

**ATTUAZIONE DELLE DIRETTIVE UE SULL'ACCESSO AL DIFENSORE
E SULLE GARANZIE PER IL MINORE ACCUSATO E RICERCATO:
PROGRESSI, CRITICITÀ E ULTERIORI SPAZI DI INTERVENTO**

di Michela Miraglia

*(Professoressa associata in diritto processuale penale,
Università degli Studi di Genova)*

Sommario: 1. Il decreto-legge anti-infrazioni 16.9.2024 n. 131. – 2. L’attuazione della direttiva 2013/48/UE sull’accesso al difensore. – 3. Le notizie e le indicazioni assunte sul luogo o nell’immediatezza del fatto. – 4. Alcuni ulteriori ambiti di intervento: il differimento del colloquio con il difensore *ex art. 104 co. 3 e 4 Cpp.* – 5. ...E le dichiarazioni spontanee della persona nei cui confronti vengono svolte le indagini rese alla polizia giudiziaria. – 6. Le disposizioni relative al procedimento minorile fra apprezzamento e imprecisioni. – 7. Osservazioni conclusive.

1. Con il decreto-legge 16.9.2024 n. 131, convertito con modificazioni dalla l. 14 novembre 2024 n. 166, si è scelto di reagire attraverso la decretazione d’urgenza a numerose procedure di infrazione – nonché a un caso EU-Pilot – avviate dalla Commissione europea nei confronti dell’Italia, «per agevolarne la chiusura»¹. Tra tali procedure una riguardava l’attuazione della direttiva 2013/48/UE sulla difesa tecnica (procedura n. 2023/2006) e un’altra concerneva la direttiva 2016/800/UE sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali (procedura n. 2023/2090).

Si tratta, come è noto, di direttive parte della c.d. “roadmap di Stoccolma”, volte, come le altre, a uniformare il livello di garanzie nei procedimenti penali dei diversi

¹ Sulla decretazione d’urgenza nel contesto dell’attuazione della legislazione euro-unitaria si veda R. Adam-A. Tizzano, *Manuale di diritto dell’Unione europea*, Torino 2024, 984, nonché S. Demuru, *Decreto-legge e attuazione del diritto dell’Unione Europea*, in *Osservatorio sulle fonti.it*, f. 3/2016, s.p. Il ricorso a tale strumento legislativo è stato ritenuto necessario, come viene esplicitato nel testo del provvedimento, considerato il numero complessivo di infrazioni pendenti «superiore alla media degli altri Stati membri dell’Unione» e la necessità, a parere del Governo, di intervenire in tempi brevi per «ridurre il numero di dette procedure, nonché per evitare l’applicazione di sanzioni pecuniarie ai sensi dell’art. 260, paragrafo 2, del Trattato sul funzionamento dell’Unione».

Stati membri, per «facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie», nonché «la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale», secondo quanto disposto dall'art. 82 par. 2, lettera *b* del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), base legale per «stabilire norme minime» sui diritti della persona nella procedura penale.

Le due direttive in questione sono legate, per quanto riguarda l'attuazione da parte dello Stato italiano, da un comune sentire: di fronte ai loro contenuti, spesso poco coraggiosi, anche per il fine che esse perseguono – uniformare, più che innalzare, il livello delle garanzie –, l'idea di fondo era quella per cui la legislazione interna fosse già, in linea generale, sufficientemente adeguata alle loro previsioni, salvo alcune imperfezioni.

È così che per la direttiva sull'accesso al difensore i *conditores* hanno predisposto un provvedimento di attuazione specifico, il d.lgs. 15.9.2016 n. 184, dal contenuto esiguo, al quale sono seguiti alcuni interventi normativi che hanno realizzato altri adattamenti².

