore del profitto ricavabile dalla fattispecie-presupposto e valore dei beni da confiscare è evidentemente essenziale

²³ Sia qui consentito un rinvio a quanto espresso in S. FINOCCHIARO, *Confisca di prevenzione e civil forfeiture. Alla ricerca di un modello sostenibile di confisca senza condanna*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 391 ss.

nell'ottica di assegnare alla misura una portata autenticamente ripristinatoria (che cioè elida il solo vantaggio economico illecito) e non punitiva (che cioè impoverisca la persona più di quanto si sia effettivamente arricchita).

5.3. A quest'ultimo medesimo fine, essenziale sarebbe altresì precisare la subordinazione della confisca alla mancata pregressa neutralizzazione del profitto illecito mediante l'adempimento, spontaneo o meno che sia, di prestazioni restitutorie o risarcitorie che abbiano, indirettamente, avuto l'effetto di rendere non lucrativo il fatto illecito. Una volta raggiunto tale effetto, la successiva confisca rappresenterebbe un'ulteriore incisione del patrimonio personale che, anziché essere ricondotto allo *status quo ante delictum* (cioè ripristinato), risulterebbe impoverito, con conseguente effetto punitivo per il suo proprietario.

5.4. Questi risultati positivi in termini di ridimensionamento dell'intervento della confisca, che servono a evitare che la misura operi davvero alla stregua di una "pena", verrebbero peraltro accompagnati dalla piena legittimazione di *standard* probatori diversi rispetto a quelli necessari per ottenere una condanna penale e l'inflizione di sanzioni penali; aspetto, quest'ultimo, che serve a contraddistinguere questo prezioso strumento di contrasto della criminalità economica da quelli, più strettamente penalistici, che esigono un accertamento *oltre ogni ragionevole dubbio* per infliggere una pena, detentiva o patrimoniale che sia, alla persona.

Del resto è proprio nell'agevolazione probatoria che caratterizza questo strumento di confisca che risiede tradizionalmente la sua spiccata efficacia nel campo del contrasto patrimoniale alla criminalità economica.

Rimane però ad oggi non sufficientemente precisato quale sia lo standard probatorio richiesto.

Di certo non lo precisa la disciplina legislativa italiana, ancora incagliata in un vetusto quanto ambiguo riferimento a non meglio precisati "indizi" o "elementi di fatto"²⁴.

Nemmeno sembra orientata a precisarlo la direttiva europea in corso di elaborazione: si richiede che l'autorità giudiziaria risulti «*satisfied that the frozen property is derived from criminal offences committed in the framework of a criminal organisation*» e si aggiunge che a tal fine «*shall be taken of all the circumstances of the case, including the specific facts and available evidence, such as that the value of the property is substantially disproportionate to the lawful income of the owner of the property*».

Si tratta di locuzioni che possono servire a orientare l'interprete rispetto agli elementi da soppesare ai fini della decisione, ma che ancora nulla dicono rispetto allo standard probatorio da utilizzare in quella stessa decisione. Un maggiore sforzo si scorge

²⁴ Cfr. ad es. S. FURFARO, *Rapporti tra processo penale e procedimento di prevenzione*, in *Arch. pen. (web)*, 2014, n. 2, p. 11. La giurisprudenza ha cercato di chiarire tali concetti, ad esempio stabilendo che sono "elementi di fatto" le «circostanze obiettivamente identificabili, controllabili, con esclusione di elementi privi di riscontri concreti, quali meri sospetti, illazioni e congetture»: Cass., sez. VI, 15 giugno (dep. 21 settembre) 2017, *Cristodaro*, n. 43446; conf. Cass., sez. V, 19 gennaio (dep. 6 aprile) 2018, n. 15492, *Bonura*.

piuttosto nella direttiva 42/2014, ma solo in relazione alla “confisca estesa”, ove al considerando n. 21 si stabilisce che “gli Stati membri possono disporre, ad esempio, che sia sufficiente che l’autorità giudiziaria ritenga, in base ad una ponderazione delle probabilità, o possa ragionevolmente presumere, che sia molto più probabile che i beni in questione siano il frutto di condotte criminose piuttosto che di altre attività”²⁵. Sembra in questo modo alludersi a uno standard probatorio che – come anche è stato detto per lo standard del *clear and convincing evidence* utilizzato per alcune forme di *civil forfeiture* statunitense²⁶ – si pone a un livello intermedio tra quello penalistico, retto sulla regola BARD (“*beyond any reasonable doubt*”), e quello civilistico del “*more probable than not*”.

In questo spazio potrebbe collocarsi la regola probatoria propria del modello europeo di confisca senza condanna che la nuova direttiva ambisce a delineare; regola che però sarebbe opportuno venisse esplicitata nel corpo della direttiva stessa.

Del resto, si tratta di un aspetto che permetterebbe altresì di fugare uno dei dubbi espressi nei quesiti formulati dalla Corte di Strasburgo, relativo all’adeguatezza della dimostrazione e della motivazione circa l’origine illecita dei beni oggetto di confisca (cfr. in particolare il quesito 3 lett. c): la specificazione dello standard probatorio richiesto, nei termini sopra accennati, permetterebbe infatti all’autorità giurisdizionale deputata ad applicare la misura ablatoria di motivare compiutamente circa le ragioni che inducono a ritenere sufficientemente provato che quel patrimonio rappresenta una ricchezza generatasi illecitamente, rispetto al quale il diritto di proprietà, per quanto tutelato dall’art. 1 Prot. add. CEDU, non può essere legittimamente esercitato.

6. Il diverso standard probatorio richiesto per applicare una pena e per applicare la confisca può spiegare anche esiti divergenti tra processo penale e di prevenzione, potendo il secondo concludersi con l’applicazione della misura anche a fronte di un’assoluzione in sede penale: situazione che – come si è visto – allarma la Corte europea.

I rapporti di autonomia tra giudizio penale e di prevenzione meritano tuttavia, pur con i limiti di sintesi che questa sede impone, di essere meglio precisati.

6.1. Con riferimento alle fattispecie di c.d. pericolosità generica di cui all’art. 1 d.lgs. 159/2011, occorre infatti dar conto di un progressivo “ridimensionamento” dell’autonomia delle due valutazioni probatorie: la Cassazione ha infatti sostenuto che in sede di prevenzione «non possono rilevare fatti rispetto ai quali sia intervenuta una sentenza di assoluzione»²⁷. Non avrebbero tuttavia la medesima forza preclusiva

²⁵ La locuzione “molto più probabile” nella versione inglese è resa come “*substantially more probable*”, in quella francese come “*nettement plus probable*”.

²⁶ Tale standard viene definito dal *Legal International Institute* della Cornell University come “*a medium level of burden of proof which is a more rigorous standard to meet than the preponderance of the evidence standard, but a less rigorous standard to meet than proving evidence beyond a reasonable doubt. In order to meet the standard and prove something by clear and convincing evidence, a party must prove that it is substantially more likely than not that it is true. This standard is employed in both civil and criminal trials*”.

²⁷ Cass., Sez. I, 24 marzo (dep. 17 luglio) 2015, n. 31209, *Scagliarini*; Cass., sez. II, 19 gennaio (dep. 15 marzo) 2018, n. 11846, *Carnovale*; Cass., sez. V, 30 novembre 2020 (dep. 5 gennaio 2021), n. 182, *Zangrillo*.

le assoluzioni pronunciate ai sensi dell'art. 530 co. 2 c.p.p. «ove risultino delineati con sufficiente chiarezza e nella loro oggettività quei fatti che, pur ritenuti non sufficienti – nel merito o per preclusioni processuali – per una condanna penale ben possono essere posti alla base di un giudizio di pericolosità»²⁸.

6.2. In relazione alla fattispecie-presupposto dell'appartenenza a un'associazione di tipo mafioso di cui all'art. 4 lett. a) d.lgs. 159/2011, invece, non si è assistito ad un analogo ridimensionamento. Ciò in quanto la possibilità di esiti diversi nel processo penale e in quello di prevenzione è fatta dipendere non solo dalle diverse regole probatorie che sorreggono i due procedimenti (il *quomodo* probatorio), ma anche dal diverso oggetto di prova (il *quid* probatorio).

Quanto al *quomodo* probatorio, la giurisprudenza riconosce come il giudizio di prevenzione si fondi su una "valutazione autonoma", perché peculiare – come detto – in punto di standard probatorio: si afferma infatti che gli indizi di appartenenza mafiosa oggetto del giudizio di prevenzione possono ritenersi integrati nonostante il previo proscioglimento o l'assoluzione del soggetto in un procedimento penale dal reato di cui all'art. 416-bis c.p.²⁹, o per concorso esterno³⁰. Ciò scaturisce, come avevano in precedenza già rilevato le Sezioni unite, dalla «diversa "grammatica probatoria" che deve sostenere i rispettivi giudizi [penale e di prevenzione]»³¹.

Quanto alla diversità in punto di *quid* probatorio, e quindi di oggetto della prova, va osservato che – mentre ai fini dell'art. 1 devono essere dimostrate "attività delittuose", e cioè comportamenti reiterati integranti "delitti", che sono altresì il *thema probandum* del

²⁸ Cass., sez. II, 6 giugno (dep. 17 luglio) 2019, n. 31549, *Simply Soc. Coop.* La Cassazione ha anche di recente ribadito che «il giudice, attesa l'autonomia tra procedimento penale e procedimento di prevenzione, può valutare autonomamente i fatti accertati in sede penale, al fine di giungere ad un'affermazione di pericolosità generica del proposto ex art. 1, comma 1, lett. b), d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, non solo in caso di intervenuta declaratoria di estinzione del reato o di pronuncia di non doversi procedere, ma anche a seguito di sentenza di assoluzione ai sensi dell'art. 530, comma 2, cod. proc. pen., ove risultino delineati con sufficiente chiarezza e nella loro oggettività quei fatti che, pur ritenuti insufficienti - nel merito o per preclusioni processuali - per una condanna penale, ben possono essere posti alla base di un giudizio di pericolosità», così Cass., sez. II, 25 gennaio (dep. 13 aprile) 2023, n. 15704, *Ruffini*.

²⁹ Cass., sez. V, 17 dicembre 2015 (dep. 18 gennaio 2016), n. 1831, *Mannina*; Cass. sez. II, 29 marzo (dep. 9 maggio) 2019, n. 19880, *Grillo Brancati*; Cass., sez. II, 17 luglio (dep. 11 agosto) 2020, n. 23813, *Greco*.

³⁰ Cass., sez. II, 25 giugno 2021 (dep. 9 settembre 2021), n. 33533, *Avorio*. Questa affermazione di principio ha subito comunque alcuni correttivi, ad esempio in occasioni nelle quali la Corte è stata chiamata a esprimersi sul rapporto tra giudizio cautelare penale e giudizio di prevenzione, ha ritenuto che ai fini dell'accertamento degli indizi di appartenenza a un'associazione mafiosa, il giudice della prevenzione non può utilizzare, salvo che risultino sopraggiunti ulteriori incrementi cognitivi, i medesimi elementi indiziari che sono stati ritenuti inidonei a configurare un quadro gravemente indiziario ai fini della qualificazione della medesima condotta come concorso esterno in associazione mafiosa: cfr. ad esempio Cass. pen., sez. I, 20 febbraio 2019 (dep. 17 maggio 2019), n. 21735, *Crocè*, secondo cui il giudice della prevenzione "non può realizzare [...] un arbitrario «superamento» di una statuizione favorevole al proposto emessa in sede penale lì dove gli elementi indiziari posti a carico siano i medesimi e la decisione intervenuta in sede penale ne abbia qualificato la piena «irrelevanza» a fini di qualificazione della condotta come «funzionale agli scopi associativi», pena la riproposizione di schemi concettuali ormai desueti e abbandonati tanto dal legislatore che dalla prevalente giurisprudenza".

³¹ Cass., sez. un., 25 marzo 2010 (dep. 9 aprile 2010), n. 13426, *Cagnazzo*.

processo penale (come avviene anche per altre ipotesi di pericolosità “qualificata”, come quelle di cui all’art. 4 lett. b) – nell’art. 4 lett. a) oggetto di prova è la “appartenenza” a un’associazione mafiosa, che è concetto tradizionalmente tenuto distinto da quello di “partecipazione” impiegato nell’art. 416-*bis* c.p.

In dottrina, la differenza tra il concetto di “appartenenza” rilevante ai fini della misura di prevenzione e di “partecipazione”, è stata da tempo criticamente riscontrata: era già Bricola, ad esempio, a riconoscere come il concetto di appartenenza fosse più sfumato e meno tecnico di quello di partecipazione³².

La giurisprudenza, in effetti, in una prima fase ha spesso attribuito contorni piuttosto ambigui all’appartenenza mafiosa, rilevando che, mentre la “partecipazione” richiede una presenza attiva nell’ambito del sodalizio criminale, la “appartenenza” è comprensiva di «ogni comportamento che, pur non integrando gli estremi del reato di partecipazione ad associazione mafiosa, sia funzionale agli interessi dei poteri criminali e costituisca una sorta di terreno favorevole permeato di cultura mafiosa»³³.

La giurisprudenza più recente – pur riconoscendo che nel concetto di “appartenenza” all’associazione è racchiuso anche quello di concorso esterno³⁴ – ha tentato di assottigliare la distanza tra “partecipazione” e “appartenenza”, affermando che quest’ultima richiede pur sempre un “contributo fattivo” proveniente dal proposto alle attività e allo sviluppo del sodalizio criminale³⁵, e rifiutando espressamente approcci interpretativi tesi a degradarne il significato in termini di mera ‘contiguità ideologica’, comunanza di ‘cultura mafiosa’ o riconosciuta ‘frequentazione’ con soggetti coinvolti nel sodalizio³⁶.

Tali approdi non hanno però indotto la Cassazione a escludere in radice che sia possibile applicare la misura di prevenzione anche a fronte di un’assoluzione nel merito in sede penale per il reato di cui all’art. 416-*bis* c.p.³⁷. Si è infatti recentemente ribadito che «il possibile spazio di ‘autonomia valutativa’ del giudice della prevenzione nelle ipotesi di soggetto indiziato di «appartenenza» ad una organizzazione mafiosa [...] non deriva dalla diversa descrizione del presupposto probatorio (l’indizio inteso come *probatio minor* rispetto alla prova vera e propria) quanto dal diverso parametro legale di descrizione della ‘relazione’ tra l’ente criminale e il soggetto

³² Cfr. F. BRICOLA, *Commenti articolo per articolo*, L. 13.9.1982, n. 646, in *Leg. Pen.*, 1983, p. 240, il quale ha paventato il rischio che, nella pratica, si faccia riferimento a meri sospetti; cfr. anche A. CAIRO, C. FORTE, *Codice delle misure di prevenzione*, in *Codici del professionista*, 2014; p. 76 ss.; D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, Bologna, 2007, p. 175 ss.

³³ Cass., sez. VI, 29 gennaio (dep. 27 febbraio) 2014, n. 9747, *Romeo*. Ma già prima, ad esempio, Cass., sez. I, 16 gennaio (dep. 12 febbraio) 2002, n. 5649, *Scamardo*; Cass., sez. II, 21 febbraio (dep. 25 maggio) 2012, n. 19943, *Stefano*; Cass., sez. II, 16 febbraio (2 marzo) 2006, n. 7616, *Catalano*.

³⁴ Cass., sez. I, 20 febbraio (dep. 17 maggio) 2019, n. 21735, C.; Cass., sez. V, 16 maggio (dep. 22 luglio) 2014, n. 32353, *Grillone*; oltre alle già citate Sezioni unite *Gattuso* del 2018.

³⁵ Cass., sez. VI, 8 gennaio (dep. 29 gennaio) 2016, n. 3941, *Gaglianò*.

³⁶ Cass., sez. I, 14 giugno (dep. 30 novembre) 2017, n. 54119, *Sottile*; Cass., sez. un., 30 novembre 2017 (4 gennaio 2018), n. 111, *Gattuso*; Cass., sez. VI, 4 luglio (dep. 6 dicembre) 2019, n. 49750, *Diotallevi*.

³⁷ Cass., sez. II, 17 luglio (dep. 11 agosto) 2020, n. 23813, *Greco*.

attenzione (appartenenza è ritenuta nozione più ampia rispetto alla partecipazione di cui all'art. 416 bis cod. pen.)»³⁸.

6.3. Sulla scorta dell'assunta diversità tra partecipazione e appartenenza è possibile che si tenti di giustificare, nell'ambito del ricorso Cavallotti dinanzi alla Corte di Strasburgo, la non preclusività dell'esito assolutorio penale per "partecipazione" ad un'associazione mafiosa rispetto all'applicazione di una misura di prevenzione sulla base della fattispecie di "appartenenza" alla medesima associazione³⁹.

Eppure sembra oggi quanto mai opportuno riflettere sulla scelta di strutturare le fattispecie-presupposto della confisca di prevenzione in modo da comprendere fatti non costituenti reato.

Verso una soluzione ben diversa da quest'ultima, infatti, sembra orientato il legislatore europeo che – come si è poc'anzi osservato – riconetterebbe la confisca, ancorché senza condanna, a specifiche "*criminal offences*" elencate nell'art. 2 della proposta di direttiva e porrebbe quale presupposto applicativo della misura il fatto che i beni derivino "*from criminal offences*".

In altri termini, la proposta di direttiva accoglie un'idea di confisca senza condanna la cui peculiarità rispetto agli strumenti punitivi del processo penale risiederebbe sul piano del *quantum* e del *quomodo* probatorio, più che sull'oggetto della prova stessa, la quale sarebbe comunque riferita alla commissione di reati, o meglio di certe tipologie di reati gravi che tipicamente producono arricchimenti illeciti.

Non che questa divergenza preluda, di per sé, a possibili inadempimenti del nostro Paese alle nuove regole europee – la direttiva mira infatti solo a porre norme minime comuni –, ma nell'ottica, più ambiziosa, dell'elaborazione di un modello unico europeo di confisca senza condanna, con evidenti conseguenze positive anche in termini di reciproco riconoscimento e cooperazione internazionale, potrebbe essere proprio questa l'occasione per operare una rimeditazione dell'impianto delineato nel d.lgs. 159/2011.

Un'occasione per la magistratura di riconsiderare, anche attraverso uno sforzo propositivo della dottrina, alcune prassi applicative viventi nel diritto

³⁸ Cass., sez. I, 26 ottobre 2022 (dep. 2 febbraio 2023), n. 4489, *Candurro*. Un diverso approccio interpretativo viene invece riferito alle fattispecie di "pericolosità qualificata" che fanno riferimento a titoli reato, come nel caso dell'art. 4 lett. b), ove si compie riferimento ai reati di cui all'art. 51 comma 3-*bis* cod. proc. pen. o al reato di intestazione fittizia: in questi casi, secondo la Cassazione "l'assoluzione in ambito penale per una delle ipotesi di reato richiamate determina la impossibilità di applicare la misura di prevenzione personale fondata sul medesimo fatto di reato quale sintomo di pericolosità".

³⁹ Del resto, proprio nella sentenza della Cassazione che ha chiuso il giudizio di prevenzione e reso definitive le misure ablatorie nei confronti dei fratelli Cavallotti, la Suprema Corte – concordando con quanto già statuito dalla Corte d'appello – aveva in motivazione osservato che: «la pronuncia assolutoria per partecipazione mafiosa non può assumere alcun automatismo applicativo nel procedimento di prevenzione, proprio perché la partecipazione "organica" è un *minus* rispetto all'appartenenza, sicché il giudice della prevenzione è chiamato a verificare se, per ipotesi, la pronuncia assolutoria sia fondata su fatti storici che elidano, *in nuce*, non solo il profilo di penale responsabilità in ordine alla contestata partecipazione, ma anche qualsivoglia ipotesi di appartenenza nel senso indicato» (Cass., sez. V, 12 novembre 2015-2 febbraio 2016, n. 4305, *Cavallotti*).

11/2023

giurisprudenziale; per il legislatore di farsi carico di una rivisitazione organica della materia; per l'esecutivo di offrire risposte ponderate e convincenti a Strasburgo, assumendo al contempo un ruolo trainante a Bruxelles.

**L'APPLICAZIONE DELLA PENA
DELLA DETENZIONE DOMICILIARE SOSTITUTIVA IN APPELLO
IN UN CASO DI MALTRATTAMENTI IN FAMIGLIA**

*Corte d'Appello di Napoli, sent. 6 ottobre 2023 (dep. 20 ottobre 2023),
Pres. Grassi, rel. Forte*

di Giulia Mentasti

1. La sentenza della Corte di appello di Napoli, che può leggersi in allegato, si segnala per alcuni interessanti profili in merito alla nuova disciplina delle pene sostitutive delle pene detentive brevi (contenuta nella l. 689/1981), introdotta dalla riforma Cartabia (d.lgs. n. 150/2022). In particolare, la pronuncia offre l'occasione per qualche breve riflessione sulla detenzione domiciliare sostitutiva (art. 56 l. 689/81), sulla tipologia di reati che questa nuova pena sostitutiva può interessare e sulle modalità di richiesta di sostituzione in sede di appello.