² Si veda, *infra*, per il diritto di informare un familiare o altro soggetto idoneo nel caso di arresto del minorenne. Altri interventi attuativi o, meglio, altri effetti attuativi si rinvengono, sempre per quanto riguarda la direttiva 2013/48/UE, a seguito delle modifiche dell'art. 103 Cpp, apportate dalla "Legge Nordio" (l. 9.8.2024 n. 114), con l'introduzione dei commi 6-*bis* e 6-*ter* che, rispettivamente, vietano «l'acquisizione di ogni forma di comunicazione, anche diversa dalla corrispondenza, intercorsa tra l'imputato e il proprio difensore, salvo che l'autorità giudiziaria abbia fondato motivo di ritenere che si tratti di corpo del reato» e impongono l'interruzione immediata delle «operazioni di intercettazione quando risulta che la conversazione o la comunicazione rientra tra quelle vietate». Quest'ultima disposizione, con una formulazione poco chiara e perfettibile, completa l'opera iniziata nel 2017 con la "Riforma Orlando" che aveva imposto l'omissione nei brogliacci di ascolto delle parti delle conversazioni intercettate intercorse fra difensore e assistito. Essa, a detta di molti, non offriva piena protezione, perché quelle conversazioni essendo registrate, potevano essere ascoltate dal pubblico ministero e rivelare strategie difensive.. Sui nuovi commi aggiunti al testo previgente dell'art. 103 Cpp, si vedano W. Nocerino, *Le recenti riforme in materia di intercettazioni: alcune criticità e qualche prospettiva*, in www.legislazionepenale.eu 17.2.2025, 1 ss. In modo specifico, sul difetto di formulazione del comma 6-*ter* dell'art. 103 Cpp, F. De Martis, *Intercettazioni: un correttivo che rafforza la riservatezza delle comunicazioni e tutela l'attività del difensore... ma scontenta i "curiosi"*, in *DPP* 2024, 1173. Sulle criticità "tecniche" della riforma, con riguardo all'effettività del comma 6-*bis*, M. Gialuz, *Le novità della "manovra Nordio" in materia processuale: quando l'ideologia rischia di provocare un'eterogenesi dei fini*, in www.sistemapenale.it 22.7.2024, 3. Sulla mancata previsione dell'obbligo di annotazione preventiva da parte della polizia giudiziaria dei numeri relativi alle utenze intestate al difensore, per impedire del tutto l'ascolto delle conversazioni intrattenute dall'indagato con il difensore stesso, al fine di rafforzare ancor di più la tutela che la disposizione si propone di assicurare, cfr. L. Filippi, *Intercettazioni: un intervento legislativo all'insegna della tutela della privacy*, in *Le novità della legge Nordio*, a cura di G. Spangher, Pisa 2024, 3. Per le modifiche apportate dalla Riforma Orlando, F. Alonzi, *Contenuti e limiti del diritto di difesa*, in *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, a cura di G. Giostra-R. Orlandi, Torino 2018, 93 ss. e, volendo, M. Miraglia, *La riforma delle intercettazioni e la redazione dei "brogliacci di ascolto"*, in *Le nuove intercettazioni*, a cura di M. Gialuz, Pisa 2020, 19 ss.

In relazione alla direttiva sul procedimento minorile, l'attuazione specifica – eventualmente dovuta, nel caso di difformità o carenze dell'ordinamento interno, entro l'11 giugno 2019 –, non è mai stata predisposta³, nonostante fosse prevista dalla legge di delegazione europea 25.10.2017 n. 163 (art. 1-all. A)⁴. Un tanto si deve al livello decisamente avanzato, almeno sul piano normativo, del nostro ordinamento, grazie ai contenuti, ispirati dalle fonti internazionali⁵, del d.P.R. 22.9.1988 n. 448 e del d.lgs. 2.10.2018 n. 121. Quest'ultimo, non senza aspetti perfettibili, ha regolato, dopo una lunga attesa, la cruciale materia dell'esecuzione delle pene per gli imputati minorenni⁶.

Le valutazioni svolte in sede istituzionale, condivise da varie voci in dottrina⁷, non hanno impedito alla Commissione di adottare una posizione valutativa differente e di contestare all'Italia un difetto di attuazione su entrambi i fronti, contestazione alla quale si è reagito con il provvedimento in analisi.