2. Brevemente, il caso di specie riguardava un procedimento per i delitti di maltrattamenti in famiglia (art. 572 co. 2 c.p.) e lesioni (art. 582 c.p.) all'esito del quale, in primo grado, l'imputato era stato condannato alla pena di tre anni e tre mesi di reclusione.

Contro tale sentenza la difesa aveva proposto appello indicando tra i motivi aggiunti – limiteremo qui l'esame ai profili di nostro interesse – la richiesta di sostituzione della pena principale con una delle nuove pene sostitutive nel frattempo introdotte dalla l. 150/2022, indicando in particolare il lavoro di pubblica utilità quale pena più adatta, alla luce delle competenze professionali, delle condizioni personali, del rapporto con la figlia minore e della non particolare gravità dei fatti (sostenuta dalla difesa) o, in subordine, la detenzione domiciliare sostitutiva.

3. La Corte d'Appello di Napoli, pur confermando *in toto* la responsabilità per i fatti contestati e la loro gravità, ha concesso le circostanze attenuanti generiche con giudizio di prevalenza sull'aggravante e rideterminato la pena in due anni e sei mesi di reclusione.

Quanto alla richiesta di applicazione di una pena sostitutiva, la Corte ha applicato la pena della detenzione domiciliare sostitutiva in luogo della originaria reclusione. Per giungere a tale conclusione, però, la Corte d'Appello di Napoli ha seguito un percorso argomentativo scandito essenzialmente da tre passaggi che vale la pena richiamare.

3.1. *In primo luogo*, la Corte ha dovuto vagliare l'applicabilità in astratto di una pena sostitutiva prendendo in considerazione i criteri ora indicati nell'art. 58 co. 1 della l. 689/1981¹ a seguito dell'intervento del d.lgs. 150/2022.

In proposito la Corte ha osservato che: i reati per i quali l'imputato è stato condannato sono tra quelli ai quali possono in astratto applicarsi le pene sostitutive, non rientrando tra quelli elencati nell'art. 4 *bis* l. 354/1975 che l'art. 59 l. 689/1981 richiama nello stabilire alcune 'preclusioni soggettive' alla sostituzione; la sospensione condizionale della pena non era stata concessa, né la stessa appare concedibile, trattandosi di una pena superiore al limite di due anni di reclusione previsto dall'art. 163 c.p.; la pena inflitta – pari a due anni e sei mesi di reclusione – è tale da poter essere sostituita con tutte le pene sostitutive, fatta eccezione per la pena pecuniaria; tenuto conto dei criteri di cui all'art. 133 c.p., può ritenersi che le pene sostitutive risultino più idonee alla rieducazione del condannato e che, anche attraverso opportune prescrizioni, assicurino la prevenzione del pericolo di commissione di altri reati; infine, da quanto in atti, non emergono fondati motivi per ritenere che le prescrizioni non saranno adempiute dal condannato (trattandosi di un soggetto incensurato e per lungo tempo sottoposto a misura cautelare non coercitiva rispetto alla quale non risultavano violazioni).

3.2. *In secondo luogo*, riconosciuta l'astratta applicabilità di una pena sostitutiva, la Corte ha concentrato la propria attenzione sulla scelta della pena più idonea, in ossequio a quanto indicato dall'art. 58 co. 2 e 3 l. 689/1981². Benché, come anticipato, la difesa avesse mostrato una certa preferenza per la pena del lavoro di pubblica utilità sostitutivo, ad avviso della Corte la pena più idonea al caso concreto risulta invece essere la detenzione domiciliare sostitutiva *ex* art. 56 l. 689/1981 (rispetto alla quale, comunque, il consenso poteva dirsi ugualmente prestato avendo la difesa provveduto ad indicare la sostituzione con tale pena 'in subordine' rispetto al lavoro di pubblica utilità).

Secondo i giudici, infatti, le prescrizioni della semilibertà sostitutiva (art. 55) sarebbero risultate «eccessivamente afflittive» in relazione ai fatti e alla personalità del condannato; mentre il lavoro di pubblica utilità sostitutivo (art. 56 *bis*) non sarebbe stato idoneo a «prevenire il rischio di recidiva e a favorire la risocializzazione del condannato, trattandosi» in questo caso «di misura non in grado di far ben comprendere

¹ Prevede il novellato art. 58 co.1 che «Il giudice, nei limiti fissati dalla legge e tenuto conto dei criteri indicati nell'articolo 133 del codice penale, se non ordina la sospensione condizionale della pena, può applicare le pene sostitutive della pena detentiva quando risultano più idonee alla rieducazione del condannato e quando, anche attraverso opportune prescrizioni, assicurano la prevenzione del pericolo di commissione di altri reati. La pena detentiva non può essere sostituita quando sussistono fondati motivi per ritenere che le prescrizioni non saranno adempiute dal condannato».

² Art. 58 co. 2: «Tra le pene sostitutive il giudice sceglie quella più idonea alla rieducazione e al reinserimento sociale del condannato con il minor sacrificio della libertà personale, indicando i motivi che giustificano l'applicazione della pena sostitutiva e la scelta del tipo». E al comma 3 «Quando applica la semilibertà o la detenzione domiciliare, il giudice deve indicare le specifiche ragioni per cui ritiene inidonei nel caso concreto il lavoro di pubblica utilità o la pena pecuniaria».

l'effettivo disvalore dei comportamenti tenuti», oltre che incompatibile con le numerose incombenze professionali già presenti nella vita del condannato.

L'unica via percorribile per la sostituzione è dunque risultata quella della detenzione domiciliare, comportando l'obbligo di permanere in casa per alcune ore del giorno, «si presenta tale da contemperare le esigenze personali del condannato, ivi comprese quelle concernenti le sue attività professionali, con quella di indurre una migliore comprensione delle condotte in questione» determinando concrete possibilità di risocializzazione.

3.3. *In terzo ed ultimo luogo*, la Corte, convinta della adeguatezza della detenzione domiciliare sostitutiva, ha proceduto a specificarne contenuti e prescrizioni con la previsione per il condannato di potersi allontanare dal proprio domicilio – ovviamente individuato in un luogo diverso da quello in cui risiede la della persona offesa, ai sensi dell'art. 56 co. 3 l. 689/1981 – dalle ore 7.30 alle ore 21.30, di non potersi avvicinare alle persone offese e ai luoghi da queste frequentati e di mantenere costantemente i contatti con l'UEPE.

Troveranno poi applicazione anche le cd. prescrizioni comuni che, ai sensi dell'art. 56 *ter* l. 689/1981, si applicano a tutte le pene sostitutive (ad eccezione della pena pecuniaria sostitutiva) e riguardano regole di condotta generale (divieto di detenere armi e munizioni), limitazioni alle frequentazioni (con pregiudicati e persone sottoposte a misure di sicurezza o prevenzione) e agli spostamenti (potendo, anche nelle ore fuori dal domicilio, rimanere nel solo ambito territoriale della regione), il ritiro del passaporto e altri oneri generali (come quello di conservare, portare con sé ed esibire il provvedimento che dà esecuzione alla pena sostitutiva).

4. La sentenza della Corte d'Appello di Napoli si segnala per alcuni profili che meritano di essere evidenziati.

4.1. Innanzitutto, è opportuno mettere in luce che trattandosi di una condanna per il reato di cui all'art. 572 co. 2 c.p., sino all'entrata in vigore della nuova disciplina delle pene sostitutive, al condannato si sarebbe presentato come ineludibile l'ingresso in carcere: per espressa previsione dell'art. 656 co. 9 c.p.p., infatti, nei suoi confronti non avrebbe trovato applicazione la sospensione dell'ordine di esecuzione prevista dall'art. 656 co. 5 c.p.p. per le pene inferiori ai quattro anni.

Diversamente, l'art. 572 co. 2 c.p. non compare nell'elenco di reati di cui all'art. 4 *bis* della l. 354/1975 alla quale ora l'art. 59 co. 1 lett. d) l. 689/1981 rimanda per i casi di preclusione soggettiva per la sostituzione; dunque, nei confronti degli autori di questo tipo di reati, pur continuando a operare il divieto *ex* art. 656 co. 9 c.p.p., non opera una preclusione soggettiva alla sostituzione della pena detentiva quando la stessa venga comminata entro i limiti previsti per la sostituzione.

Le conseguenze non sono di poco conto: con l'entrata in vigore della riforma, per gli autori del reato di maltrattamenti contro familiari commesso in presenza o in danno di un minore, di una donna in stato di gravidanza o di una persona con disabilità oppure mediante l'uso di armi (art. 572 co. 2 c.p.), nelle ipotesi in cui il giudice di cognizione

contenga la pena detentiva entro il termine di quattro anni e sussistano gli altri requisiti di idoneità, si apre la concreta possibilità di un'alternativa al carcere *ab initio*, nelle forme di una pena sostitutiva.

Non si tratta di una previsione in contrasto con la *voluntas legis* espressa dall'art. 656 co. 9 c.p.p. laddove la previsione del divieto di disporre la sospensione dell'ordine di carcerazione³ risponde a un giudizio di speciale pericolosità del condannato, a cui si ricollega la necessità di tutela della collettività e di neutralizzazione immediata del reo mediante la detenzione carceraria⁴.

La possibilità, infatti, di applicare una pena sostitutiva non inficia in alcun modo tali esigenze di tutela e neutralizzazione, per due ragioni.

In primo luogo, dal combinato disposto degli artt. 58 e 59 l. 689/1981 si ricava che le pene sostitutive possono trovare applicazione unicamente nei confronti di soggetti per i quali è stata esclusa la pericolosità; in secondo luogo, le pene sostitutive – pur escludendo l'ingresso in carcere – sono immediatamente esecutive e non mancano di contenuti afflittivi e di modalità di controllo. Si tratta infatti di 'pene-programma' il cui contenuto, valutato nella sua complessiva idoneità ai fini rieducativi, viene ritagliato dal giudice sulle esigenze del caso concreto attraverso una motivata modulazione della durata e della intensità delle prescrizioni previste *ex lege*.

Ne è un esempio il fatto che nel caso posto al vaglio della Corte di appello di Napoli il collegio ha valutato l'astratta applicabilità di tutte le pene sospensive ma ha individuato nella sola detenzione domiciliare sostitutiva la pena in grado di contemperare le esigenze personali del condannato con quelle della sua risocializzazione, senza incorrere in limitazioni eccessive (come sarebbe accaduto con la semilibertà sostitutiva) che, impedendo al condannato di proseguire le attività lavorative già in essere e recidendo i legami sociali, avrebbero unicamente prodotto la sua desocializzazione e compromesso la finalità rieducativa.

4.2. Sul piano dei contenuti, la detenzione domiciliare sostitutiva condivide con la semilibertà sostitutiva (art. 55) sia la possibilità di sostituire la pena detentiva entro il limite di quattro annis sia la natura di pena privativa della libertà personale. Come è noto, la sua peculiarità risiede nel luogo di esecuzione – il domicilio – che sicuramente contribuisce a mitigare fortemente l'afflittività della pena⁵ ma al contempo scongiura i noti effetti deleteri del carcere nei confronti dei condannati a pene brevi affidando a un

³ La sospensione automatica dell'ordine di esecuzione della pena detentiva si applica allorché la pena inflitta, anche se costituente residuo di maggior pena, non sia superiore a quattro anni, ovvero a sei anni nei casi previsti dagli artt. 90 e 94 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309.

⁴ Si veda sul punto D. COLOMBO, [Divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione \(art. 656 c. 9 c.p.p.\): la Corte costituzionale ribadisce i limiti entro cui il legislatore può prevedere preclusioni al meccanismo sospensivo](#), in questa *Rivista*, 23 febbraio 2023.

⁵ Cfr. sul punto: D. BIANCHI, *Le modifiche in materia di sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi*, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di D. CASTRONUOVO, M. DONINI, E. M. MANCUSO, G. VARRASO, Milano, 2023, p. 88 ss.; v. anche A. COSTANTINI, *Prospettive di riforma della detenzione domiciliare tra pena principale e sanzione sostitutiva: verso un reale superamento del paradigma carcerocentrico?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 1, p. 310.

‘programma di trattamento’ elaborato dall’UEPE il compito di risocializzare il condannato.

Nel dettaglio, l’art. 56 co. 1 prevede per il condannato l’obbligo di rimanere nel domicilio per non meno di dodici ore al giorno, avuto riguardo a comprovate esigenze familiari, di studio, di formazione professionale, di lavoro o di salute, e fatta salva in ogni caso la possibilità di lasciare il domicilio per almeno quattro ore al giorno, anche non continuative, per provvedere alle indispensabili esigenze di vita e di salute, secondo quanto stabilito dal giudice. Come abbiamo avuto modo di vedere nella sentenza della Corte di appello, l’onere di valutare il corretto bilanciamento tra il tempo da trascorrere in libertà e quello in detenzione spetta al giudice che «dispone la detenzione domiciliare sostitutiva tenendo conto *anche* del programma di trattamento elaborato dall’UEPE». Sull’esatta portata del coinvolgimento dell’UEPE in questa fase iniziale, sembrerebbe nella prassi prevalere la lettura che – anche in un’ottica di ottimizzazione delle (poche) risorse – valuta tale coinvolgimento iniziale come facoltativo, lasciando al giudice la possibilità di pronunciarsi immediatamente⁶. In ogni caso, la pena sostitutiva dovrà essere comunque dichiarata efficace ed eseguita dal magistrato di sorveglianza, che potrà chiedere successivamente il programma specifico all’UEPE, a cui il giudice – come nel caso in esame – può dunque limitarsi a rinviare in termini generici.

Quel che rimane certo, invece, è che l’UEPE deve prendere in carico il soggetto nella fase esecutiva, conservando in tale fase un compito di monitoraggio⁷.

Benché non sia stato ritenuto necessario nella vicenda in esame, è interessante ricordare che l’art. 56 co. 4, in un’ottica di prevenzione e di tutela della persona offesa, prevede altresì la possibilità di «prescrivere procedure di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici, conformi alle caratteristiche funzionali e operative degli apparati di cui le Forze di polizia abbiano l’effettiva disponibilità». Al condannato in detenzione domiciliare sostitutiva, in altri termini, potrebbe essere applicato il cd. braccialetto elettronico, al pari di quanto già avviene per la misura cautelare degli arresti domiciliari e per la detenzione domiciliare-misura alternativa⁸. La previsione, sicuramente, arricchisce gli strumenti di natura preventiva a disposizione del giudice (di conseguenza ampliando il novero di potenziali destinatari della pena sostitutiva) ma rischia nella prassi di scontare le note *mananze* di questo strumento⁹, come peraltro sembrerebbe confermare l’inciso in chiusura del quarto comma («la temporanea indisponibilità di tali mezzi non può ritardare l’inizio della esecuzione della detenzione domiciliare»).

4.3. Un ultimo profilo cui merita fare cenno riguarda le modalità di presentazione della richiesta di sostituzione della pena in appello.

⁶ In questo secondo senso si esprimono le linee guida degli Uffici giudiziari di [Milano](#), di [Napoli nord](#), di [Torino](#) e di [Pavia](#).

⁷ [Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150](#), p. 195.

⁸ Critico sulla particolare mitezza dello strumento, A. BERNARDI, [Note sparse sulla disciplina della pena pecuniaria e delle altre sanzioni sostitutive nella riforma Cartabia](#), in questa *Rivista*, 18 maggio 2023.

⁹ Cfr. G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*. Parte generale, XII ed., 2023. p. 835 ss.

Nel caso in esame, la condanna di primo grado era giunta nel mese di marzo 2022 e dunque in un momento anteriore alla entrata in vigore del d.lgs. 150/2022 (fissata al 30 dicembre 2022). La difesa l'aveva tempestivamente impugnata, presentando poi nei motivi aggiunti, fatti pervenire il 30 gennaio 2023, la richiesta di sostituzione della pena principale con il lavoro di pubblica utilità o con la detenzione domiciliare, alla luce delle novità nel frattempo introdotte dalla riforma Cartabia. Ci soffermiamo sul punto perché tale *modus operandi* seguito dalla difesa si pone perfettamente in linea con un recente orientamento espresso dalla Corte di cassazione ad avviso del quale «la semplice richiesta di sostituzione formulata nelle conclusioni in sede di gravame non è sufficiente a veicolare, nell'ambito del processo di appello, la questione connessa alla richiesta della sostituzione della pena detentiva in altra pena»¹⁰. Secondo la Cassazione, infatti, la possibilità di vedersi riconosciuto un trattamento più favorevole secondo quanto previsto dall'art. 545 *bis* c.p. – poiché afferente a un profilo strettamente sostanziale della disciplina – deve essere temperata con le norme che disciplinano il rito di appello e, in particolare, con l'art. 597 co. 1 c.p.p. laddove limita l'ambito conoscitivo del Giudice di secondo grado ai punti della decisione strettamente connessi ai motivi proposti¹¹. Proprio la lettura congiunta di queste due disposizioni, in uno con l'art. 95, d.lgs. n. 150 del 2022¹² «impone di ritenere che affinché possa essere richiesta in sede di appello la pena sostitutiva di pene detentive brevi [...] la stessa debba essere veicolata attraverso i tipici strumenti processuali individuati per il regime delle impugnazioni in genere e dell'appello in particolare attraverso i motivi nuovi, quando ciò, ovviamente, sia in concreto possibile».

¹⁰ Cass. sez. VI, sent. 27 settembre 2023 (dep. 11 ottobre 2023), n. 41313, Pres. Di Stefano, rel. Costantini.

¹¹ Cfr. in tema anche Cass. sez. VI, n. 6257 del 27/01/2016, Sapiante, Rv. 266500), nonché Sez. U, n. 12872 del 19/01/2017, Punzo, Rv. 269125 - 01).

¹² L'art. 95 d.lgs. n. 150 del 2022, disciplinando il regime transitorio in materia di pene sostitutive delle pene detentive brevi, entrato in vigore il 30 dicembre 2022, dispone che «Le norme previste dal Capo III della legge 24 novembre 1981, n. 689, se più favorevoli, si applicano anche ai procedimenti penali pendenti in primo grado o in grado di appello al momento dell'entrata in vigore del presente decreto».

**CONVERTITO IN LEGGE IL D.L. “CAIVANO”
IN TEMA DI CONTRASTO AL DISAGIO E ALLA CRIMINALITÀ
MINORILI: UNA PANORAMICA DEI NUMEROSI PROFILI D’INTERESSE
PER IL PENALISTA**

*D.l. 15 settembre 2023, conv. con modif. in l. 13 novembre 2023, n. 159
(G.U. n. 266 del 14 novembre 2023, Serie Generale)*

di Silvia Bernardi

1. Segnaliamo ai lettori che, nella giornata di ieri, è stato infine pubblicato nella Gazzetta Ufficiale ([n. 266 del 14.11.2023, Serie Generale](#)) il testo della legge 13 novembre 2023, n. 159, con cui si è disposta la “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 15 settembre 2023, n. 123, recante misure urgenti di contrasto al disagio giovanile, alla povertà educativa e alla criminalità minorile, nonché per la sicurezza dei minori in ambito digitale”. La legge di conversione era stata licenziata in prima lettura dal Senato lo scorso 27 ottobre e approvata in via definitiva dalla Camera in data 8 novembre, dopo che sulla medesima il Governo aveva posto questione di fiducia.

Le novità di rilievo penale introdotte dal d.l. n. 123/2023 sono numerose, come già abbiamo avuto modo di sottolineare in occasione della pubblicazione del [Comunicato stampa del Consiglio dei Ministri n. 49 del 7 settembre 2023](#); novità il cui impianto viene sostanzialmente preservato dalla legge di conversione, che, anzi, a sua volta conferma la volontà di fare ampio uso del diritto penale nel delicato settore di intervento. Nello specifico, al fine di rafforzare gli strumenti di contrasto ai fenomeni del disagio giovanile, della povertà educativa e della criminalità minorile, il “decreto Caivano” – che significativamente prende il nome da una recente e tristemente nota vicenda di cronaca, da cui il Governo ha tratto l’impulso per intervenire in via d’urgenza – presenta un’ossatura portante costituita da una serie diversificata di misure a contenuto preventivo e sanzionatorio, che si affiancano a interventi di carattere più strettamente socio-economico ed educativo, in gran parte dedicati al Comune di Caivano o alle istituzioni scolastiche del Mezzogiorno, nonché ad alcune disposizioni in tema di tutela dei minori nello spazio virtuale.

Vale pertanto la pena concentrarsi su quei punti dell’articolato normativo che si rivelano d’interesse per il penalista, proponendone un’analisi sintetica che dia atto delle significative modifiche introdotte in sede di conversione, le quali saranno a tal fine evidenziate *mediante il ricorso al carattere corsivo*.

2. La prima disposizione da prendere in considerazione ai nostri fini è l’**art. 3** del citato d.l., rubricato “Disposizioni in materia di misure di prevenzione a tutela della sicurezza pubblica e della sicurezza delle città”, che nel testo originariamente predisposto dal Governo risulta composto da due commi.

Il primo comma introduce modifiche al d.l. 20 febbraio 2017, n. 14, conv. con modif. in l. 18 aprile 2017, n. 48 (“Disposizioni urgenti in materia di sicurezza delle città”), c.d. decreto Minniti, noto per aver coniato l’istituto del divieto di accesso alle aree urbane (DACUR, conosciuto anche come “DASPO urbano”) a fini di tutela del decoro e della sicurezza della città¹. In particolare:

- il divieto di accesso a luoghi determinati ex art. 10 d.l. 14/2017 viene reso applicabile anche ai minori ultraquattordicenni, mentre viene eliminata la procedura di convalida giudiziale per la misura “aggravata” ai sensi dell’art. 10 c. 3, prima disciplinata mediante rinvio all’art. 6 cc. 2-bis, 3 e 4 l. 401/1989; *la legge di conversione dispone inoltre la comunicazione del provvedimento al Procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni competente per il luogo di residenza del minore;*
- il divieto di accesso a scuole, plessi scolastici, sedi universitarie, locali pubblici o aperti al pubblico di cui all’art. 13 c. 1 diviene applicabile in caso di denuncia o condanna anche non definitiva, intervenuta nei tre anni precedenti, per uno qualsiasi dei delitti di cui all’art. 73 t.u. stup. e non più solo in relazione alle condotte di vendita o cessione di sostanze stupefacenti o psicotrope (con la precisazione che, mentre il testo originario del d.l. faceva richiamo al “delitto” di cui al citato art. 73, *l’uso dell’espressione “delitti” al plurale è un effetto della conversione in legge*); il divieto di accesso viene inoltre esteso a tutti i luoghi contemplati dalla norma, in maniera indifferenziata;
- le ulteriori misure preventive di cui all’art. 13 c. 3 (obbligo di presentazione presso gli uffici di polizia, obbligo di rientrare nella propria abitazione o altro luogo di privata dimora entro una determinata ora e di non uscirne prima di altra ora prefissata, divieto di allontanarsi dal comune di residenza, obbligo di comparire in un ufficio o comando di polizia specificamente indicato, negli orari di entrata ed uscita dagli istituti scolastici) divengono applicabili in tutti i casi di cui all’art. 13 c. 1 in presenza di “specifiche ragioni di pericolosità”, non richiedendosi più l’intervento di una sentenza di condanna definitiva;
- la pena prevista per la violazione delle misure di cui all’art. 13 cc. 1 e 3, disciplinata dal successivo c. 6, viene inasprita mediante la previsione della reclusione da uno a tre anni e la multa da 10.000 a 24.000 euro in luogo della precedente cornice edittale (reclusione da sei mesi a due anni e multa da 8.000 a 20.000 euro);
- *la legge di conversione incide altresì sul testo dell’art. 13 c. 7, che, per i casi di condanna per uno dei delitti ex art. 73 t.u. stup. commessi all’interno o nelle immediate vicinanze di locali pubblici o aperti al pubblico, stabilisce che la sospensione condizionale della pena possa essere subordinata al divieto di accedere in locali pubblici o pubblici esercizi specificamente individuati: tale previsione assume infatti carattere obbligatorio, venendo meno il margine di discrezionalità finora attribuito al giudice;*

¹ Sul tema può rimandarsi a C. FORTE, [Il decreto Minniti: sicurezza integrata e “D.A.SPO. urbano”](#), in *Dir. pen. cont.*, 22 maggio 2017.

- modifiche interessano anche l'art. 13-bis, che disciplina misure in materia di prevenzione di disordini e violenze negli esercizi pubblici e nei locali di pubblico trattenimento (noto alle cronache come "daspo Willy"²): da un lato, tra i reati presupposto vengono inclusi anche i reati di porto di armi od oggetti atti ad offendere ex art. 4 l. 110/1975 e di resistenza e minaccia a pubblico ufficiale ex artt. 336 e 337 c.p.; dall'altro, i presupposti per l'applicazione delle misure, originariamente riferiti ai soli casi di condanna, anche non definitiva, o di arresto o fermo, sono estesi alla sottoposizione alle misure cautelari degli arresti domiciliari o della custodia cautelare in carcere. Viene inoltre estesa la durata del divieto (ora compresa tra uno e tre anni) e stabilita una durata massima per l'eventuale prescrizione dell'obbligo di presentazione presso gli uffici di polizia disposto dal Questore (due anni);
- le pene previste dall'art. 13-bis c. 6 in caso di violazione delle misure di cui ai commi precedenti del medesimo articolo sono a loro volta inasprite (reclusione da uno a tre anni e multa da 10.000 a 24.000 euro, in luogo della reclusione da sei mesi a due anni e con multa da 8.000 a 20.000 euro).

Il secondo comma dell'art. 3, invece, innova la disciplina dello strumento del foglio di via obbligatorio di cui all'art. 2 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (c.d. cod. antimafia). La struttura della norma viene integralmente ridelineata, precisando i presupposti applicativi della misura disposta dal Questore (presenza di un soggetto pericoloso ai sensi dell'art. 1 cod. antimafia in un comune diverso dai luoghi di residenza o di dimora abituale) e definendone maggiormente il contenuto (si introduce un termine massimo di 48 ore entro il quale il destinatario della misura deve lasciare il territorio comunale; ai destinatari della misura viene inibito di rientrare, senza preventiva autorizzazione, nel comune dal quale sono stati allontanati per un termine non inferiore a sei mesi e non superiore a 4 anni; viene reso autonomamente operante il divieto di ritorno anche nei casi in cui, al momento della notifica, il soggetto abbia già abbandonato il territorio comunale).

Viene inoltre aggravata la sanzione penale prevista dall'art. 76 c. 3 in caso di violazione della misura di prevenzione in oggetto (fissata nella reclusione da sei a diciotto mesi e nella multa fino a 10.000 euro), eliminando al contempo l'obbligo di traduzione del condannato al luogo del rimpatrio al termine dell'esecuzione della pena.

Va segnalato che la legge di conversione integra tale impianto mediante la previsione di due commi ulteriori (2-bis e 2-ter), con cui si prevedono obblighi di comunicazione ai servizi di emergenza sanitaria in capo alle guardie giurate private e si aggrava la sanzione amministrativa stabilita dall'art. 7 c. 2-bis t.u.imm.

² L'art. 13-bis d.l. 20 febbraio 2017 n. 14, conv. con modif. in l. 18 aprile 2017, n. 48, rubricato "Disposizioni per la prevenzione di disordini negli esercizi pubblici e nei locali di pubblico trattenimento", è stato introdotto a opera del d.l. 4 ottobre 2018, n. 113 (intervenuto in tema di sicurezza e immigrazione, noto come "decreto Salvini") e poi significativamente modificato dal d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, all'esito di un altro grave fatto di cronaca: sul punto può rimandarsi a G. MENTASTI, [L'ennesimo 'decreto immigrazione-sicurezza' \(d.l. 21 ottobre 2020, n. 130\): modifiche al codice penale e altre novità](#), in questa Rivista, 23 ottobre 2020.

È poi disposto l'inserimento dopo l'art. 3 di due nuovi articoli, l'uno (art. 3-bis) volto a istituire presso il Ministero dell'Interno un Osservatorio sulle periferie, l'altro (art. 3-ter) dedicato a misure di carattere economico, tra cui l'incremento dei fondi statali per l'installazione di sistemi di videosorveglianza da parte dei Comuni.

3. L'art. 4 del d.l. in esame, rubricato "Disposizioni per il contrasto dei reati in materia di armi od oggetti atti ad offendere, nonché di sostanze stupefacenti", è interessato da vaste modifiche a opera della legge di conversione, che agli iniziali tre commi presenti nella disposizione ne aggiunge altri sette (cc. 1-bis, da 2-bis a 2-sexies, 3-bis).

La norma, nella sua versione originaria, interviene su tre diversi fronti:

- a. innalza i limiti edittali di pena detentiva previsti per le contravvenzioni in materia di porto di armi od oggetti atti ad offendere di cui all'art. 4 l. 18 aprile 1975, n. 110, commi 3, 4 e 5;
- b. aumenta (da tre a quattro anni) il massimo edittale di pena detentiva previsto per la fattispecie circostanziale di porto abusivo di armi di cui non è ammessa licenza ex art. 699 c. 2 cod. pen.;
- c. aggrava la pena detentiva prevista per il delitto di cui all'art. 73 c. 5 t.u. stup., ora punibile con la reclusione "da sei mesi a cinque anni" e non più "da sei mesi a quattro anni": trattasi di modifica di per sé suscettibile di produrre rilevanti effetti sul piano del procedimento penale, rendendo applicabile anche ai fatti di reato di lieve entità in materia di stupefacenti la misura della custodia cautelare in carcere ai sensi dell'art. 280 cod. proc. pen.

Tale impianto, come si anticipava, viene ulteriormente innovato dalla legge di conversione, che nel testo già approvato da Camera e Senato introduce significative novità:

- anzitutto, l'attuale c. 2 del richiamato art. 699 cod. pen. è abrogato, per far confluire la fattispecie di "Porto di armi per cui non è ammessa licenza" in un nuovo art. 4-bis della citata l. 18 aprile 1975, n. 110, così sostituendo l'originale contravvenzione con un autonomo delitto, punito con la reclusione da uno a tre anni (con la previsione, peraltro, di alcune circostanze aggravanti a effetto speciale all'interno del c. 2). Si prevedono inoltre modifiche degli artt. 381 c. 2 cod. proc. pen. e 71 cod. antimafia, per estendere alla nuova figura delittuosa la misura dell'arresto facoltativo in flagranza e la circostanza aggravante applicabile "se il fatto è commesso da persona sottoposta con provvedimento definitivo ad una misura di prevenzione personale durante il periodo previsto di applicazione e sino a tre anni dal momento in cui ne è cessata l'esecuzione";
- in secondo luogo, all'interno del codice penale, nell'ambito dei "Delitti contro l'ordine pubblico", è inserito un nuovo art. 421-bis, rubricato "Pubblica intimidazione con uso di armi", volto a punire con la reclusione da tre a otto anni, quando il fatto non costituisca più grave reato, "chiunque, al fine di incutere pubblico timore o di suscitare tumulto o pubblico disordine o di attentare alla sicurezza pubblica, fa esplodere colpi di arma da fuoco o fa scoppiare bombe o altri ordigni o materie esplodenti": il delitto, volto a punire un fenomeno noto in ambito criminale come "stesa", sostanzialmente riproduce la figura già punita (con la reclusione da uno a otto anni) dall'art. 6 l. 2 ottobre 1967, n. 895, che contestualmente viene abrogato. I soggetti condannati per tale reato vengono inoltre

inclusi tra i possibili destinatari delle misure di prevenzione ai sensi dell'art. 4 c. 1 cod. antimafia;

- *da ultimo, è inserito un secondo periodo all'interno dell'art. 73 c. 5 t.u. stup., a mente del quale "Chiunque commette uno dei fatti previsti dal primo periodo è punito con la pena della reclusione da diciotto mesi a cinque anni e della multa da euro 2.500 a euro 10.329, quando la condotta assume caratteri di non occasionalità"; si prevede inoltre la rimozione dell'attuale esclusione del reato di cui al citato art. 73 c. 5 dal campo di applicazione della confisca in casi particolari ex art. 240-bis cod. pen., che pertanto, ai sensi dell'art. 85-bis t.u. stup., viene estesa anche a tali ipotesi.*

4. L'art. 5 reca "Disposizioni in materia di prevenzione della violenza giovanile", espressamente volte a contrastare il fenomeno delle c.d. baby gang, come si legge nella relazione tecnica. Tale obiettivo viene perseguito estendendo ai minorenni l'applicazione della misura di prevenzione personale dell'avviso orale di cui all'art. 3 cod. antimafia, nonché della procedura di ammonimento del questore disciplinata dall'art. 8 cc. 1-2 d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv., con modif. in l. 23 aprile 2009, n. 38 (applicabile nei confronti del presunto autore di atti persecutori).

Più nel dettaglio, il nuovo c. 3-bis del citato art. 3 cod. antimafia prevede che l'avviso orale possa essere rivolto anche ai minori ultraquattordicenni, a seguito di convocazione del minore, da parte del questore, unitamente ad almeno un genitore o altro esercente la responsabilità genitoriale; il questore potrà imporre al minore anche le ulteriori prescrizioni di cui al c. 4 del medesimo articolo. Gli effetti dell'avviso orale sono comunque destinati a cessare al momento del raggiungimento della maggiore età da parte del destinatario. *Rispetto a tale misura, la legge di conversione si limita a formulare due precisazioni, disponendo la comunicazione del provvedimento al Procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni del luogo di residenza del minore e chiarendo la sua opponibilità, in caso di destinatario minorenni, davanti al tribunale per i minorenni.*

A mente del nuovo c. 6-bis, poi, il destinatario di avviso orale – tanto maggiorenne quanto minorenni – che risulti condannato, anche in via non definitiva, per uno o più delitti contro la persona, contro il patrimonio ovvero in materia di armi o sostanze stupefacenti potrà essere sottoposto, per un massimo di due anni, al divieto di utilizzare, in tutto o in parte, piattaforme o servizi informatici e telematici specificamente indicati, nonché di possedere o di utilizzare telefoni cellulari o altri dispositivi di comunicazione quando l'uso di tali strumenti sia servito per la realizzazione delle condotte che hanno determinato l'applicazione della misura di prevenzione, previa indicazione di modalità applicative compatibili con le sue esigenze di salute, famiglia, lavoro o studio. La violazione di tale divieto viene peraltro inclusa tra i presupposti del reato di cui all'art. 76 c. 2 del medesimo cod. antimafia.

La procedura di ammonimento può invece essere disposta, ai sensi del comma 2 dell'articolo in esame, nei confronti del minore ultraquattordicenne "fino a quando non è proposta querela o non è presentata denuncia per taluno dei reati di cui agli articoli 581, 582, 610, 612 e 635 del codice penale", nonché, ai sensi del comma 5, nei confronti del minore di età compresa tra i dodici e i quattordici anni – non imputabile ai fini penali – quando il fatto da lui commesso sia previsto dalla legge come delitto punito con la

reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni. Solo in questo secondo caso, *come precisato dalla legge di conversione*, a carico del soggetto che era tenuto alla sorveglianza del minore o all'assolvimento degli obblighi educativi nei suoi confronti viene prevista, a mente del successivo comma 8, l'applicazione da parte del Prefetto di una sanzione amministrativa pecuniaria da 200 euro a 1.000 euro, salvo che questi provi di non aver potuto impedire il fatto. In entrambi i casi, la misura viene disposta dal questore convocando il minore, unitamente ad almeno un genitore o ad altra persona esercente la responsabilità genitoriale, e cessa comunque i suoi effetti con il compimento della maggiore età da parte del destinatario; *anche per tale ipotesi la legge di conversione stabilisce in via ulteriore la comunicazione del provvedimento in questione al Procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni del luogo di residenza del minore.*

5. Gli articoli 6 (rubricato "Disposizioni in materia di contrasto dei reati commessi dai minori") e 8 (in materia di "custodia cautelare e percorso di rieducazione del minore") del decreto-legge in esame intervengono, invece, sulla disciplina del processo penale a carico di imputati minorenni. Le principali novità introdotte nel testo del d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448 (codice del processo penale minorile) fin dallo scorso 16 settembre riguardano:

- l'ampiamiento dei presupposti di applicazione della misura precautelare dell'accompagnamento a seguito di flagranza (con successivo trattenimento del minore fino a dodici ore), ora possibile in relazione ai delitti non colposi per il quale la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni (in luogo dei precedenti cinque anni) e per alcuni reati specificamente indicati (lesione personale, furto, danneggiamento aggravato, alterazione di armi e fabbricazione di esplosivi non riconosciuti, porto abusivo di armi od oggetti atti ad offendere; *si anticipa che la legge di conversione ha peraltro ommesso di aggiornare la disposizione con il rinvio al nuovo art. 4-bis l. 110/1975, di cui si è trattato sopra*);
- l'abbassamento a quattro anni (in luogo dei precedenti cinque) del limite relativo al massimo edittale di pena detentiva previsto ai sensi dell'art. 19 c. 4 per l'applicazione al minore di misure cautelari personali diverse dalla custodia cautelare;
- l'abbassamento a sei anni (in luogo dei precedenti nove) del limite relativo al massimo edittale di pena detentiva previsto dall'art. 23 per l'applicazione al minore della custodia cautelare, che diviene altresì applicabile, senza limiti, per taluni reati specificamente individuati; viene poi diminuita la misura della riduzione dei termini di durata massima previsti dall'art. 303 cod. proc. pen., fissata rispettivamente a un terzo (in luogo della metà) per i reati commessi da minori degli anni diciotto e alla metà (in luogo dei due terzi) per quelli commessi da minori degli anni sedici;
- l'inclusione tra le ipotesi in cui, ai sensi dell'art. 23 c. 2, il giudice può disporre la custodia cautelare nei confronti del minorenne dei casi in cui "l'imputato si è dato alla fuga o sussiste concreto e attuale pericolo che si dia alla fuga" (nuova lett. a-bis);

- l'introduzione di un nuovo art. 27-*bis* volto a regolare un particolare "Percorso di rieducazione del minore", ossia una nuova forma di definizione anticipata del procedimento penale, avviata su iniziativa del pubblico ministero e subordinata "alla condizione che il minore acceda a un percorso di reinserimento e rieducazione civica e sociale sulla base di un programma rieducativo che preveda, sentiti i servizi minorili di cui all'articolo 6 e compatibilmente con la legislazione sul lavoro minorile, lo svolgimento di lavori socialmente utili o la collaborazione a titolo gratuito con enti no profit o lo svolgimento di altre attività a beneficio della comunità di appartenenza, per un periodo compreso da uno a sei mesi". La norma prevede che, una volta elaborato il programma rieducativo, il giudice, sentito il minore e l'esercente la responsabilità genitoriale, con ordinanza fissi la durata del percorso di rieducazione e sospenda il procedimento; in caso di esito positivo del percorso, pronuncia sentenza di non luogo a procedere dichiarando l'estinzione del reato, mentre in caso di valutazione negativa trasmette gli atti al p.m. per la prosecuzione del procedimento penale. Tanto l'esito negativo del percorso, quanto la sua interruzione ingiustificata o il rifiuto del minore di accedervi precludono il successivo ricorso all'istituto della sospensione del processo con messa alla prova ai sensi degli artt. 28 e 29 del medesimo d.P.R. 448/1988.