³ Si deve, però, rammentare la modifica apportata al codice di rito dal d.lgs. 10.10.2022 n. 150 che, in seno alla "Riforma Cartabia", ha imposto, non senza qualche aspetto critico, la videoregistrazione degli interrogatori, come forma ordinaria di documentazione, modificando l'art. 373 Cpp, con l'introduzione, per quello che qui rileva, del comma 2-bis, dando attuazione all'art. 9 della direttiva.

⁴ V. Patanè, *Origini storiche e percorsi legislativi*, in *La giurisdizione specializzata nella giustizia penale minorile*, a cura di E. Zappalà⁴, Torino 2019, 16. Per un'analisi della direttiva 2016/800/UE nella prospettiva italiana, si vedano L. Camaldo, *Garanzie europee per i minori autori di reato nel procedimento penale: la Direttiva 2016/800/UE in relazione alla normativa nazionale*, in CP 2016, 4572 ss.; S. Civello Conigliaro, *All'origine del giusto processo minorile europeo*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it 13.6.2016, 1 ss. Si veda anche il "National Report", nell'ambito del progetto europeo "CrossJustice", *The Italian Implementation of the EU Directives on Procedural Safeguards for Accused Persons in Criminal Proceedings*, in www.sistemapenale.it 23.11.2022, 106 ss. Più recentemente, e con specifico riferimento allo stato di attuazione della direttiva – anche alla luce dei risultati del progetto europeo CREW, condotto in collaborazione con il Ministero della Giustizia, all'interno del quale è stato istituito un tavolo di lavoro interistituzionale, coordinato dal Dipartimento per la Giustizia Minorile e di Comunità – F. Maoli, *La tutela dei minorenni indagati o imputati in procedimenti penali: l'attuazione della Direttiva 2016/800/UE in Italia*, in www.fsjeurostudies.eu 2023, 153 ss.

⁵ Sul tema si veda S. Buzzelli, *Gli sfondi normativi. La disciplina internazionale*, in *Procedura penale minorile*, a cura di M. Bargis, Torino 2024, 1 ss.

⁶ Il nuovo testo rappresenta sicuramente un progresso, nell'ottica della peculiarità del procedimento minorile e della sua specializzazione, anche nella fase dell'esecuzione. Sulla *ratio* di un rito minorile autonomo, A. Presutti, *I principi del processo a carico di imputati minorenni*, in *Diritto e procedura penale minorile*, vol. V, a cura di E. Palermo Fabris-A. Presutti, Milano 2011, 391 ss. Per un'analisi critica della riforma penitenziaria minorile si vedano, L. Caraceni, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it 16.11.2018; F. Della Casa, *Conquiste, rimpianti, incertezze: una lettura diacronica della riforma penitenziaria minorile*, ivi 22.3.2019, 1 ss. In modo più dettagliato, a commento del d.lgs. 121/2018, Aa.Vv., *L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni*, a cura di L. Caraceni-M.G. Coppetta, Torino 2019, *passim*.

⁷ V. *infra* quella dedicata in modo specifico all'art. 350 co. 5 Cpp.

Il presente lavoro si propone di dar conto, in modo critico, delle novità legislative, cercando di metterne in luce pregi e difetti, nonché di riflettere su alcuni spazi che potrebbero richiedere ulteriori interventi di adattamento.

2. La direttiva 2013/48/UE sul «diritto di avvalersi di un difensore, di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e di comunicare con terzi e con le autorità consolari» è stata criticata dai commentatori per il suo contenuto poco “coraggioso”, in parte ma non tutto, determinato dal suo fine uniformante, al quale si è fatto cenno⁸. Non stupisce, dunque, che il legislatore italiano abbia provveduto alla sua attuazione in maniera parsimoniosa e con un intervento “minimo”⁹.