Ulteriori modifiche della disciplina del processo minorile fanno seguito alla conclusione della procedura di conversione in legge:

- *anzitutto, la legge di conversione prevede la sostituzione dell'art. 6 del citato d.P.R., rubricato "Servizi minorili", specificando che l'autorità giudiziaria può avvalersi – in ogni stato e grado del processo – non solo dei servizi minorili dell'amministrazione della giustizia, ma anche dei servizi di assistenza sociali e sanitari istituiti dagli enti locali e dal Servizio sanitario nazionale, purché "senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica";*
- *viene poi modificato l'art. 19 c. 5 in modo da permettere al giudice di tenere conto, nella determinazione della pena agli effetti della applicazione delle misure cautelari, della diminuzione della minore età anche in relazione ai delitti di cui all'art. 73 c. 5 t.u. stup.;*
- *ancora, si prevede che la misura della custodia cautelare in caso di gravi e ripetute violazioni delle prescrizioni imposte in sede di collocamento del minore in comunità o di allontanamento ingiustificato dalla comunità possa essere disposta, ai sensi dell'art. 22 c. 4, per i delitti puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni (non più cinque) e senza limiti di tempo (mentre al momento è stabilita una durata massima di un mese), nonché, ai sensi di un nuovo c. 4-bis inserito nello stesso art. 22, nei casi di aggravamento delle esigenze cautelari, alle condizioni di cui all'art. 23 e su richiesta del p.m.;*
- *viene altresì riscritto il testo del neo-introdotta art. 27-bis in tema di accesso del minore ai nuovipercorsi rieducativi: in particolare, si specifica che l'istituto è applicabile solo durante le indagini preliminari e soltanto "se i fatti non rivestono particolare gravità", venendo al contempo valorizzato il carattere discrezionale della "proposta" (non più istanza) che il p.m. "può notificare" al minore (non più "notifica"); viene poi leggermente esteso l'arco di tempo durante il quale il percorso può svolgersi,*

fissandolo in un periodo compreso da due a otto mesi, durante il quale resta sospeso non solo il procedimento penale, ma anche il corso della prescrizione del reato. Mutano anche le conseguenze che l'esito negativo del percorso può produrre sul proseguimento del procedimento penale, venendo meno la radicale preclusione dell'istituto della messa alla prova, ma al contempo prevedendosi la possibilità che il p.m. presenti richiesta di giudizio immediato anche fuori dei casi previsti dall'articolo 453 cod. proc. pen.; lo stesso nelle ipotesi di interruzione ingiustificata del percorso o rifiuto del minore di accedervi, pur prevedendosi espressamente che l'ingiustificata interruzione debba essere "valutata" in caso di successiva istanza di sospensione del processo con messa alla prova;

- *da ultimo, la legge di conversione incide sull'art. 28 del richiamato d.P.R. al fine di escludere l'applicabilità dell'istituto della sospensione del processo con messa alla prova nei confronti del minore nei procedimenti concernenti taluni gravi reati (in specie, i delitti di omicidio doloso aggravato ai sensi dell'art. 576 cod. pen., violenza sessuale e violenza sessuale di gruppo aggravate ai sensi dell'art. 609-ter cod. pen., rapina aggravata ai sensi dell'art. 628 c. 3 nn. 2, 3 e 3-quinquiescod. pen.).*

6. L'art. 7 ("Misure anticipate relative a minorenni coinvolti in reati di particolare allarme sociale") stabilisce in capo al pubblico ministero specifici obblighi di comunicazione al Procuratore della Repubblica presso il tribunale dei minorenni – finalizzati a consentirgli di valutare eventuali azioni nell'interesse del minore ai sensi dell'art. 336 cod. civ. – quando nel corso di indagini relative ai reati di cui agli artt. 416-bis cod. pen. e 74 t.u. stup. emerga una situazione di pregiudizio per un minore.

Le legge di conversione prevede altresì una sottile modifica all'interno del testo dell'art. 609-decies cod. pen. (rubricato "Comunicazione al tribunale per i minorenni"), precisando che destinatario delle comunicazioni ivi contemplate è parimenti il Procuratore della Repubblica presso il tribunale dei minorenni e non, genericamente, il tribunale per i minorenni.

7. Ancora, l'art. 9 contempla significative "Disposizioni in materia di sicurezza degli istituti penali per minorenni": nello specifico, il d.l. in vigore dallo scorso 16 settembre ha inserito un nuovo c. 3-bis all'interno dell'art. 10 d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121, *ma la legge di conversione opera uno spostamento di tale disciplina all'interno di un originale art. 10-bis, rubricato "Trasferimento presso un istituto penitenziario per adulti".*

Le rilevanti novità su questo fronte concernono la possibilità per il magistrato di sorveglianza di consentire, su istanza del direttore dell'istituto penale per i minorenni, al trasferimento presso un istituto per adulti del detenuto che abbia compiuto ventuno anni, in espiatione di pena per reati commessi durante la minore età, il quale, alternativamente a) con i suoi comportamenti comprometta la sicurezza ovvero turbi l'ordine dell'istituto, ovvero b) con violenza o minaccia impedisca le attività degli altri detenuti, o ancora c) nella vita penitenziaria si avvalga dello stato di soggezione da lui indotto negli altri detenuti. Il detenuto che realizzi tutte e tre tali condotte cumulativamente, peraltro, può essere sottoposto al trasferimento fin da quando abbia compiuto diciotto anni; si prevede, inoltre, che in presenza di siffatte condizioni il magistrato di sorveglianza possa negare il trasferimento solo per ragioni di sicurezza, anche del detenuto stesso.

8. Da ultimo, sempre limitandoci ai profili di più stretto interesse penalistico, l'art. 12 del decreto-legge, nell'ambito di alcune "Disposizioni per il rafforzamento del rispetto dell'obbligo scolastico", introduce all'interno del codice penale un nuovo art. 570-ter, rubricato "Inosservanza dell'obbligo dell'istruzione dei minori", che in larga parte riproduce – pur con alcune differenze di non poco rilievo – il testo dell'art. 731 cod. pen., contestualmente abrogato, che sanzionava a titolo di contravvenzione l'"inosservanza dell'obbligo di istruzione elementare dei minori".

Il primo effetto della novella, pertanto, è quello di trasformare in delitto la precedente contravvenzione, al contempo inasprendo significativamente la pena edittale: dalla mera – e onestamente risibile – ammenda fino a 30 euro prevista dall'art. 731 alla reclusione fino a due anni. La fattispecie penale è inoltre oggetto di ampliamento, giacché, se la precedente contravvenzione puniva il responsabile del minore che, senza giusto motivo, omettesse di impartirgli l'istruzione elementare, la nuova figura delittuosa vuole reprimere la mancata istruzione del minore durante tutto il periodo di istruzione obbligatoria (dai sei ai sedici anni di età), individuando come soggetto attivo "il responsabile dell'adempimento dell'obbligo scolastico" e come presupposto della condotta il precedente ammonimento del sindaco nella sua funzione di vigilanza sul rispetto dell'obbligo scolastico. All'ipotesi di dispersione scolastica assoluta, inoltre, viene affiancata una fattispecie originale – contemplata al secondo comma dell'art. 570-ter – di abbandono scolastico, destinata ad applicarsi nei casi in cui le assenze ingiustificate del minore durante il corso dell'anno scolastico siano tali da costituire elusione dell'obbligo scolastico, punita con la più lieve pena della reclusione fino a un anno.

Anche per queste ipotesi di reato si prescrive espressamente che il p.m. informi il Procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni per le eventuali iniziative di competenza ai sensi dell'articolo 336 cod. civ. Inoltre, quale ulteriore misura afflittiva, viene disposta l'esclusione del nucleo familiare per i cui componenti minorenni non sia documentata la regolare frequenza della scuola dell'obbligo dal c.d. assegno di inclusione disciplinato dal d.l. 4 maggio 2023, n. 48.

Il disposto dell'art. 570-ter cod. pen. subisce peraltro alcune modifiche a seguito dell'approvazione della legge di conversione, la quale procede altresì a un riordino della disciplina in materia di vigilanza sull'adempimento dell'obbligo di istruzione di cui all'art. 114 d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297 (testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado), ridefinendo i compiti del sindaco e del dirigente scolastico.

Per praticità, non potendo qui entrare eccessivamente nel merito della normativa extrapenale, riportiamo di seguito il testo dell'articolo in esame, indicando tra parentesi quadre il testo finora vigente e in corsivo le modifiche conseguenti all'approvazione in via definitiva della legge di conversione:

Art. 570-ter (Inosservanza dell'obbligo dell'istruzione dei minori).

Il responsabile dell'adempimento dell'obbligo [scolastico] *di istruzione* che, ammonito ai sensi dell'articolo 114, [comma 4 del decreto legislativo] *comma 1 del testo unico di cui al decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297*, non prova di procurare altrimenti

l'istruzione del minore o non giustifica con motivi di salute, o con altri impedimenti gravi, [l'assenza del minore dalla scuola] *la mancata iscrizione del minore presso una scuola del sistema nazionale di istruzione*, o non ve lo presenta entro una settimana dall'ammonizione, è punito con la reclusione fino a due anni.

Il responsabile dell'adempimento dell'obbligo [scolastico] *di istruzione* che, ammonito ai sensi dell'articolo 114, [comma 5, secondo periodo, del decreto legislativo] *comma 4, del testo unico di cui al decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297* per assenze ingiustificate del minore durante il corso dell'anno scolastico tali da costituire elusione dell'obbligo [scolastico] *di istruzione*, non prova di procurare altrimenti l'istruzione del minore o non giustifica con motivi di salute, o con altri impedimenti gravi, l'assenza del minore dalla scuola, o non ve lo presenta entro una settimana dall'ammonizione, è punito con la reclusione fino a un anno.

**LA 'CULTURALITÀ' DEL BENE
NEI REATI CONTRO IL PATRIMONIO CULTURALE.
ANCHE DOPO LA RIFORMA LA CASSAZIONE ACCOGLIE
LA TESI 'SOSTANZIALISTICA'**

*Cass., sez. II, sent. 27 settembre 2023 (dep. 10 ottobre 2023), n. 41131,
Pres. Petruzzelis, Rel. Cianfrocca*

di Davide Colombo

1. Con la sentenza in epigrafe la Corte di cassazione, pronunciandosi in materia di delitti contro il patrimonio culturale (nel dettaglio, si procedeva per l'ipotesi di reato di appropriazione indebita *ex art. 518 ter c.p.*), ha fornito alcune importanti coordinate ermeneutiche utili a perimetrare la nozione penalmente rilevante di bene culturale, oggetto materiale della maggior parte delle fattispecie incriminatrici confluite nel nuovo Titolo VIII *bis* del codice penale, introdotto dalla legge 9 marzo 2022, n. 22.

La vicenda processuale su cui si è innestato il giudizio di legittimità riguardava il caso di una persona indagata per il reato di cui all'*art. 518 ter c.p.*, ipotizzato in relazione all'indebita appropriazione di beni di presumibile interesse archeologico; beni che, conseguentemente, erano stati sottoposti a sequestro probatorio *ex art. 253 c.p.p.*

Avverso il rigetto dell'istanza di riesame era stato proposto ricorso per cassazione, con cui l'indagato aveva lamentato – tra l'altro – l'illegittimità del provvedimento impugnato per violazione dell'*art. 253 c.p.p.* in relazione alla ritenuta sussistenza del *fumus commissi delicti*. In particolare, il ricorrente aveva evidenziato che i beni oggetto di ablazione non erano mai stati attinti da un provvedimento amministrativo adottato ai sensi dell'*art. 13 d.lgs. 42/2004* (Codice dei beni culturali e del paesaggio), vale a dire da una dichiarazione formale di interesse culturale.

Investiti della questione, i giudici di legittimità, dando continuità a un orientamento già consolidatosi in relazione alla normativa vigente prima dell'emanazione della l. 22/2022¹, hanno ribadito la propria adesione alla concezione c.d. sostanzialistica, in forza della quale il bene giuridico protetto dalle disposizioni del nuovo Titolo VIII *bis* c.p. andrebbe individuato nel patrimonio culturale reale, ossia in quei beni tutelati in virtù del loro intrinseco valore culturale, indipendentemente dal previo e formale riconoscimento dello stesso da parte delle autorità competenti.

¹ Trova conferma, così, il pronostico effettuato dalla dottrina all'indomani dell'emanazione della l. 22/2022, secondo cui sarebbe stato probabile «un effetto 'inerziale', di attrazione e trascinamento di tutte le fattispecie del Titolo VIII *bis* verso la soluzione ermeneutica prevalente con riferimento alle pregresse fattispecie codicistiche di danno a beni culturali – optando quindi per ritenere l'applicabilità di tendenzialmente tutti i delitti del nuovo Titolo a tutti i beni culturali 'reali'» (così A. VISCONTI, *Problemi e prospettive della tutela penale del patrimonio culturale*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 119).

La pronuncia in esame restituisce dunque una chiara presa di posizione della Suprema Corte intorno al dibattito su cosa debba intendersi, in prospettiva penalistica, per bene culturale; dibattito che, anche dopo l'entrata in vigore della riforma, è rimasto vivissimo e in merito al quale la soluzione dei giudici di legittimità potrebbe non riuscire a sopire le vivaci obiezioni continuamente sollevate dai sostenitori della tesi rivale.

2. Prima di ripercorrere i termini della questione controversa e di illustrare l'orientamento a cui la sentenza qui esaminata ha ritenuto di aderire, pare opportuno soffermarsi, pur in estrema sintesi, sui tratti salienti della riforma dei reati contro il patrimonio culturale in relazione all'individuazione del bene giuridico protetto dalle fattispecie penali e, di riflesso, dell'oggetto materiale delle condotte incriminate.

2.1. La l. 22/2022 – che ha introdotto nel codice penale un nuovo Titolo VIII *bis*, contenente incriminazioni poste a tutela del patrimonio culturale, in parte corrispondenti a figure delittuose già esistenti nel Codice dei beni culturali e del paesaggio, in parte inedite – è stata adottata in ottemperanza all'impegno assunto dall'Italia mediante la sottoscrizione della Convenzione di Nicosia del Consiglio di Europa, il cui scopo dichiarato è il rafforzamento della tutela del patrimonio culturale mediante l'impiego del diritto penale.

La Convenzione di Nicosia offre, all'art. 2, una propria definizione di *cultural property* (mutuata pressoché pedissequamente dalla Convenzione UNESCO del 1970), statuendo che, ai sensi della Convenzione, con tale espressione si intende l'insieme di quei beni che siano «*classified, defined or specifically designated [...] as being of importance for archaeology, prehistory, ethnology, history, literature, art or science*».

2.2. Il legislatore italiano, invece, nonostante la centralità, nell'ambito dell'intervento novellatore operato dalla l. 22/2022, del riferimento al patrimonio culturale, non ha autonomamente definito 'ai fini penali' cosa debba intendersi per bene culturale, benché si tratti di elemento normativo costitutivo del fatto tipico per quasi tutti i reati inseriti nel Titolo VIII *bis* c.p.².

² L'astensione del legislatore dal compito di fornire una definizione di bene culturale valida ai fini penali è stata recepita tendenzialmente negativamente dalla dottrina: v. C. IAGNEMMA, *I nuovi reati inerenti ai beni culturali. Sul persistere miope di una politica criminale ricondotta alla deterrenza punitiva*, in *Arch. pen.*, 1/2022, p. 7; A. VISCONTI, *La repressione del traffico illecito di beni culturali nell'ordinamento italiano. Rapporti con le fonti internazionali, problematiche applicative e prospettive di riforma*, in *La legisl. pen.*, 19 dicembre 2021, p. 63; M. TRAPANI, *Riflessioni a margine del sistema sanzionatorio previsto dal c.d. codice dei beni culturali*, in E. BATTELLI – B. CORTESE – A. GEMMA – A. MASSARO (a cura di), *Patrimonio culturale. Profili giuridici e tecniche di tutela*, Roma, 2017, p. 245; L. D'AGOSTINO, [Dalla "vittoria di Nicosia" alla "navetta" legislativa: i nuovi orizzonti normativi nel contrasto ai traffici illeciti di beni culturali](#), in *Dir. pen. cont.*, 1/2018, p. 89; A. NATALINI, *Riforma ipertrofica e casistica senza una norma definitoria*, in *Guida al diritto*, 13/2022, p. 28. In particolare, viene – condivisibilmente – rilevato come l'assenza di una norma definitoria rechi ulteriore detrimento alle esigenze di determinatezza e rimproverabilità, da sempre particolarmente avvertite in materia di reati contro il patrimonio culturale. Peraltro, è appena il caso di evidenziare come l'introduzione di una definizione di bene culturale valida ai fini penali avrebbe eliminato le problematiche in punto di errore ricadente sulla culturalità del bene (art. 47 co. 3 c.p.): sul tema, cfr. A. VISCONTI, *La repressione del traffico illecito di beni culturali nell'ordinamento italiano*.

È stato così rimesso all'interprete il gravoso compito di delineare la nozione di bene culturale penalmente rilevante, con la conseguente necessità di fare riferimento alla disciplina all'uopo prevista 'ai fini amministrativi' dall'art. 2 d.lgs. 42/2004.

In linea di massima, alla luce delle disposizioni contenute nel Codice dei beni culturali e del paesaggio, si possono distinguere tre macro-categorie di beni culturali: *i*) beni culturali *ex lege* (indicati all'art. 10 co. 2 d.lgs. 42/2004), di proprietà pubblica e assimilata, per i quali non si richiede alcun accertamento circa la sussistenza dell'interesse culturale; *ii*) beni culturali presuntivi (individuati dagli artt. 10 co. 1 e 4 e 12 co. 1 d.lgs. 42/2004), di proprietà pubblica e assimilata, la cui culturalità è presunta solo relativamente, poiché può essere esclusa in caso di esito negativo del procedimento di verifica dell'interesse culturale; *iii*) beni in proprietà privata (indicati all'art. 10 co. 3 d.lgs. 42/2004) oggetto di positiva dichiarazione di interesse culturale ai sensi dell'art. 13 d.lgs. 42/2004³.

2.3. La dottrina penalistica si è interrogata a lungo sulla questione dell'applicazione formale o sostanziale della nozione extrapenale di bene culturale⁴, tematica su cui il legislatore della riforma ha mantenuto un silenzio sibillino.

Secondo alcuni⁵, le fattispecie incriminatrici confluite nel codice penale tutelerebbero il patrimonio culturale formale, nel senso che la protezione approntata sarebbe circoscritta ai soli beni culturali individuati come tali dalla disciplina amministrativa: beni culturali *ex lege*, beni culturali presuntivi per cui non sia intervenuto accertamento negativo sull'interesse culturale, beni privati dichiarati di

Rapporti con le fonti internazionali, problematiche applicative e prospettive di riforma, in *La legisl. pen.*, 19 dicembre 2021, pp. 49-52; V. MANES, *La tutela penale*, in C. BARBATI – M. CAMMELLI – G. SCIULLO (a cura di), *Diritto e gestione dei beni culturali*, Bologna, 2011, p. 309; C. PERINI, *Itinerari di riforma per la tutela penale del patrimonio culturale*, in *La legisl. pen.*, 19 febbraio 2018, p. 4; A. MASSARO, [Illecita esportazione di cose di interesse artistico: la nozione sostanziale di bene culturale e le modifiche introdotte dalla legge n. 124 del 2017](#), in *Dir. pen. cont.*, 5/2018, p. 124, nonché, volendo, D. COLOMBO, *Osservazioni in tema di furto di beni culturali (art. 518-bis c.p.)*, in *Aedon*, 1/2023.

Aveva invece ritenuto da evitare l'introduzione di una specifica norma definitoria C. SOTIS, *La tutela penale dei beni culturali mobili. Osservazioni in prospettiva de iure condendo*, in AA. VV., *Circolazione dei beni culturali mobili e tutela penale: un'analisi di diritto interno, comparato e internazionale*, Milano, 2015, p. 134, per scongiurare sovrapposizioni problematiche con le definizioni già previste dal d.lgs. 42/2004. Nello stesso senso, dopo la riforma, G.P. DEMURO, [I delitti contro il patrimonio culturale nel Codice penale: prime riflessioni sul nuovo titolo VIII-bis](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2022, pp. 21-22.

³ Cfr. sul punto la precisa ricostruzione di L. PONZONI – F. DIMAGGIO, *I reati contro il patrimonio culturale e l'aggiornamento dei modelli 231*, in *Giur. pen. web*, 2023, 4.

⁴ I termini della questione sono ben illustrati da P. CARPENTIERI, *La tutela penale dei beni culturali in Italia e le prospettive di riforma: i profili sostanziali*, in S. MANACORDA – A. VISCONTI (a cura di), *Beni culturali e sistema penale*, Milano, 2013, p. 35; v. anche S. MANACORDA, *La circolazione illecita dei beni culturali nella prospettiva penalistica: problemi e prospettive di riforma*, in AA. VV., *Circolazione dei beni culturali mobili e tutela penale: un'analisi di diritto interno, comparato e internazionale*, Milano, 2015, p. 21, nonché, già a suo tempo, F. MANTOVANI, *Lineamenti della tutela penale del patrimonio artistico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 64.

⁵ *Ex multis* A. VISCONTI, *Problemi e prospettive della tutela penale del patrimonio culturale*, Giappichelli, Torino, 2023, *passim*; L. TROYER – M. TETTAMANTI, *Le nuove norme in materia di reati contro il patrimonio culturale ed il loro impatto sulla responsabilità degli enti ex d.lgs. 231/2001*, in *Riv. dott. commercialisti*, 2/2022, p. 295.

interesse culturale. Esulerebbero invece dall'ambito di tutela i beni privati sforniti di dichiarazione di interesse culturale e l'arte contemporanea.

La necessità di sposare la tesi formale discenderebbe, in particolare, dall'esigenza di certezza e di conoscibilità del precetto penalistico, che dovrebbe coniugarsi ad ogni pulsione incriminatrice.

Secondo altri⁶, invece, la tutela penale del patrimonio culturale riguarderebbe tutti quei beni di valore intrinsecamente culturale, a prescindere dall'esistenza di una dichiarazione amministrativa in tal senso. In tal modo, la protezione penale sarebbe accordata anche ai beni privati di interesse culturale sprovvisti della relativa dichiarazione amministrativa, nonché all'arte contemporanea.