In via principale, modificando l'art. 364 Cpp e includendo fra gli atti “garantiti”, per cui è dovuto l'avviso del loro compimento al difensore, anche le individuazioni di persona. Poi, intervenendo sulla l. 22.4.2005 n. 69, con l'inserimento nell'art. 9 di un inedito comma 5-bis, ove si prevede che all'atto di esecuzione dell'ordinanza applicativa di una misura coercitiva, nella procedura di esecuzione del mandato di

⁸ In senso estremamente critico L. Bachmaier Winter, *The EU Directive on the Right to Access to a Lawyer: A Critical Assessment*, in *Human Right in European Criminal Law*, ed. by S. Ruggeri, Berlino 2015, 111 s. L'A. nell'*abstract* del suo lavoro dubita della capacità uniformante della direttiva e scrive: «This study [...] aims to assess how far this new Directive serves to harmonise the defence rights in a European single space of justice and to guarantee adequately the rights of the defendants in transnational criminal proceedings». Giungendo, poi, ad affermare, nella conclusione del suo commento, che «the Directive is to be welcome, because it represents a significant step forward in the strengthening of the defence right in criminal proceedings in the EU. However, as it has been explained above, there are several shortcomings in the drafting that could have been avoided and other issues that could have been better clarified» (rispettivamente, 111 e 129). Per un'analisi del diritto all'accesso al difensore, nel dettato della direttiva, v. anche T. Armenta Deu-L. Urban, *The right of access to a lawyer under directive 2013/48/EU*, in *Effective Defence Rights in Criminal Proceedings. A European and Comparative Study on Judicial Remedies*, edited by S. Allegrezza-V. Covolo, Milano-Padova 2018, 65 ss., in cui l'A., nelle conclusioni esprime analoga valutazione, scrivendo che con la direttiva si è persa l'occasione «to formulate clear conditions and underline details» (78); S. Quattrocolo, *Right to access to a lawyer in Europe: anything new under the sun?*, in *Processus criminalis europeus, Festschrift fuer August Nacke*, Plovdiv 2016, 270 ss. Per un esame capillare della direttiva, fra i lavori della dottrina italiana, si veda, per tutti C. Amalfitano, *La terza tappa della tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti processuali di indagati o imputati in procedimenti penali: la direttiva 2013/48/UE sul diritto di accesso al difensore*, in LP 2014, 21 ss. Si vedano anche M. Bontempelli, *Diritti fondamentali, giusto processo e primato del diritto UE*, in PPG 2014, 80 ss.; F.A. Bubula, *La Direttiva 2013/48/UE sul diritto al difensore e a comunicare con terzi e autorità consolari in caso di privazione della libertà personale*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it 29.11.2013. Per un'analisi panoramica delle direttive della “roadmap di Stoccolma”, che ne mette in luce pregi e difetti, anche nel rapporto con la CEDU, J. Della Torre, *Le Direttive UE sui diritti fondamentali degli accusati: pregi e difetti del primo “embrione” di un sistema europeo di garanzie difensive*, in CP 2018, 1396 ss.

⁹ S. Quattrocolo, *Interventi minimi in materia di diritto di accesso al difensore: la recente trasposizione della direttiva 2013/48/UE*, in Eurojus 15.10.2016, 1 ss.

arresto europeo, il destinatario debba essere avvisato della facoltà di nominare un difensore nello Stato di emissione del MAE, cercando, dunque, di attuare solo le previsioni inerenti alla c.d. “*dual defence*”¹⁰.