I sostenitori di tale tesi (c.d. del patrimonio culturale sostanziale) osservano che, in assenza di un esplicito richiamo, da parte delle fattispecie penali, alle definizioni fornite dal d.lgs. 42/2004, al giudice sarebbe riconosciuto un maggior margine interpretativo, così da poter estendere l'ambito di tutela penale a un più ampio ventaglio di beni dall'intrinseco valore culturale. In tal modo – si argomenta – si appresterebbe una protezione più adeguata al patrimonio culturale effettivo, senza dover dipendere dalle lungaggini (in particolare con riferimento ai beni culturali di proprietà privata) che sovente ammorbano il procedimento amministrativo di accertamento dell'interesse culturale.

3. Nella pronuncia in esame la Corte di cassazione, come anticipato, ha aderito alla tesi sostanziale.

I giudici di legittimità, in particolare, ritengono di poter dare continuità all'orientamento già consolidatosi in relazione alla disciplina previgente, che aveva – appunto – adottato un approccio marcatamente sostanziale. Nello specifico era stato affermato – con riferimento al reato di impossessamento illecito di beni culturali (già art. 176 d.lgs. 42/2004, oggi art. 518 *bis* co. 1 c.p.) – che non è richiesto, quando si tratti di beni appartenenti allo Stato, l'accertamento dell'interesse culturale, né che i medesimi presentino un particolare pregio o siano qualificato come culturali da un provvedimento amministrativo, essendo invece sufficiente che la culturalità sia desumibile dalle caratteristiche oggettive dei beni⁷, quali la tipologia, la localizzazione, la rarità o altri analoghi criteri, e la cui prova può desumersi o dalla testimonianza di organi della pubblica amministrazione o da una perizia disposta dall'autorità giudiziaria⁸.

⁶ V. per tutti G.P. DEMURO, [I delitti contro il patrimonio culturale nel Codice penale: prime riflessioni sul nuovo titolo VIII-bis](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2022, pp. 20-21.

⁷ In tal senso, la Corte richiama Cass., sez. III, 16 luglio 2020, n. 24988; Cass., sez. II, 18 luglio 2014, n. 36111; Cass., sez. III, 15 maggio 2014, n. 24344; Cass., sez. III, 7 luglio 2011, n. 41070.

⁸ Così Cass., sez. III, 28 giugno 2007, n. 35226. In verità, il riferimento alla fattispecie di cui all'art. 174 d.lgs. 42/2004 pare inconferente rispetto alla questione dibattuta, dacché tale disposizione non individua quale oggetto di tutela i beni culturali, bensì – per espressa indicazione normativa – più precisamente le «cose di interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, bibliografico, documentale o archivistico». In altri termini, qui è la stessa norma a dare rilievo a tutti i beni di interesse culturale, indipendente dal previo riconoscimento in tal senso da parte dell'autorità amministrativa.

La Suprema Corte richiama inoltre una pronuncia resa in relazione alla fattispecie di illecita esportazione di cose di interesse artistico (già art. 174 d.lgs. 42/2004, oggi art. 518 *undecies* c.p.), applicata non solo al patrimonio culturale dichiarato, ma anche a quello reale, essendo stato ritenuto sufficiente che il bene stesso presenti un oggettivo interesse culturale.

L'indirizzo sostanziale troverebbe un avallo normativo, secondo i giudici di legittimità, nella formula di chiusura contenuta nell'art. 2 d.lgs. 42/2004 (in particolare, il riferimento alle «altre cose individuate dalla legge o in base alla legge quali testimonianze aventi valore di civiltà»), che consentirebbe di ravvisare il bene giuridico protetto dalle disposizioni sui beni culturali ed ambientali non soltanto del patrimonio storico-artistico-ambientale dichiarato, ma anche in quello reale, ovvero in quei beni protetti in virtù del loro intrinseco valore, indipendentemente dal previo riconoscimento da parte delle autorità competenti⁹.

4. All'esito della ricognizione del contenuto della sentenza qui segnalata, sia consentito di appuntare alcune brevissime considerazioni.

4.1. In primo luogo, va rilevato che, nel caso di specie, l'applicazione della misura cautelare reale avrebbe potuto essere disposta seguendo una diversa via normativa, che avrebbe consentito l'ablazione dei beni *de quibus* senza dover prendere posizione circa la natura formale o sostanziale del requisito della culturalità della *res* oggetto di appropriazione indebita.

Per individuare quale sia la diversa via a cui si è fatto cenno, occorre soffermarsi sulle novità introdotte in tema di confisca di beni culturali dalla l. 22/2022.

L'art. 518 *duodevicies* co. 1 c.p. prevede una peculiare ipotesi di confisca obbligatoria (in relazione alla quale, dunque, ben potrebbe essere disposto il sequestro preventivo ai sensi dell'art. 321 co. 2 c.p.p.); segnatamente, la norma in parola prescrive che «il giudice dispone in ogni caso la confisca delle cose indicate all'articolo 518 *undecies*, che hanno costituito l'oggetto del reato, salvo che queste appartengano a persona estranea al reato».

Di assoluto rilievo, in sede di interpretazione della norma, è la circostanza che l'art. 518 *undecies* c.p. (che punisce, in sostanziale continuità con l'art. 174 d.lgs. 42/2004, l'uscita o esportazione illecite di beni culturali) operi un espresso riferimento non solo ai beni culturali, ma anche, più in generale, a tutte le «cose di interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, bibliografico, documentale o archivistico o altre cose oggetto di specifiche disposizioni di tutela ai sensi della normativa sui beni culturali».

Ora: mentre l'art. 174 co. 3 d.lgs. 42/2004, in tema di confisca, si riferiva esclusivamente al reato previsto nel medesimo articolo (uscita o esportazione illecite di beni culturali), diversamente la confisca prevista dall'art. 518 *duodevicies* c.p. è suscettibile di applicazione per tutti i delitti previsti in materia di tutela del patrimonio culturale. Infatti, il riferimento all'art. 518 *undecies* c.p. è operato *quoad res*, vale a dire al

⁹ Cass., sez. III, 18 ottobre 2012, n. 45841; Cass., sez. III, 15 febbraio 2005, n. 21400.

solo fine di individuare l'oggetto su cui cade la misura ablatoria, ma con riferimento a tutti i delitti del nuovo Titolo VIII *bis* c.p.

Come è stato osservato, l'innovazione apportata con la riforma è quanto mai opportuna, in quanto consente di risolvere il problema, avvertito da parte della dottrina¹⁰, della disparità di trattamento, dal punto di vista delle misure ablativo, tra beni culturali oggetto di illecita esportazione e beni culturali oggetto di impossessamento illecito (già art. 176 d.lgs. 42/2004, oggi art. 518 *bis* c.p.) o ricettazione comune ex art. 648 c.p., prima della riforma oggetto di confisca solo facoltativa¹¹.

Ad ogni modo, poiché il riferimento dell'art. 518 *duodevicies* c.p. all'art. 518 *undecies* c.p. deve essere interpretato alla stregua di specifica individuazione normativa dei beni assoggettabili a confisca (*i.e.* i beni di interesse culturale, quand'anche non ancora dichiarati beni culturali), è evidente come ciò inibisca sul nascere eventuali discussioni circa la riconducibilità della *res* da ablare al patrimonio culturale formale o sostanziale. Infatti, è la norma stessa ad abbracciare espressamente la soluzione sostanziale, e dunque, per poter disporre la confisca, sarà sufficiente che la cosa presenti un semplice interesse culturale (artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, bibliografico, documentale o archivistico), pur in assenza di una dichiarazione amministrativa in tal senso. Peraltro, attesa la natura eminentemente recuperatoria di tale ipotesi ablatoria, la confisca potrà essere applicata anche in assenza di un provvedimento di condanna, purché sia provata la materialità del fatto e sempreché il bene medesimo non appartenga a persona estranea al reato¹².

4.2. Al di là di queste considerazioni di carattere generale e focalizzando l'attenzione, invece, sugli argomenti spesi dai giudici di legittimità nella pronuncia in esame, non ci si può esimere dal rilevare alcune possibili obiezioni alla soluzione accolta convintamente – ma forse anche un po' tralattivamente – dalla Suprema Corte.

Occorre tuttavia preliminarmente avvertire che la tematica affrontata dalla Corte è, invero, di notevole spessore e richiederebbe – tanto più alla luce delle nette conclusioni cui perviene il giudicante – approfondimenti non limitati a sintetiche osservazioni come quelle che seguono, da intendere pertanto quali meri spunti di riflessione.

4.2.1. In primo luogo, occorre rilevare come, da una visione di insieme delle disposizioni contenute nel Titolo VIII *bis* c.p., emergano elementi letterali che, parrebbe, militano a favore di una concezione formale del sintagma "bene culturale". Segnatamente, già da una rapida lettura delle disposizioni si può facilmente riscontrare che l'oggetto materiale delle fattispecie incriminatrici poste a tutela del patrimonio

¹⁰ P. CIPOLLA, *Sulla obbligatorietà della confisca di beni culturali appartenenti allo Stato illecitamente esportati*, in *Giur. mer.*, 9/2011, pp. 2202 ss.

¹¹ A. VISCONTI, *La repressione del traffico illecito di beni culturali nell'ordinamento italiano. Rapporti con le fonti internazionali, problematiche applicative e prospettive di riforma*, in *La legisl. pen.*, 19 dicembre 2021, p. 59.

¹² Afferma che l'ipotesi di confisca in parola costituisce una misura recuperatoria di carattere amministrativo, da ultimo, Cass., sez. III, 3 marzo 2023, n. 9101, con nota di D. COLOMBO, *La confisca di beni culturali in caso di estinzione del reato per decorso del termine di prescrizione*, in *Giur. pen. web*, 2023, 3.

culturale non è individuato dal legislatore sempre allo stesso modo. Nel dettaglio, due disposizioni non operano un riferimento (esclusivo) ai beni culturali quale oggetto di tutela: si tratta del già richiamato art. 518 *undecies* c.p. (che punisce l'uscita o esportazione illecite non solo di beni culturali, ma anche di cose di interesse artistico, storico, etnoantropologico, bibliografico, documentale, archivistico o altre cose oggetto di specifica tutela) e dell'art. 518 *quaterdecies* c.p. (che punisce la contraffazione di «un'opera di pittura, scultura o grafica ovvero un oggetto di antichità o di interesse storico o archeologico»).

Orbene, si potrebbe sostenere che, in virtù del canone ermeneutico *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, laddove il legislatore abbia inteso assicurare la tutela penale ai beni sostanzialmente culturali, abbia conseguentemente modellato in tal senso l'oggetto materiale della norma incriminatrice, così come avvenuto nell'alveo dell'art. 518 *undecies* c.p. Con la conseguenza, pertanto, che il silenzio serbato altrove (*rectius*: il laconico impiego della locuzione "bene culturale") andrebbe interpretato come mero richiamo alla disciplina amministrativa prevista dal d.lgs. 42/2004 e, dunque, come riferimento al patrimonio culturale formale.

4.2.2. In secondo luogo, confrontando le due impostazioni teoriche che si competono il campo (quella sostanziale e quella formale), ci si può facilmente avvedere di come, aderendo alla seconda, rispetto all'ambito di tutela penale accordata dalla tesi sostanziale esulino, in fin dei conti, solo i beni privati per cui non sia intervenuta la dichiarazione di culturalità, da un lato, e l'arte contemporanea, dall'altro lato.

Se così è, non pare fuori luogo interrogarsi sull'eventuale irrazionalità, lamentata nei confronti della concezione formale, dell'esclusione di tali categorie di beni dalla protezione offerta dallo strumento penale. Invero, a noi sembra che, in relazione a tali tipologie di *res*, l'applicazione della severa disciplina prevista dagli artt. 518 *bis* e ss. c.p. manifesterebbe una reazione sanzionatoria probabilmente sproporzionata rispetto alle istanze di tutela che soggiacciono all'introduzione del Titolo VIII *bis* c.p.

Si pensi, *in primis*, all'ipotesi in cui vengano in rilievo beni privati, di interesse culturale ma sprovvisti della relativa dichiarazione *ex art.* 13 d.lgs. 42/2004, custoditi in luoghi non aperti al pubblico. Ora: se la *ratio* della tutela del patrimonio culturale va ricercata nella funzione identitaria e di coesione sociale da esso esplicata – funzione che ha, quale imprescindibile presupposto, la fruibilità collettiva dei beni culturali¹³ –, allora la protezione dei beni privati di interesse culturale, pur in assenza di dichiarazione di culturalità, ben potrebbe giustificarsi in relazione a quelle ipotesi di reato imperniate sul pericolo di perdita del bene o della sua funzione ideale (illecita esportazione, distruzione, deterioramento, *etc.*). Viceversa, tuttavia, la *ratio* dell'inasprimento sanzionatorio rispetto alle fattispecie comuni si smarrirebbe laddove vengano in rilievo

¹³ Cfr. sul punto G.P. DEMURO, [I delitti contro il patrimonio culturale nel Codice penale: prime riflessioni sul nuovo titolo VIII-bis](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2022, p. 4, il quale evidenzia la funzione ideale svolta dai beni culturali, e come tale funzione rischi di «essere vanificata quando il substrato stesso sia reso indisponibile alla fruizione collettiva, e che ne rappresenta l'essenza: culturalità significa (e necessita di) massima apertura e fruibilità».

ipotesi di illecita circolazione delle *res* culturali (furto, appropriazione indebita, ricettazione, *etc.*). Infatti, se la predisposizione di una tutela di matrice penale in relazione a tali fattispecie, quando queste abbiano ad oggetti beni culturali privati, si giustifica in virtù dell'interesse dell'ordinamento ad avere contezza, in prospettiva chiaramente futura, dell'attuale collocazione delle cose che costituiscono il patrimonio culturale, tale interesse evidentemente avvizzisce laddove la condotta *lato sensu* sottrattiva abbia ad oggetto beni celati alla cognizione dello Stato (poiché non è intervenuta la dichiarazione di accertamento della culturalità del bene), per il quale è conseguentemente indifferente – da un punto di vista di potenziale esplicazione della funzione culturale del bene – chi ne sia l'attuale e materiale detentore¹⁴.

Quanto, poi, alla complessa tematica relativa alla tutela da riconoscere all'arte contemporanea, è appena il caso di richiamare le considerazioni svolte da accorta dottrina, secondo cui l'esclusione dell'arte contemporanea dal fuoco della tutela penale non sarebbe irragionevole, attese le notevoli «difficoltà di attribuire o negare un reale rilievo culturale a beni per i quali non abbia ancora potuto sedimentarsi una valutazione tra gli esperti e nella società»¹⁵.

4.3. Due ultime battute su una questione che, benché estranea al tema affrontato, riguarda da vicino il reato in relazione al quale si è instaurato il procedimento infine giunto all'attenzione della Corte, vale a dire l'appropriazione indebita di beni culturali (art. 518 *ter* c.p.).

Focalizzando l'attenzione sul trattamento sanzionatorio previsto dalla fattispecie *de qua*, ci si può avvedere facilmente di come la stessa preveda, inopinatamente, una cornice edittale (reclusione da uno a quattro anni e multa da 516 euro a 1.500 euro) più tenue rispetto a quella stabilita per la fattispecie comune di appropriazione indebita *ex art.* 646 c.p. (reclusione da due a cinque anni e multa da 1.000 euro a 3.000 euro).

L'evidente irrazionalità del differente trattamento sanzionatorio – presumibilmente dovuto a una mera svista, considerando che nelle more dell'iter legislativo di approvazione della l. 22/2022 erano state elevate le pene del delitto di appropriazione indebita – potrebbe fondare questioni di legittimità costituzionale *ex artt.* 3 e 27 Cost. dell'art. 646 c.p., in forza della manifesta irragionevolezza e sproporzione del trattamento sanzionatorio, assumendo quale *tertiumcomparationis* lo stesso art. 518 *ter* c.p.¹⁶.

¹⁴ Sul punto, si consenta il rinvio a D. COLOMBO, *Osservazioni in tema di furto di beni culturali (art. 518-bis c.p.)*, in *Aedon*, 1/2023. In senso analogo A. VISCONTI, *Problemi e prospettive della tutela penale del patrimonio culturale*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 235.

¹⁵ Così A. VISCONTI, *Problemi e prospettive della tutela penale del patrimonio culturale*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 390.

¹⁶ Illustra compiutamente il problema A. VISCONTI, *Problemi e prospettive della tutela penale del patrimonio culturale*, Giappichelli, Torino, 2023, pp. 246-247. La dissonanza sanzionatoria è evidenziata anche da G.P. DEMURO, [I delitti contro il patrimonio culturale nel Codice penale: prime riflessioni sul nuovo titolo VIII-bis](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2022, p. 10.

Analogo discorso vale per l'ipotesi in cui l'appropriazione indebita del bene culturale sia commessa da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio preposto alla conservazione o alla tutela di beni culturali mobili o immobili. Tale evenienza configura la circostanza aggravante di cui all'art. 518 *sexiesdecies* co. 1 n. 2 c.p., in forza del quale la pena è aumentata da un terzo alla metà. Conti alla mano, in un simile caso la cornice edittale del delitto di appropriazione indebita di beni culturali diverrebbe pari – con riferimento alla sola pena detentiva – a un minimo di un anno e quattro mesi di reclusione e a un massimo di sei anni di reclusione.

Tale forbice edittale è evidentemente più mite rispetto a quella approntata dall'art. 314 c.p. per il reato di peculato (reclusione da quattro anni a dieci anni e sei mesi), di cui tuttavia l'ipotesi di cui all'art. 518 *ter* c.p., aggravato ex art. 518 *sexiesdecies* co. 1 n. 2 c.p., costituisce senza timore di smentita una ipotesi speciale. Anche in questo caso, dunque, potrebbero sorgere dubbi (invero ben fondati) di legittimità costituzionale dell'art. 314 c.p., punito più severamente del reato di appropriazione indebita di beni culturali commessa dal pubblico ufficiale, benché quest'ultima fattispecie sia posta a tutela di un ulteriore bene giuridico (il patrimonio culturale).

È dunque quanto mai urgente che il legislatore intervenga sulle cornici edittali dei reati in parola, rimodulando il trattamento sanzionatorio previsto in modo da ricondurre a coerenza sistematica il complesso intreccio normativo venutosi a creare.

**QUELLO CHE I DATI NON POSSONO DIRE.
ALCUNE AVVERTENZE PRELIMINARI ALLA LETTURA DEL RAPPORTO
SULLA CRIMINALITÀ MINORILE DEL SERVIZIO ANALISI CRIMINALE
(MINISTERO DELL'INTERNO, OTTOBRE 2023)**

di Roberto Cornelli

1. Pochi giorni fa è stato diffuso alle agenzie di stampa un report sulla criminalità minorile in Italia nel periodo 2010-2022 del Servizio Analisi Criminale della Direzione Centrale della Polizia Criminale (Dipartimento della Pubblica Sicurezza, Ministero dell'Interno, ottobre 2023). Il documento si articola in una prima parte relativa all'analisi delle segnalazioni di minori della fascia d'età 14-17 anni denunciati e/o arrestati sul territorio nazionale, in una seconda parte di approfondimento sui dati relativi alla popolazione carceraria degli istituti penali minorili, e in una terza parte riguardante un'interessante (anche se un po' debole metodologicamente) raccolta di interviste a ragazzi ristretti nell'Istituto Penale per Minori di Nisida. L'esigenza che ha spinto alla redazione del rapporto è esplicitata in premessa: "la percezione che la criminalità minorile si stia progressivamente orientando verso crimini violenti, come sembrerebbero indicare le recenti notizie di cronaca, suggerisce l'opportunità di un'analisi basata su dati relativi ad un orizzonte temporale ampio".

In effetti, che il faro mass-mediatico si sia stabilmente posizionato sulla criminalità minorile è fuor di dubbio. A partire dalla sindemia da Covid-19 le giovani generazioni sono diventate prepotentemente oggetto di attenzione da parte degli organi d'informazione e, più in generale, nel discorso pubblico: spesso additate come irresponsabili per sé e per gli altri nella diffusione di focolai del virus nelle città, nella fase di ritorno alla normalità la narrazione degli adolescenti come soggetti vulnerabili, che più di altri hanno subito gli effetti della deprivazione della socialità in una fase particolarmente delicata della loro crescita, ha lasciato subito il posto a una loro rappresentazione nel solco dell'antisocialità. Gli episodi di criminalità (alcuni gravi, altri meno) sono stati assurti a cifra caratteristica di una "nuova" adolescenza sempre più pericolosa, senza più freni e capace di violenza efferata perché incapace di provare empatia. Sociopatica, per dirla in una parola. Rispetto a questo registro narrativo adottato dai *media* – che, per la sua forza comunicativa, pervade la vita sociale e pubblica diventando argomento di conversazione nei bar o sui mezzi pubblici, ordine del giorno nei consigli comunali, tema di discussione nelle convention di partito, premessa di delibere, ordinanze, protocolli e decreti – il report del Servizio Analisi Criminale intende fornire una base di dati che consenta di meglio apprezzare il fenomeno della criminalità minorile, offrendo "una chiave di lettura che possa essere di supporto al decisore nell'individuazione di mirati interventi di prevenzione e contrasto nonché di politiche dedicate". Il riferimento va evidentemente ai *policy-oriented studies* di matrice

anglosassone e alla loro capacità di imporsi, dati alla mano, come descrizioni affidabili dei fenomeni studiati.

2. Una volta chiarita l'intenzione che ha condotto all'elaborazione del report, occorre soffermarsi con più attenzione su quali dati sono stati analizzati, quali scelte metodologiche sono state compiute e quali elementi di conoscenza è possibile trarre da queste analisi.

Qualsiasi dato che abbia l'ambizione di misurare un fenomeno va innanzitutto decostruito per capirne l'origine: come è stato raccolto, in relazione a quali specifici fatti e come questi fatti sono indicativi del fenomeno che s'intende misurare. Così, la prima domanda da porsi è: le segnalazioni relative ai minori denunciati e/o arrestati sono indicatori affidabili della criminalità minorile? (cfr. punto I *infra*)

Inoltre, l'analisi statistica delle tendenze della criminalità, per essere attendibile, deve fondarsi su scelte metodologiche esplicite e idonee a restituire, in modo sintetico, la più ampia gamma di informazioni, senza riduzioni arbitrali. Così, la seconda domanda da porsi è: quali scelte sono state compiute nell'analisi dei dati? (cfr. punti II e III *infra*).

Infine, i dati, di per sé, non dicono molto se non vengono interpretati e ogni interpretazione prevede che si attinga a una conoscenza profonda e articolata del fenomeno, proveniente da altre fonti e da saperi diversi; l'illusione è che il dato di per sé dica tutto, quando in realtà dice solo ciò che siamo in grado, con le nostre conoscenze, di fargli dire. Così, la terza domanda da porsi è: cosa sappiamo della criminalità minorile che può aiutarci a interpretare al meglio i dati esistenti? (punto IV *infra*).

3. In questo breve scritto non mi sarà possibile rispondere compiutamente alle tre domande che ho appena posto – impresa che richiederebbe la messa a punto di un'agenda di ricerca sulla criminalità minorile di ampia portata. Mi limiterò a proporre alcune avvertenze utili a leggere le analisi contenute nel report del Servizio Analisi Criminale, sottolineando in particolare ciò che proprio non si può dire (perché non è corretto dirlo) della criminalità minorile a partire dalle analisi contenute nel report.

È un esercizio minimalista, ma penso utile per evitare che il report, nel suo recepimento nel discorso pubblico, venga inteso come una prova inconfutabile di una criminalità minorile in aumento e sempre più violenta (si vedano, per esempio, i primi commenti sui quotidiani locali e nazionali).

4. Cosa non si può proprio dire, dunque?

I. Non si può dire che l'andamento della criminalità minorile sia misurabile attraverso le segnalazioni di minori denunciati e/o arrestati

Non si può proprio dire che le segnalazioni di minori denunciati e/o arrestati siano indicatori della criminalità minorile, principalmente per due motivi.

Primo: le segnalazioni, che riguardano non il numero di minorenni denunciati e/o arrestati ma il numero di reati attribuiti a minorenni denunciati e/o arrestati (si conta cioè un singolo minorenne tante volte quanti sono i reati che gli sono contestati), sono indicatori più dell'attività di controllo delle Forze di Polizia che della criminalità. È lo stesso report a indicarlo chiaramente (ma con qualche confusione nelle analisi successive) quando dice che "l'andamento dell'azione di contrasto alla criminalità minorile svolta dalle Forze di Polizia è caratterizzato da variazioni significative nel lungo intervallo in esame". A un occhio inesperto potrebbe sembrare la stessa cosa, ma non lo è. Prendiamo il caso delle segnalazioni relative alle violazioni della normativa in materia di sostanze stupefacenti: è facilmente intuibile come le variazioni da un anno con l'altro siano dovute non a una maggiore o minore circolazione di sostanze sul territorio nazionale e neppure a un maggiore o minore coinvolgimento di minorenni (non lo è neppure per gli adulti) nelle attività di spaccio, quanto a una minore o maggiore intensità ed efficacia dell'azione di contrasto, che non si può presumere costante di anno in anno. Qualche urgenza potrebbe orientare le attività delle Forze di Polizia ad allentare la presa su questi reati per un certo periodo o, al contrario, una pressione politica e sociale potrebbe spingerle ad occuparsene con più costanza.

Secondo: le segnalazioni riguardano solo quei reati per cui è stato individuato l'autore (o gli autori), rimanendo ovviamente esclusa la quota di reati di autore ignoto. Giusto per avere un riferimento, sul totale dei delitti denunciati dalle Forze di Polizia all'Autorità Giudiziaria in Italia nel 2022, circa 2milioni e 250mila, i delitti di autore noto (delitti di cui si è scoperto l'autore del corso dell'anno di riferimento) sono circa 1/5, precisamente il 20,3 percento (dati Istat). Per quei reati in cui la percentuale di svelamento dell'autore è alta, come gli omicidi (77) o i tentati omicidi (81), le segnalazioni possono considerarsi indicatori tutto sommato affidabili della criminalità; per tutte quelle categorie di reato, le più rilevanti numericamente, in cui, al contrario, la quota di autore ignoto nell'anno di riferimento tocca percentuali molto alte, lo sono molto meno. Così, per furti (94,5 percento di autore ignoto), truffe e frodi informatiche (89,2) e rapine (66,1), come per estorsioni (70,2), danneggiamenti (93,1) o danneggiamenti seguiti da incendi (88,9), le segnalazioni di minori denunciati e/o arrestati non sono affidabili nel dimensionare la criminalità minorile, così come non sono affidabili nel descrivere le caratteristiche soggettive degli autori (per esempio la nazionalità), perché la quota di autori che si conoscono è troppo bassa perché possa essere indicativa del fenomeno nel suo complesso. Per fare un esempio: se nel 2022, come abbiamo visto, la percentuale di rapine con autore noto sul totale delle rapine è del 33,9 percento, il fatto che le segnalazioni dei soli minori che hanno commesso rapine siano in aumento non significa necessariamente che ci siano state più rapine da parte di minori, ma magari che proprio la maggiore attenzione mediatica sui minori (e sui minori stranieri) ha inevitabilmente sensibilizzato la società nel denunciare o l'attività delle Forze di Polizia orientandola un po' di più (basta poco) in quella direzione. Tanto più che complessivamente le rapine (sia di autore noto che di autore ignoto) sono in diminuzione nell'ultimo decennio e che tra le rapine di autore noto, quelle attribuite a minori sono molto poche (2.500 nel 2021, ultimo anno disponibile per i dati Istat) rispetto a quelle commesse da adulti (15.666).

A queste argomentazioni si potrebbe ribattere che le segnalazioni, insieme ai dati relativi a minorenni imputabili, condannati e detenuti, sono gli unici disponibili per discriminare, nel mare magnum dei delitti, quali siano compiuti da minorenni. Vero, ed è per questo che penso sia utile comunque analizzarli, ma nei limiti di ciò che possono dire: il fatto che siano gli unici dati non è motivo sufficiente per far dire a questi dati ciò che non possono dire.

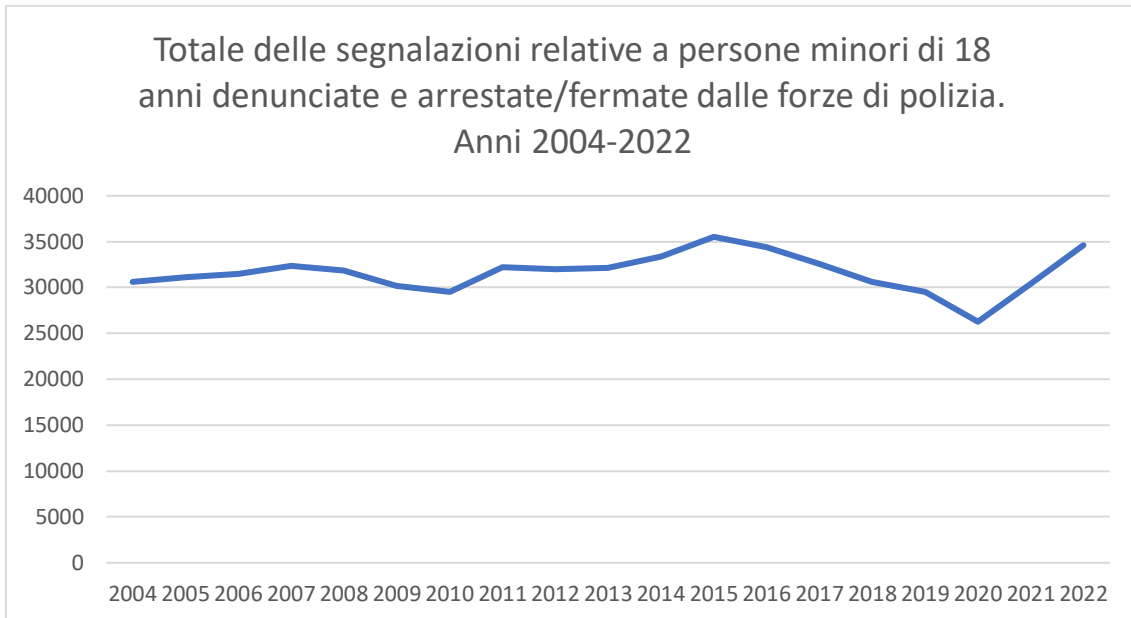
II. Non si può dire che la criminalità sia aumentata nel periodo considerato

Quanto detto finora sarebbe già sufficiente per suggerire molta cautela nell'affermare un aumento della criminalità minorile negli ultimi anni. Ma ci si può spingere oltre, discutendo le modalità con cui sono stati analizzati e interpretati i dati delle segnalazioni.

Un primo aspetto riguarda la scelta di utilizzare il 2010 come anno di partenza nel calcolo delle variazioni rispetto al 2022. I dati relativi alle segnalazioni analizzati nel rapporto e provenienti dalla banca dati delle Forze di Polizia, in effetti, sono già disponibili a partire dal 2004 sul sito dell'Istat e, con modalità diverse che rendono difficilmente comparabili le due serie di dati, dal 1983 al 2003. Analizzando i dati dal 2004 emerge chiaramente come nel 2010 le segnalazioni siano al di sotto delle 30mila e che questo valore non si riscontri né negli anni precedenti né negli anni successivi almeno fino agli anni 2019 (pre-Covid) e 2020 (Covid). È evidente che se si analizzano i dati delle segnalazioni a partire dall'anno in cui risultano tra le più basse dell'ultimo ventennio, ogni variazione risulterà in aumento. Se, per esempio, si fosse adottato il 2007, in cui le segnalazioni risultano essere sopra le 32mila o addirittura il 2015, in cui le segnalazioni risultano essere sopra le 35mila e maggiori rispetto a quelle del 2022, le variazioni rispetto al 2022 sarebbero state molto diverse e non si sarebbe potuto parlare di un aumento della criminalità minorile. Le scelte metodologiche vanno esplicitate e motivate e di fronte alla disponibilità di dati affidabili a partire dal 2004, scegliere di utilizzare la banca dati solo a partire dal 2010 risulta arbitrario e può comportare una lettura del fenomeno parziale. Bene ha fatto il report a sottolineare come "il valore del 2022 sia molto simile a quello del picco positivo rilevato nel 2015 (32.566)"; il problema è che il calcolo delle variazioni percentuali prende sempre come riferimento il 2010.

Un secondo aspetto riguarda la scelta di calcolare le percentuali di variazione tra il primo e l'ultimo anno considerato, qualsiasi sia l'anno di partenza selezionato, senza, il più delle volte, analizzare il *trend* complessivo. L'analisi delle tendenze della criminalità, infatti, è innanzitutto una lettura di curve su periodi il più possibile lunghi, con l'individuazione di picchi, regolarità, inclinazioni verso l'alto o verso il basso, e non può ridursi al calcolo di variazioni percentuali tra il primo e l'ultimo anno considerato. Se osserviamo la curva nella sua interezza, risulta evidente come, anche ipotizzando in modo arbitrario che le segnalazioni possano essere una misura affidabile della criminalità minorile, non ci sia una tendenza all'aumento, ma, al contrario, ci sia, una tendenziale stabilità, con un picco positivo (più segnalazioni) a metà del secondo decennio del Duemila e una tendenza alla diminuzione negli anni successivi (sia in quelli pre-covid sia nel 2020, anno in cui le condizioni di lockdown hanno determinato una diminuzione complessiva dei reati denunciati) che nel 2022 ha una battuta d'arresto ma

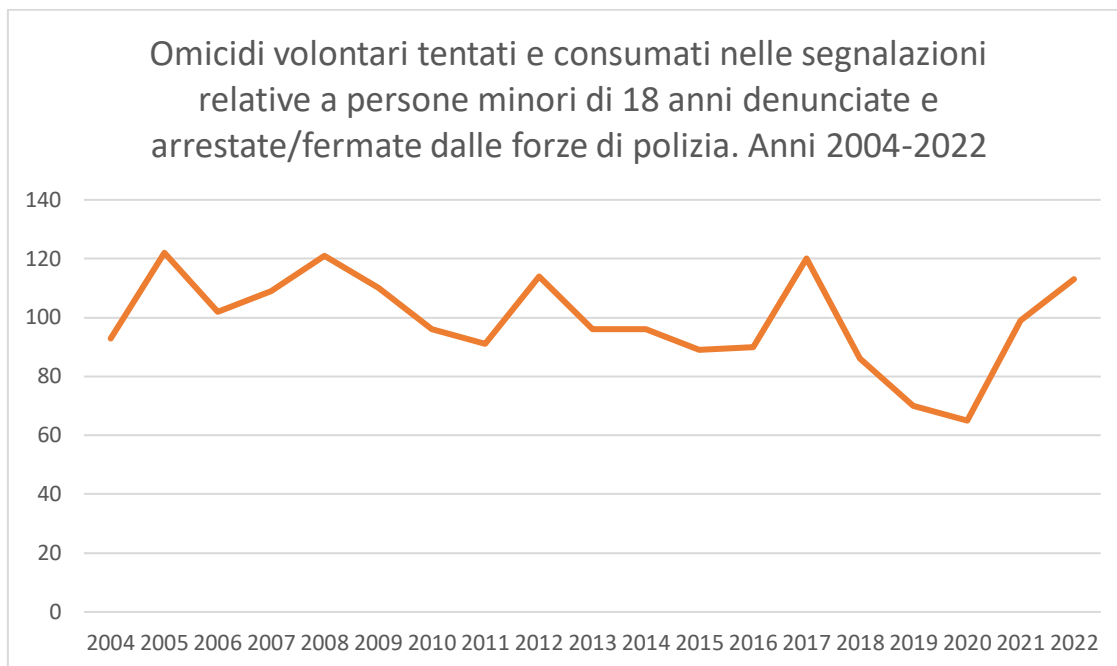
i cui valori non si posizionano al di fuori del trend ventennale (poco sopra le 30mila segnalazioni). Bisognerà aspettare i dati del 2023 per capire se siamo in presenza di un aumento che verrà riassorbito oppure dell'inizio di una nuova tendenza all'aumento.



Fonte: Istat

III. Non si può dire che ci sia più violenza

L'analisi delle segnalazioni per ciascuna tipologia di reato deve tenere conto di quanto detto finora, in particolare quando si evidenzia "un incremento delle segnalazioni di minori per reati caratterizzati dall'uso della violenza". L'unico reato che presenta un tasso di svelamento dell'autore molto alto, oltre ad un numero oscuro tendente allo zero, è l'omicidio volontario consumato e tentato. Ebbene, per questo reato, violento per antonomasia, i dati delle segnalazioni sono più affidabili che per altri reati e indicano una tendenza lieve alla diminuzione, sia pure con alcuni picchi positivi (l'ultimo dei quali nel 2017, con 120 omicidi), e ancora una volta, dopo una diminuzione netta nel periodo pre-Covid e il picco negativo del 2020, una risalita nel 2021 e poi nel 2022 ma senza superare i livelli già toccati più volte nel ventennio. Cosa accadrà nel 2023? La risalita continuerà o sarà riassorbita? Solo allora si potrà capire se ci sarà davvero una tendenza all'aumento o saremo in presenza di una tendenziale stabilità.



Fonte: Istat

Se il reato di omicidio, i cui dati sono i più affidabili e che costituisce il reato violento per antonomasia, non è in aumento (non considerando la parentesi del periodo Covid) come si può sostenere che la criminalità minorile violenta sia in aumento? Le segnalazioni per rissa, lesioni e rapine, per tutte le ragioni esposte sopra, non sono idonee a indicare un mutamento nelle modalità di commissione dei reati. Servono più ricerche, in grado di fornire più informazioni e dati, capaci di dare conto dei cambiamenti e della loro direzione.

IV. Cosa sappiamo della criminalità minorile?

L'analisi delle tendenze della criminalità, come già detto, è una lettura di curve su periodi il più possibile lunghi da interpretare, anzitutto, in relazione a eventi (mutamenti legislativi o di indirizzo politico, cambiamenti nelle modalità organizzative od operative delle istituzioni del controllo, nuovi sistemi di rilevazione dei dati) o a fenomeni sociali e culturali che riguardano le giovani generazioni e il rapporto tra queste e il mondo che sta cambiando intorno a loro. È un tema di ricerca di ampio respiro, che sarebbe necessario affrontare proprio per evitare semplificazioni pericolose. Ma per poterlo fare, occorre partire da una presa di consapevolezza che delle dinamiche devianti delle giovani generazioni sappiamo molto poco e che abbiamo smesso di interessarcene, soprattutto negli ultimi anni, crogiolandoci in luoghi comuni utili solo a rassicurarci sul fatto che i problemi non sono "nostri", di come stiamo organizzando la vita sociale e la convivenza, ma sono solo "loro", che non sono in grado di stare alle regole e hanno scarsa empatia. Temo che sia precisamente questo meccanismo di deresponsabilizzazione di "tutti noi", ormai incapaci di leggere nei giovani lo specchio di cosa stiamo diventando, a creare distorsioni nella lettura dei dati e, ancor prima, nel voler cavare dai dati quello che proprio non possono dire.

La speranza è che il lettore, tenendo a mente queste avvertenze, legga il report fino in fondo, per esempio laddove nelle considerazioni finali si riprendono le linee di fondo della giustizia penale minorile a partire dalla riforma del dpr 448/88, in particolare rispetto alla centralità di un approccio educativo nei confronti del minore autore di reato; ma anche laddove si parla esplicitamente della necessità di “facilitare il dialogo con i ragazzi, migliorando la fiducia nelle istituzioni, la comprensione reciproca e una maggiore consapevolezza dei rispettivi ruoli”, con un doveroso esplicito riferimento alle potenzialità della Giustizia Riparativa. Iniziative istituzionali che vanno in questa direzione (alcune delle quali mi vedono personalmente coinvolto) non mancano e sarebbe il caso di cominciare a dare loro maggiore rilevanza, mettendole al centro di un progetto di rilancio della giustizia minorile che nel corso degli ultimi decenni, dati alla mano, ha mostrato di saper affrontare le sfide nel rapporto con le nuove generazioni in chiave educativa e dialogica e che proprio oggi ha bisogno di riprendere il senso del proprio decisivo lavoro senza cedere a logiche emergenziali.

PRESCRIZIONE E IMPROCEDIBILITÀ: L'ENNESIMA RIFORMA E DIECI VERITÀ NASCOSTE

di Gian Luigi Gatta e Mitja Gialuz

1. La Camera dei Deputati si accinge nei prossimi giorni ad approvare, in prima lettura, un disegno di legge parlamentare (Proposta di legge n. 893-A Pittalis e altri) recante “Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale in materia di prescrizione”. La proposta di legge, che può leggersi in allegato, risulta dall’unificazione di altre proposte di legge parlamentari e da un emendamento dei relatori Costa e Pellicini, che ha avuto il parere favorevole del Governo. Essa:

- abolisce il nuovo istituto della improcedibilità dell’azione penale per superamento dei termini di durata massima dei giudizi di impugnazione (art. 344 *bis* c.p.);
- reintroduce la prescrizione del reato in appello e in cassazione facendo quindi venire meno il blocco dopo il primo grado.