Giungendo ora alle modifiche introdotte dal decreto-legge del 2024, alcune appaiono pacificamente necessarie e prive di criticità: si tratta di quelle che attengono al diritto di informare un terzo della privazione della libertà personale. Viene così emendato, *in primis*, l’art. 293 co. 1 lett. f Cpp, con riguardo al contenuto della comunicazione scritta che deve essere consegnata al destinatario dell’ordinanza di esecuzione della custodia cautelare (a sua volta introdotta nel nostro ordinamento per dare attuazione alla direttiva 2012/13/UE). Egli dovrà, dunque, essere reso edotto del diritto di avvisare i familiari o «altra persona di fiducia», per adeguare la previsione a quanto richiesto dalla direttiva, all’art. 5 par. 1¹¹. Analogamente viene integrato l’art. 386 co. 1 lett. f Cpp nell’ipotesi di arresto o fermo. Seguendo la medesima linea di attuazione, il legislatore interviene altresì sull’art. 387 Cpp, laddove, nel nuovo testo, si prevede che la polizia giudiziaria, con il consenso dell’arrestato o del fermato, debba, senza ritardo, dare notizia dell’avvenuto arresto o fermo non più solo ai suoi familiari, ma anche, in alternativa «ad altra persona da essi indicata».

Tale ampliamento del novero dei soggetti destinatari della comunicazione da parte di chi si trovi in situazione di limitazione della libertà personale, auspicabile e auspicato¹², consente una più effettiva tutela del diritto in questione qualora la persona non voglia avvisare un membro della famiglia per ragioni personali, oppure quando sia difficile o impossibile farlo, soprattutto nel caso di cittadini stranieri, i quali non godono sul territorio nazionale della presenza di un familiare¹³, fenomeno estremamente diffuso nel nostro contesto nazionale.

¹⁰ Il decreto legislativo modifica, interpolandolo, anche l’art. 29, comma 4 lett. c disp. att. Cpp. Sull’attuazione, con riguardo al m.a.e., M. Bargis, *Il diritto alla “dual defence” nel procedimento di esecuzione del mandato di arresto europeo: dalla direttiva 2013/48/UE alla direttiva (UE) 2016/2019*, in *DPenCont* 2016, 45 s. Sullo specifico tema, con riguardo al contenuto della direttiva, si veda anche G. Centamore, *Il diritto al difensore nei procedimenti di esecuzione del mandato di arresto europeo nella direttiva 2013/48/UE: osservazioni generali e aspetti problematici*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it 14.1.2016, 1 s.

¹¹ Secondo il dettato dell’articolo richiamato, «[g]li Stati membri garantiscono che indagati e imputati che sono privati della libertà personale abbiano il diritto, se lo desiderano, di informare della loro privazione della libertà personale almeno una persona, quale un parente o un datore di lavoro, da loro indicata, senza indebito ritardo».

¹² S. Quattrocolo, *Interventi minimi*, cit., 8.

¹³ Nella Relazione Illustrativa al d.d.l. n. 2038 per la conversione del decreto-legge 131/2024 si rammenta come l’estensione del diritto di informare un’altra persona oltre che un familiare fosse già stata prevista dall’art. 62 d.P.R. 30.6.2000 n. 230, per il detenuto e l’internato al quale «immediatamente dopo l’ingresso nell’istituto

Similmente, per quanto attiene al diritto di informare i terzi nel caso di restrizione della libertà personale, nel 2023 era stata apportata, con un precedente decreto salva-infrazioni¹⁴, una modifica al d.P.R. 448/1988.

La direttiva sull'accesso al difensore, come tutte le altre parti della *roadmap*, si applica anche agli imputati minorenni per quanto non previsto dalla direttiva 2016/800/UE, avente natura di *lex specialis*¹⁵.

In relazione al diritto in analisi, l'art. 5 dedica due commi *ad hoc* a questi soggetti "naturalmente vulnerabili"¹⁶. Il primo impone agli Stati membri di adottare previsioni che garantiscano la comunicazione della privazione della libertà personale all'esercente la responsabilità genitoriale, salvo il caso in cui ciò sia contrario all'interesse del minore. In tale ipotesi – ed è proprio questa la previsione che viene riprodotta dal legislatore italiano e inserita nell'art. 18 d.P.R. 448/1988 – dovrà essere informata "altra persona idonea maggiorenne"¹⁷. Il ruolo della persona idonea potrà essere apprezzato più avanti, trattando delle novità introdotte dal decreto-legge in analisi al rito minorile per conformare il nostro ordinamento al diritto euro-unitario. Nella disposizione in questione – che, come spesso accade, sembra il frutto di una sorta di "copia e incolla" dal testo delle direttive, senza "traduzione" *ad hoc* – non è specificato a chi sia demandata la valutazione circa l'interesse del minore in merito alla scelta della persona idonea, né l'eventuale coinvolgimento del minore stesso nella sua individuazione. L'interpretazione testuale sembrerebbe far propendere per un ruolo