Con un tratto di penna si mandano quindi in soffitta la riforma Cartabia del 2021 (improcedibilità) e la riforma Bonafede del 2019 (blocco della prescrizione dopo il primo grado). Prima di esaminare criticamente questa proposta di legge e di soffermarci su alcune ‘verità nascoste’, rimaste ai margini di un dibattito mediatico che risente della complessità tecnica del tema e che è pure stato accompagnato da tanti slogan e non poche *fake news*, diamo conto al lettore di quel che bolle in pentola; un lettore comprensibilmente esausto dopo anni di continue riforme della prescrizione, diventata il più instabile istituto del diritto e del processo penale. Basti pensare che gli studenti iscritti a giurisprudenza negli ultimi otto anni hanno studiato – ciascuno in anni diversi – cinque diverse discipline della prescrizione: la *ex* Cirielli (fino al 2016), la Orlando (2017-2018), la Bonafede (2019-2020), la Cartabia (2021-2023) e, ora, la ‘Nordio-Delmastro’.

2. La proposta, frutto di un accordo di maggioranza e contenuta nel testo base del disegno di legge C. 893-A, approvato dalla Commissione Giustizia il 30 ottobre scorso, è di tornare a un meccanismo sospensivo del corso della prescrizione nei giudizi di impugnazione, che in parte si sovrappone a quello introdotto dalla riforma Orlando del 2017 e in parte riprende una delle proposte alternative formulate dalla Commissione Lattanzi nel 2021.

La sospensione, disciplinata in un nuovo art. 159 *bis* c.p. (“Sospensione del corso della prescrizione a seguito di sentenza di condanna”), opererebbe (come in Orlando) solo dopo la sentenza di condanna – non anche, quindi, dopo una assoluzione. Quanto alla durata, in appello il corso della prescrizione sarebbe sospeso per massimo due anni (erano 18 mesi in Orlando); in Cassazione – quindi dopo la sentenza di appello che

conferma la condanna – per un tempo massimo di un anno (erano 18 mesi in Orlando). Complessivamente, come nella riforma Orlando, dopo una condanna in primo grado il giudice penale avrebbe tre anni di tempo in più, tra secondo e terzo grado, per chiudere il processo evitando la prescrizione. I processi penali potrebbero quindi complessivamente durare fino a tre anni in più: una notazione non banale, come diremo, in tempi in cui il PNRR impone di ridurre entro il 2026 i tempi medi del giudizio del 25%, anche e proprio in appello e nel giudizio di cassazione (lo abbiamo segnalato proprio oggi, su questa *Rivista*, a margine della [pubblicazione degli ultimi dati sul monitoraggio degli indicatori PNRR](#))

La sospensione decorrerebbe dal termine per il deposito delle motivazioni (art. 544 c.p.p.) e si cumulerebbe con eventuali diverse cause sospensive previste dall'art. 159 c.p. (ad es., la sospensione del processo per impedimento delle parti e dei difensori o su richiesta dell'imputato o del difensore, la devoluzione di una questione alla Corte costituzionale, ecc.).

I periodi di sospensione della prescrizione sarebbero però computati ai fini della determinazione del tempo necessario a prescrivere in due concorrenti eventualità:

- a. se la corte d'appello o la Corte di cassazione depositano la loro sentenza dopo il termine massimo di sospensione della prescrizione (rispettivamente, di due anni o di un anno) (come nella proposta Lattanzi, che però prevedeva un più breve periodo di sospensione, pari a diciotto mesi in appello);
- b. se nel grado di giudizio in cui ha operato la sospensione o in quello successivo, l'imputato è proscioltto o la sentenza di condanna è annullata nella parte relativa all'accertamento della responsabilità ovvero sono accertate le nullità indicate negli articoli 604, commi 1, 4 e 5-*bis*, del codice di procedura penale, anche ai sensi dell'articolo 623, comma 1, lettere *b*) e *b-bis*) (soluzione parzialmente ripresa dalla riforma Orlando, perché il recupero viene esteso, come si vedrà, anche al proscioglimento nello stesso grado).

La sospensione della prescrizione opererebbe anche – per la terza volta – nell'eventuale giudizio di rinvio davanti alla corte d'appello a seguito di annullamento da parte della Corte di cassazione.

2.1. Tra le ulteriori modifiche alla disciplina, quanto al codice penale, la sentenza di condanna tornerebbe a integrare un atto interruttivo della prescrizione (art. 160, co. 1 c.p.), l'art. 161 *bis* c.p. (cessazione del corso della prescrizione dopo il primo grado) sarebbe abrogato; all'elenco dei reati per i quali il termine di prescrizione viene aumentato della metà (anziché di un quarto), in presenza di atti interruttivi, verrebbero aggiunti alcuni delitti 'da codice rosso', tra i quali lo stalking (art. 612 *bis* c.p.) e le lesioni personali dolose e lo sfregio del volto (artt. 582 e 583 *quinquies* c.p.) aggravati per essere commessi a danno del coniuge o di persona legata da relazione affettiva o nel contesto di maltrattamenti in famiglia o di violenza sessuale.

2.2. Quanto al codice di procedura penale, oltre all'abrogazione dell'art. 344-*bis* c.p.p. verrebbero cancellati i numerosi richiami all'istituto dell'improcedibilità. Per un verso, si prevede che vengano espunti i riferimenti all'art. 344-*bis* c.p.p. nell'art. 129-

bis, comma 4, nell'art. 157-*ter*, comma 2, nell'art. 175, comma 8-*bis* e nell'628-*bis*, comma 7; per altro verso, si statuisce l'abrogazione delle previsioni volte a disciplinare la decisione sugli effetti civili (art. 578, commi 1-*bis* e 1-*ter*) e la decisione sulla confisca e provvedimenti sui beni in sequestro (art. 578-*ter*) nel caso di improcedibilità per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione. Infine, la proposta di legge abroga l'art. 175-*bis* disp. att. mentre il costante monitoraggio dei termini previsto dall'art. 165-*ter*, disp. att., viene mantenuto con riguardo ai «termini di cui all'articolo 159-*bis*, primo comma, del codice penale».

Dopo aver dato brevemente conto del progetto di legge, passiamo ora a esporre le nostre considerazioni critiche, articolate in dieci punti che, senza la pretesa di essere depositari del vero, indichiamo come 'verità nascoste' per sottolineare come sviluppino argomenti, in molti casi fattuali e sorretti da dati statistici, rimasti ad oggi in ombra nel dibattito pubblico.

3. Prima 'verità nascosta': è un grave errore di metodo fare della prescrizione un tema politico-identitario e continuare a modificarne la disciplina. – Per 75 anni, la disciplina della prescrizione è in sostanza rimasta quella originaria, risalente al codice Rocco del 1930. È stata radicalmente riformata, come è noto, solo nel 2005, ad opera della c.d. legge ex Cirielli, durante la stagione politica delle leggi *ad personam*. Quella legge fu rinnegata dall'attuale viceministro degli esteri e deputato di Fratelli d'Italia, Edmondo Cirielli, che ritirò la firma dal suo disegno di legge, che aveva originariamente un contenuto diverso (limitato all'inasprimento degli effetti della recidiva). La 'ex Cirielli', nel complesso, accorciò i termini di prescrizione del reato favorendone così l'incidenza nella prassi; un'incidenza notevole in un sistema afflitto da patologica lentezza dei processi. Processi sempre più lunghi e prescrizione più breve hanno portato a un incremento della prescrizione. La reazione della dottrina penalistica fu di veemente e unanime critica. Un illustre penalista come Giorgio Marinucci intitolò così un suo articolo sulla *Rivista Italia di Diritto e Procedura Penale*¹: "La prescrizione riformata. Ovvero, dell'abolizione del diritto penale" e parlò, numeri alla mano, della prescrizione come di "un cancro che si diffonde anno dopo anno nel corpo del sistema penale italiano". In quegli anni la prescrizione era additata come 'un male', un fattore di fallimento della funzione del processo e di possibile impunità. Oggi, per il *mainstream* politico 'garantista', la 'prescrizione sostanziale' è invece presentata come 'un bene', da ripristinare nei giudizi di impugnazione. Su questo radicale mutamento culturale ci sembra che una riflessione sia opportuna se non necessaria.

In realtà, a nostro avviso, la prescrizione ha continuato a rappresentare 'un male', ancor più doloroso, per l'efficienza del sistema e la domanda sociale di giustizia, quando interviene nelle fasi avanzate del processo; soprattutto in appello. È questo,

¹ G. MARINUCCI, *La prescrizione riformata ovvero dell'abolizione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 976 s.

notoriamente, il collo di bottiglia del processo penale italiano, dove i fascicoli usciti dalle procure, dopo avere attraversato il primo grado, si arenano mediamente per lungo tempo, favorendo così la prescrizione, il cui decorso inizia da molto lontano. Se nel 2007 le declaratorie di prescrizione in appello erano 9.824 (ossia il 13% del totale delle definizioni in appello), nel 2018 sono arrivate a 29.158 (pari al 26% del totale dei definiti); per salire nel 2022 a 32.992: la prescrizione ha dunque riguardato il 27% dei procedimenti in appello, cioè oltre un quarto². In alcuni distretti, come a Napoli, oltre la metà dei procedimenti in appello si è definito con la prescrizione del reato.

Ecco perché, nel 2017, la riforma Orlando si fece carico del problema cercando di ridurre l'impatto della prescrizione nei giudizi di impugnazione (il problema era ed è però avvertito solo in appello, perché notoriamente è assai ridotta l'incidenza percentuale della prescrizione sui procedimenti definiti dalla Cassazione: nel 2022 è stata pari all'1,6%)³. La soluzione tecnica della riforma Orlando consisteva in una sospensione automatica della prescrizione, dopo la condanna in primo o in secondo grado, per diciotto mesi; si cercava così di *dare più tempo per decidere*, evitando la prescrizione, che soprattutto agli stadi avanzati del procedimento comporta una corsa del giudice contro *il tempo*. Nemmeno il tempo di misurare gli effetti della riforma Orlando ed ecco che, solo due anni dopo, la riforma Bonafede abroga la riforma Orlando e blocca il corso della prescrizione dopo il primo grado, rendendo imprescrittibili tutti i reati in appello e in cassazione, sia in caso di condanna, sia in caso di assoluzione. Con la riforma Bonafede fu compiuto, sul piano del metodo, un grave errore che ora si sta ripetendo un'altra volta: abrogare una riforma prima di averne compiutamente misurato gli effetti. La reazione alla riforma Bonafede – entrata in vigore dal 1° gennaio 2020 – è stata corale nel paventare il rischio di processi all'infinito in appello e in cassazione, venuto meno l'impulso a correre contro il tempo per evitare la prescrizione. Ecco allora, e siamo arrivati al 2021, che la grande coalizione che sosteneva allora il Governo Draghi intervenne con la riforma Cartabia, correggendo la riforma Bonafede proprio nel suo punto nevralgico: l'improcedibilità per superamento dei termini di durata massima dei giudizi di impugnazione ha messo fine al rischio di processi all'infinito.

La saga della prescrizione, però, sta per vivere un nuovo capitolo: la riforma in gestazione ricade nello stesso errore che fu fatto uccidendo in culla la riforma Orlando e si propone, come abbiamo detto, di accantonare la riforma Cartabia tornando al passato, con passo da gambero. Dopo la riforma Bonafede – approvata, giova ricordarlo, con il voto favorevole della Lega e con l'astensione di Fratelli d'Italia⁴ – la prescrizione è diventata un vessillo politico identitario garantista, opposto a quello populista. Si è così fatto il grave errore di rendere instabile una disciplina che per funzione deve invece essere stabile, perché destinata ad operare per lunghi lassi di tempo. Instabilità significa incertezza, nel mondo del diritto, e significa anche perdite di tempo in un momento

² Fonte: Ministero della Giustizia, DgStat

³ Fonte: Annuario statistico della Cassazione penale, 2022.

⁴ Cfr. <https://parlamento18.openpolis.it/votazione/camera/dcl-anticorruzione-spazza-corrotti-misure-per-il-contrasto-dei-reati-contro-la-pubblica-amministrazione-nonch/4642>.

storico in cui l'esigenza non è più solo, come ai tempi di Orlando e di Bonafede, di ridurre l'incidenza della prescrizione a processo in corso: è quella, nuova e determinante, del raggiungimento degli obiettivi del PNRR, rispetto ai quali la riforma della prescrizione e dell'improcedibilità, è un tassello centrale. Parlare di prescrizione e di improcedibilità senza confrontarsi con i tempi del processo e con gli obiettivi del PNRR è un'irresponsabile mistificazione della realtà. Ma su questo torneremo oltre.

4. Seconda 'verità nascosta': è falso dire che la riforma della prescrizione/improcedibilità mette fine ai "processi all'infinito". – Un virgolettato del Sottosegretario Delmastro riportato dal *Dubbio*⁵ alcuni giorni fa suona così: *"Con la prescrizione sostanziale mai più cittadini indagati e imputati a vita secondo la sgrammaticata parentesi bonafediana e contro ogni principio garantista"*. Come i lettori di *Sistema penale* sanno bene – non anche, però, i cittadini, non giuristi, destinatari di slogan politici come questo e altri simili – la riforma garantista, che esclude il rischio di processi 'a vita' nei giudizi di impugnazione, è stata realizzata nella scorsa legislatura – con il voto favorevole anche di partiti dell'attuale maggioranza, quali la Lega e Forza Italia –, introducendo l'improcedibilità, che ora si archivia. La previsione di termini di durata massima dell'appello e della cassazione, superati i quali il processo finisce, è l'antitesi logica e fattuale del processo 'a vita'. Per dovere di *fact-checking* non lo si può tacere.

5. Terza 'verità nascosta': l'introduzione dell'istituto dell'improcedibilità, che si propone di archiviare, ha rappresentato una vera e propria rivoluzione culturale nella disciplina del rapporto tra tempo e giustizia penale. Tutte le riforme precedenti si erano inserite nel solco tradizionale che affidava alla prescrizione la cura di istanze profondamente diverse: da un canto, la tutela del diritto all'oblio e, dall'altro, la garanzia del diritto alla ragionevole durata del procedimento. Il problema è che si tratta di entità temporali irriducibilmente diverse: da un lato, il tempo dell'inerzia e, dall'altro, il tempo dell'attività giudiziaria. Come si fa ad affidare a un unico metronomo un tempo vuoto e una durata? Non è possibile regolare quello strumento: e, infatti, non ci è riuscito alcun legislatore italiano.

Non a caso, nella maggior parte dei paesi occidentali, dopo che l'autorità giudiziaria ha avviato il procedimento penale, il legislatore individua un momento oltre il quale la prescrizione – intesa come estinzione del reato – non viene più in rilievo. Tanto che si può dire che la prescrizione del reato a processo penale in corso, ancor più in fase avanzata (nei giudizi di impugnazione) è una anomalia italiana. Una verità che non emerge mai nel dibattito pubblico.

Proprio muovendo da questa consapevolezza era dai primi anni Duemila che la dottrina ragionava su uno sdoppiamento tra prescrizione sostanziale e prescrizione

⁵ E. NOVI, *"Prescrizione, sì ai diritti: il timbro di Delmastro"*, *Il Dubbio*, 1° novembre 2023.

processuale⁶; e la prospettiva dualistica aveva trovato traccia in diversi progetti di riforma elaborati da autorevoli commissioni di studio⁷.

In fondo, neanche la Corte costituzionale – con la saga Taricco – ha richiesto che la misurazione della ragionevole durata venga affidata a un istituto di natura sostanziale: il Giudice delle leggi ha chiarito soltanto che la prescrizione, così come disciplinata, ha natura sostanziale⁸.

Ebbene, la Commissione Lattanzi – almeno in una delle due soluzioni prospettate – aveva proposto di introdurre una novità rivoluzionaria, che potesse allineare l’ordinamento italiano ai modelli europei e a quello americano: affidare alla prescrizione la misura dell’inerzia e all’improcedibilità la misura della durata del processo⁹. Poi il compromesso tra le forze politiche ha spostato lo spartiacque tra i due istituti: non l’esercizio dell’azione penale, ma la pronuncia della sentenza di prime cure.

Ma la prospettiva sistematica non cambia; e soprattutto non si è smarrito il pregio fondamentale di questa soluzione binaria, ossia la chiarezza: il tempo che viene messo a disposizione per il giudizio di appello e di cassazione è sempre predeterminato e non dipende dai ritardi delle fasi precedenti. La prescrizione decorre da un tempo che può essere molto lontano dal giudizio (la data di commissione del reato) e il periodo già consumato dal primo grado dipende da fattori difficilmente ascrivibili a questo o quel soggetto; l’improcedibilità decorre dalla fine del primo grado e coincide con i termini di ragionevole durata dei giudizi di impugnazione previsti dalla legge: tre anni per l’appello e un anno e mezzo per la cassazione nel periodo transitorio. La prescrizione è un cerino che passa di mano: è colpa di tutti e di nessuno; l’improcedibilità è un cerino che brucia tutto e dall’inizio in mano al giudice dell’impugnazione. Questo finisce, da un lato, per rendere chiarissima la responsabilità di chi è chiamato ad amministrare il processo nei gradi di impugnazione e, dall’altro, per eliminare dalla faretra del difensore la freccia rappresentata dalla prospettiva della prescrizione in appello. Se le corti d’appello – [come i dati confermano](#) – si organizzano in modo da assicurare che l’improcedibilità in seconde cure rappresenti soltanto un’eventualità remota, viene meno un fortissimo incentivo ad impugnare per lucrare un proscioglimento per estinzione del reato. L’ulteriore effetto sistemico positivo è rappresentato dall’eliminazione di un concorrente pericoloso dei riti alternativi: ridurre il numero di

⁶ In merito, tra gli altri, A. DE CARO, *La riforma della prescrizione e il complesso rapporto tra tempo, vicende della punizione e processo: le eccentriche soluzioni legislative e le nuove proiezioni processuali sulla prescrizione dell’azione e l’estinzione del processo*, in *Arch. pen. web*, 2020, n. 1; G. GIOSTRA, *La prescrizione: aspetti processuali*, in *Per una giustizia penale più sollecita: ostacoli e rimedi ragionevoli*, Milano, 2006, p. 81; O. MAZZA, *La riforma dei due orologi: la prescrizione fra miti populisti e realtà costituzionale*, in *Sist. pen.*, 21 gennaio 2020; G. RICCIO, *La crisi della giustizia tra pressioni comunitarie e recessioni interne*, in *Arch. pen. web*, 2019, n. 3, p. 15. Per una recente ricostruzione sul punto, M.L. DI BITONTO, *Osservazioni “a caldo” sull’improcedibilità dell’azione disciplinata dall’art. 344-bis c.p.p.*, in *ilPenalista*, 4 ottobre 2021.

⁷ Il rinvio va ai lavori della Commissione Riccio e della Commissione Pisapia. Per un quadro delle diverse opinioni dottrinali in proposito, cfr. C. MARINELLI, *Ragionevole durata e prescrizione del processo penale*, Torino, 2016, pp. 393 ss.

⁸ Il riferimento è a Corte cost., 18 novembre 2020, n. 278; Corte cost., 10 aprile 2018, n. 115.

⁹ *Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. a.c. 2435*, (24 maggio 2021), p. 54 ss.

“prescrizioni cattive” – ossia quelle che maturano durante il processo, e, soprattutto, nei giudizi di impugnazione – consente di aumentare la propensione all’accesso ai riti alternativi. È dimostrata infatti la correlazione inversa tra incidenza della prescrizione e percentuale di ricorso al patteggiamento¹⁰.

6. Quarta ‘verità nascosta’: la controriforma sterilizza l’effetto *nudge* dell’improcedibilità e mette a serio rischio il PNRR. - In un fortunato libro pubblicato qualche anno fa, Richard Thaler, premio Nobel per l’economia, e Cass Sunstein, noto giurista di Harvard, hanno fornito una definizione illuminante di *nudge*: un pungolo, “una spinta gentile”, cioè un “qualsiasi aspetto dell’architettura delle scelte che altera il comportamento degli individui in maniera prevedibile, senza proibire alcuna opzione o modificare in misura significativa gli incentivi economici”. Ebbene, la profonda riforma della giustizia penale realizzata dal Governo Draghi tra il 2021 e 2023, sotto la guida della Ministra Marta Cartabia, ha fatto leva su diversi pungoli per conseguire un risultato fondamentale: quello di assicurare (finalmente) la ragionevole durata del procedimento penale. Una garanzia costituzionale prioritaria rispetto a tutte le altre: lo ha di recente ribadito la Consulta ricordando che, se il sistema giudiziario non è in grado di fornire «risposte di giustizia in tempi adeguati, [finisce] per pregiudicare la stessa effettività – per gli imputati e i condannati, per le vittime e per l’intera collettività – di tutte le restanti garanzie del “giusto processo” e del diritto di difesa» (n. 74 del 2022).

Come è ben noto, l’obiettivo è stato concordato con la Commissione Europea e fissato nella riduzione della durata media del processo penale del 25% rispetto al 2019 entro il giugno 2026. Mancano ormai meno di tre anni e la Commissione ci osserva, con sguardo severo e vigile.

Tra i pungoli più significativi sui quali si è fatto leva va certamente annoverata l’improcedibilità per superamento dei termini del giudizio di appello e di cassazione: come si è rimarcato, l’istituto è destinato a funzionare se le corti d’appello si organizzano in modo da scongiurare l’improcedibilità.

Ebbene, la scommessa della terapia d’urto rappresentata dalla riforma Cartabia e dall’introduzione dell’improcedibilità – insieme all’investimento sull’Ufficio per il processo, alle modifiche in materia di procedibilità a querela e alle novità sul processo in assenza – ha sortito il risultato auspicato.

Lo testimoniano in maniera inequivocabile i dati del monitoraggio PNRR pubblicati nei giorni scorsi dal Ministero della Giustizia sulla durata del processo penale in appello. [Dati pubblicati anche sulla nostra Rivista](#). In soli due anni, per evitare la tagliola dell’improcedibilità gli uffici giudiziari si sono rimboccati le maniche, hanno fatto un enorme lavoro di squadra riuscendo così ad abbattere vistosamente i tempi medi del secondo grado: a livello nazionale, nel primo semestre 2023, la riduzione è stata pari al 27%, cioè ha consentito allo stato e per il momento di raggiungere il target del

¹⁰ Sia consentito rinviare a Il rinvio va a Z. FIŠER – M. GIALUZ, *La giustizia negoziata in Europa: uno sguardo comparato tra Slovenia e Italia*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1157.

PNRR, con punte del 57% a Napoli (dove la durata media del processo in appello è passata dall'inaccettabile dato di 5 anni e mezzo a 2 anni e tre mesi), del 54% a Caltanissetta, del 52% a Brescia, del 51% a Torino, del 43% a Bari e del 32% a Milano.

Un risultato che non ha precedenti nella storia italiana.

Dinnanzi a questi inequivocabili miglioramenti – certamente da mantenere e consolidare nel tempo – stupisce che la maggioranza di governo si appresti a varare l'ennesima riforma, inopinatamente volta ad abolire il formidabile pungolo dell'improcedibilità e a reintrodurre la prescrizione in appello e in cassazione. Una riforma che tradisce l'auspicio – avanzato pubblicamente dalla Presidente Meloni – a fare le riforme “per rendere efficiente il sistema”. Come spiegherà il Governo alla Commissione europea l'abbandono di un istituto innovativo che ha spinto gli uffici giudiziari a riorganizzare il proprio lavoro dando prova di ottimo funzionamento nel quadro del PNRR? Ragionevolezza e responsabilità suggerirebbero a nostro avviso di non mettere a rischio il PNRR e di rinviare a dopo il 2026, previo accurato monitoraggio, ogni eventuale proposito di riforma.

7. Quinta 'verità nascosta': la riforma Nordio-Delmastro vanificherà gli ultimi due anni di lavoro organizzativo dei magistrati di appello e di Cassazione, costringendo a riscrivere tutti i progetti organizzativi, con notevole perdita di tempo e aggravio di lavoro. – Da sempre i calendari delle udienze sono programmati tenendo conto dei termini di prescrizione del reato; è sempre la logica della corsa contro il tempo a governare quei calendari: ferme talune effettive corsie di emergenza (processi con detenuti e per reati da codice rosso, ossia gli unici davvero prioritari, tra quelli contemplati dall'art. 132-*bis* disp. att.), si celebrano prima i processi nei quali la prescrizione del reato è più prossima, proprio per evitare la prescrizione. Venuta meno la prescrizione in appello e in Cassazione, con la riforma Bonafede - sul punto confermata dalla riforma Cartabia -, il metronomo delle udienze nei giudizi di impugnazione, per i reati commessi dopo il 1° gennaio 2020 (ai quali soli si applicano le riforme Bonafede e Cartabia) è diventata l'improcedibilità. Per le impugnazioni proposte entro il 31 dicembre 2024 sono previsti termini di improcedibilità più lunghi: tre anni (anziché due anni) in appello, un anno e mezzo (anziché un anno), in cassazione. Cosa hanno fatto da due anni a questa parte i magistrati italiani? Hanno riorganizzato i ruoli d'udienza e il proprio lavoro, dopo riunioni su riunioni negli uffici di presidenza e nelle sezioni, per riuscire a celebrare i processi di appello e di cassazione entro i termini di improcedibilità dell'azione. Nel fare ciò hanno tra l'altro attuato una disposizione di legge – l'art. 165 *ter* disp. att. c.p.p. – che affida ai presidenti delle corti, di cassazione e di appello – di adottare “i provvedimenti organizzativi necessari per attuare il costante monitoraggio dei termini di durata massima dei giudizi di impugnazione”. Perché mai abrogare ora questa disposizione, che ha prodotto efficienza e concorre ad attuare il principio costituzionale della ragionevole durata del processo, per ripristinare la prescrizione, che quando si determina a processo in corso è segno di inefficienza? E perché vanificare il lavoro di magistrati, cancellieri e addetti all'ufficio per il processo, che dovranno rifare progetti organizzativi e calendari, dopo avere ricalcolato i termini di prescrizione risolvendo complessi problemi di diritto intertemporale? Come

giustificare un simile spreco di tempo e di denaro, investito inutilmente sull'attività degli addetti all'ufficio per il processo, con fondi europei?

Solo a Venezia, a quanto ci risulta, i procedimenti pendenti in appello per i quali andrà ricalcolato il termine di prescrizione sono 3.500.

Per toccare con mano quel che diciamo – e che è notissimo ai nostri lettori magistrati – leggiamo insieme quel che ad esempio si legge a pagina 41 della [Relazione del Presidente della Corte d'Appello di Napoli](#) in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2023: "l'introduzione dell'improcedibilità in appello...ha determinato...la revisione del sistema di priorità nel programma di gestione...nel tentativo di tenere insieme la necessità di limitare i casi di prescrizione dei reati commessi prima dell' 01.01.2020 e di improcedibilità delle azioni penali promosse in relazione ai reati commessi da tale ultima data in avanti, con l'obbligo di trattare i processi previsti quali prioritari dalla legge e di osservare gli obiettivi di smaltimento recati dal PNRR...". Non basta? Leggiamo insieme a pagina 82 di quella Relazione, analoga a quelle delle altre corti d'appello italiane: "la promulgazione dell'art. 344 *bis* cpp e il sopravvenire dell'obbligo di perseguire gli obiettivi del PNRR hanno determinato, sullo scorcio del 2021, la necessità di rivedere i criteri di priorità, ampliandoli ai processi soggetti al nuovo art. 344 *bis* c.p.p....". Per non dire poi che, come si legge nella stessa Relazione, la prospettiva dell'improcedibilità – cioè di tempi certi per l'appello – ha già comportato a Napoli e in altri distretti una riduzione dei tempi di transizione dei fascicoli dal tribunale alla Corte "così da ridurre il rischio di improcedibilità": tempi morti che possono incidere notevolmente sulla durata del processo. Questi e altri interventi organizzativi, già realizzati e in corso, e che sono costati ore e ore di lavoro e di risorse pubbliche, hanno contribuito a raggiungere lo straordinario risultato di cui si è detto. Anziché complimentarsi con la magistratura, il Parlamento, con l'avallo del Governo, si accinge a maggioranza a vanificare il lavoro, cambiando ancora una volta le regole, in corso di PNRR. Dire che ciò è grave sarebbe poco.

8. Sesta 'verità nascosta': la soluzione della sospensione condizionata della prescrizione non funge da pungolo. – Si potrebbe essere indotti a credere che la "sospensione condizionata" contenuta nella proposta al vaglio del Parlamento possa parimenti incentivare condotte virtuose: la corte d'appello sa che, se non arriverà a definire il processo entro due anni, il tempo di sospensione si computerà ai fini della determinazione del periodo di prescrizione (in forza del nuovo art. 159-*bis*, comma 4, c.p.). Magari si potrà prospettare questa versione alla Commissione europea che, come detto, vigila in modo attento sulle riforme che sono state fatte e sulle ragioni per le quali si interviene così presto su un'innovazione importante quale l'improcedibilità e a fronte di miglioramenti significativi come quelli riportati in questo articolo.

La verità, a nostro avviso, è però che il meccanismo proposto dalla Camera non è neanche lontanamente paragonabile – quanto a capacità incentivante di condotte virtuose – al pungolo dell'improcedibilità.

Per un verso, esso non stimola a far presto per tutti i reati per i quali è previsto un termine lungo di prescrizione: in tal caso, non vi è all'evidenza alcuna ragione di

correre. Basti un esempio: si pensi al reato di sfregio permanente del viso, il cui termine di prescrizione viene portato dalla proposta in esame a 21 anni; dopo una condanna in primo grado, se quando inizia l'appello mancano ancora 15 anni al maturare della prescrizione una sospensione di due anni della prescrizione non avrà alcun effetto di accelerazione del processo. Anzi lo rallenterà, mettendolo in coda ad altri, con buona pace del diritto alla ragionevole durata del processo di imputati e vittime. Ma ciò accadrà anche in tutti i casi nei quali – pur a fronte di termini più brevi – si sia “bruciato” poco tempo per celebrare il primo grado. Pure in tale ipotesi il giudice di seconde cure potrà prendersela comoda (cosa che l'improcedibilità non può invece fare). Non a caso, ben consapevole di questo rischio e dei limiti intrinseci del meccanismo, evidenziati nella sua Relazione finale, la Commissione Lattanzi aveva ritenuto opportuno accompagnare l'adozione della sospensione condizionata “con l'introduzione dei rimedi compensatori e risarcitori per la violazione del diritto a un processo di ragionevole durata”¹¹.

Per altro verso, va rimarcato che il dispositivo della “sospensione condizionata” contemplato dalla soluzione A contenuta nella Relazione della Commissione Lattanzi è stato ibridato dalla Camera con un nuovo congegno di recupero (parzialmente) tratto dalla riforma Orlando. Come ricordato, si prevede che i periodi di sospensione della prescrizione vengano computati ai fini della determinazione del tempo necessario a prescrivere se nel grado di giudizio in cui ha operato la sospensione (qui si innova la Orlando) o in quello successivo, l'imputato è proscioltto o la sentenza di condanna è annullata nella parte relativa all'accertamento della responsabilità ovvero sono accertate le nullità indicate negli articoli 604, commi 1, 4 e 5-*bis*, del codice di procedura penale, anche ai sensi dell'articolo 623, comma 1, lettere *b*) e *b-bis*). Potrà dunque accadere che il giudice di appello e la stessa Corte di cassazione che hanno concluso il processo entro il tempo previsto vedano vanificato il loro sforzo laddove, in sede di annullamento con rinvio, la Cassazione si accorga che il tempo recuperato, aggiunto a quello consumato per il primo grado, determinano il maturare della prescrizione.

Come si vede, la complessità e farraginosità del meccanismo di recupero – che assomma ipotesi tratte da modelli profondamente diversi – e la stessa natura della prescrizione, che favorisce l'impermeabilità tra fasi e gradi confondendo le responsabilità, finiscono per attenuare considerevolmente l'efficienza del meccanismo di sospensione condizionata rispetto all'accelerazione dei processi di seconde cure (ma anche di legittimità).

9. Settima ‘verità nascosta’: l'improcedibilità va eliminata perché costituisce una spinta a restringere l'ambito delle impugnazioni e a concepirle come strumenti di controllo. Il ritorno, prospettato dal disegno di legge n. 893 “a quella che era la vecchia istituzione della prescrizione”¹² viene spesso presentato come una manovra finalizzata ad aumentare le garanzie. Chiarito che non favorirà in alcun modo la riduzione dei tempi del giudizio di appello – la garanzia della ragionevole durata del processo, che si

¹¹ Cfr. Relazione, p. 54.

¹² Così, il Ministro Nordio: <https://www.ansa.it/sito/notizie/politica/2023/10/28/giustizia-nordio-trovato-accordo-sulla-prescrizione-f6b071b3-a0d2-4d94-adf6-c5e4d7eedb49.html>

allungherà, se non altro, in corrispondenza di plurime sospensioni del corso della prescrizione – merita domandarsi se non vi sia al fondo qualche altro argomento: un “non detto” che si preferisce non esplicitare. Non è un mistero che l’improcedibilità è stata vissuta sin dal principio con netto sfavore dall’Unione Camere Penali¹³: sono molteplici le ragioni di questa ostilità. Anzitutto, non si può negare che la limitazione dell’istituto dell’improcedibilità ai gradi di impugnazione si può giustificare – sul piano sistematico – solo enfatizzando la natura di controllo del processo di appello, che appare coerente con un modello tendenzialmente accusatorio e che viene coerentemente perseguita da diverse innovazioni introdotte dal d.lgs. 150/2022; in secondo luogo, la tagliola dell’improcedibilità potrebbe spingere i giudici di seconde cure e la stessa Cassazione a interpretare in modo più rigoroso di quanto non sia avvenuto sin qui il canone di specificità dei motivi di appello, al fine di ridurre le sopravvenienze. Infine, l’istituto elimina un’arma difensiva oggi spendibile in un numero significativo di casi.

10. Ottava ‘verità nascosta’: la controriforma creerà notevoli problemi di diritto intertemporale e incertezze, con dispendio di tempo. – Il continuo susseguirsi di riforme della prescrizione – sarebbero cinque in meno di vent’anni – fa sì che individuare il termine di prescrizione e la legge applicabile in relazione a questo o quel procedimento e reato sarà un rompicapo. Ad alcuni reati si applicherà il regime della ‘ex Cirielli’, ad altri quello della legge Orlando, ad altri quelli della legge Bonafede e Cartabia. Il ripristino della prescrizione nei giudizi di impugnazione è una *lex mitior* retroattiva ex art. 2, co. 4 c.p. Dovrà quindi essere calcolato per la prima volta, nelle corti d’appello e in Corte di Cassazione, il termine di prescrizione dei reati commessi dopo il 1° gennaio 2020 (di quei reati, cioè, che la riforma Bonafede aveva reso imprescrittibili nei giudizi di impugnazione). Quanti siano non è dato saperlo e, quel che è grave, neanche il Parlamento lo sa. Migliaia certamente. Ma non basta. Per i reati commessi tra il 4 agosto 2017 e il 31 dicembre 2019, che ricadono nel regime Orlando, si tratterà di stabilire se legge più favorevole è la Orlando oppure la nuova ora in corso di gestazione. Per certi versi la legge Orlando è più favorevole (il termine di sospensione della prescrizione in appello è di sei mesi più breve); per altri versi è più favorevole la futura nuova legge (che recupera il termine di prescrizione se la decisione non è assunta entro il termine di sospensione). Fermo il divieto di creare una terza legge, che combini gli aspetti più favorevoli delle due, si tratterà di capire in concreto, caso per caso, quale sia il regime della prescrizione che in concreto risulti più favorevole. Un bel lavoro in più da svolgere e tanto tempo sottratto al raggiungimento/mantenimento degli obiettivi del PNRR.

11. Nona ‘verità nascosta’: nel periodo transitorio c’è il rischio, per i fatti commessi dopo il 1° gennaio 2020, di una sovrapposizione tra prescrizione e

¹³ P. RUBINI, Le riforme che vogliamo. Prescrizione, <https://dirittodidifesa.eu/ora-le-riforme-liberali-caiazza-rosso-rubini-putzolu-e-ripamonti/> ; L. MILELLA, Riforma Cartabia, Caiazza: “Un plauso alle misure alternative alla prigione”, https://www.repubblica.it/politica/2022/12/31/news/caiazza_misure_alternative_prigione-381398073/

improcedibilità. – Supponiamo che, per un reato commesso dopo il 1° gennaio 2020, il procedimento giunga in appello, dopo una condanna in primo grado, quando mancano 6 anni alla prescrizione del reato. Ad oggi, l'imputato sa che decorsi tre anni (due dopo il regime transitorio), l'azione diventerà improcedibile e la condanna in primo grado sarà *tamquam non esset*. Una volta entrata in vigore la riforma all'esame della Camera, l'imputato dovrà attendere sei anni per la prescrizione del reato, che interverrà solo se, entro quel più lungo termine, non interverrà una sentenza definitiva. Per i reati con termine di prescrizione più lungo di tre (o due anni), allorché il procedimento approda in appello, la riforma in gestazione non è più favorevole rispetto all'improcedibilità. Risulta più favorevole la legge che ripristina la prescrizione nei giudizi di impugnazione ma, se il termine di prescrizione del reato è superiore in concreto a quello di improcedibilità dell'azione penale, la legge sostanziale sopravvenuta è di fatto sfavorevole.

È verosimile, allora, che le difese, decorso il termine di improcedibilità, invocheranno la disciplina dell'art. 2, co. 4, c.p. sostenendo la tesi della natura sostanziale dell'improcedibilità. È vero che, ad oggi, la giurisprudenza ha escluso l'applicazione dell'art. 344 *bis* c.p.p. ai fatti commessi prima del 1° gennaio 2020 anche in ragione dell'affermata natura processuale della disposizione (cfr., tra le altre, Cass.sez. VII, 23.11.2022, n. 49177: "la consolidata giurisprudenza di legittimità...ritiene l'art. 344-*bis* c.p.p. non suscettibile di applicazione retroattiva, in ragione della natura processuale dell'istituto dell'improcedibilità: cfr. Sez. V, n. 334 del 05.11.2021, Pizzorulli, Rv. 282419; Sez. VII, n. 43883 del 19.11.2021, Cusmà, Rv. 283043"). È però anche vero che la questione, se proposta in relazione a fatti commessi dopo il 1° gennaio 2020, attratti per volontà legislativa nella disciplina dell'improcedibilità, potrebbe presentarsi in una diversa luce ed essere riconsiderata. Senza rinnegare la natura processuale dell'improcedibilità, ad esempio, si potrebbe in ipotesi sostenere che decisivo è il fatto che l'appello (o il ricorso per cassazione) sia stato presentato nel vigore della disciplina sull'improcedibilità. Se una simile tesi difensiva dovesse imporsi, nel periodo transitorio si applicherebbero di fatto, congiuntamente, i regimi della prescrizione e della improcedibilità, proprio come più o meno esplicitamente prospettato da alcuni sostenitori della riforma¹⁴. L'assenza di una disciplina transitoria nel disegno di legge, d'altra parte, lascia ancor più spazio per queste e analoghe questioni di diritto intertemporale.

12. Decima 'verità nascosta': la reintroduzione della prescrizione in appello manda al macero circa 30.000 procedimenti l'anno e fa a pugni con il panpenalismo punitivista di chi, contraddicendosi, agita il penale come solo una tigre di carta. – Populismo giustizialista e garantismo – le due anime contrapposte che convivono nella maggioranza – producono con la riforma all'esame della Camera un autentico cortocircuito. La maggioranza con una mano – quella panpenalista e punitivista –

¹⁴ Si ricorderà, in proposito, che il d.d.l. C. 745 presentato il 29 dicembre 2022 dall'on. Costa (relatore del disegno di legge in corso di approvazione alla Camera) prevedeva proprio la concorrenza di prescrizione e improcedibilità.

introduce nuovi reati, come quelli sui rave party, sugli scafisti o sull'uccisione dell'orso bruno marsicano, ovvero inasprisce la disciplina di reati già previsti dalla legge (come nel caso della surrogazione di maternità, trasformata in reato universale, e della cessione di stupefacenti quando il fatto è di lieve entità art. 73, co. 5 t.u. stup.); dall'altro lato, reintroduce nei giudizi di impugnazione la prescrizione del reato che, solo nel 2022, ha mandato in fumo oltre 30.000 processi in appello.

La minaccia della pena, così facendo, ha il volto di una tigre di carta: si minacciano pene destinate in molti casi a non essere applicate ed eseguite per la prescrizione del reato. Lo stesso non può dirsi invece rispetto all'improcedibilità: le corti d'appello, in particolare, si sono organizzate – lo dimostrano i dati ufficiali – per chiudere l'appello entro il termine di improcedibilità. La prescrizione sostanziale, insomma, viene riproposta per garantire l'impunità e l'inefficienza del sistema. Proporre di aumentare il termine di prescrizione solo per alcuni tra i reati del codice rosso, come fa la proposta di legge, tradisce la consapevolezza di destinare a prescrizione molti reati e di cercare di salvare almeno quelli, per paura del conseguente scandalo che ne deriverebbe. È l'ennesima conferma, a noi pare, di quanto sia improvvida e dannosa la riforma all'esame della Camera.

Editore

ASSOCIAZIONE
**"PROGETTO GIUSTIZIA
PENALE"**