penitenziario, sia in caso di provenienza dalla libertà, sia in caso di trasferimento» viene chiesto «da parte degli operatori penitenziari, se intenda dare notizia del fatto a un congiunto e ad altra persona indicata» (XI Legislatura, Camera dei Deputati, Relazione al d.d.l n. 20238, p. 11), al cui disposto le ultime modifiche si aggiungono per completare il quadro.

¹⁴ Modifica apportata dall'art. 4 co. 1 del decreto-legge 13.6.2023 n. 69, convertito, con modificazioni, dalla l. 10.8.2023 n. 103. L'intervento specifico costituisce la reazione alla procedura di infrazione n. 2021/2075.

¹⁵ S. Cras, *The Directive on Procedural Safeguards for Children who Are Suspects or Accused Persons in Criminal Proceedings. Genesis and Descriptive Comments Relating to Selected Articles*, in *Eucrim* 2/2016, iii.

¹⁶ Secondo il dettato dell'art. 13 della direttiva 2013/48/UE «gli Stati membri garantiscono che, nell'applicazione della presente direttiva, si tenga conto delle particolari esigenze di indagati e imputati vulnerabili». La disposizione non è stata presa in considerazione in sede di attuazione. L'omissione di qualunque riferimento all'imputato vulnerabile è stata criticata dalla dottrina. Sul punto, S. Quattrocolo, *Interventi minimi*, cit., 8. Il tema meriterebbe una nuova riflessione, più generale e non circoscritta all'imputato minorenne, volta a verificare in modo dettagliato l'opportunità di concepire uno specifico statuto per l'imputato vulnerabile nel nostro procedimento penale, tratteggiandone i contenuti.

¹⁷ La seconda previsione è contenuta nell'art. 5 par. 4 che recita: «Allorché derogano temporaneamente all'applicazione del diritto di cui al paragrafo 2, gli Stati membri garantiscono che un'autorità competente per la protezione o il benessere dei minori sia informata senza indebito ritardo della privazione della libertà personale del minore».

esclusivo della polizia giudiziaria in un contesto estremamente delicato che richiede una doppia valutazione circa la sussistenza della circostanza eccezionale e l'individuazione della persona idonea. Sarebbe stato, dunque, più opportuno optare per una formulazione testuale differente. Si sarebbe potuto, almeno, prevedere esplicitamente quale presupposto non tanto la «necessarietà per la salvaguardia per l'interesse del minore», quanto la “manifesta contrarietà” allo stesso¹⁸.

3. Per varie ragioni è più complesso affrontare l'ulteriore modifica apportata dall'art. 3 della novella al codice di rito, relativa alla parziale riscrittura dell'art. 350 co. 5 Cpp, che disciplina le ben note informazioni assunte dall'indagato da parte degli ufficiali di polizia giudiziaria sul luogo o nell'immediatezza del fatto.

Uno strumento “agile e utile”, secondo la dottrina¹⁹, posto nelle mani degli ufficiali di polizia giudiziaria e, al contempo, fortemente derogatorio in quanto a garanzie rispetto alle sommarie informazioni regolate dai primi quattro commi della norma²⁰, definite «quasi interrogatorio»²¹, poiché può essere utilizzato anche nei confronti dell'indagato arrestato o fermato e senza la presenza del difensore. Variando

¹⁸ Sulla questione e su altri punti rilevanti v. A. Tassi, sub art. 18 d.P.R. 448/1988, in *Il processo penale minorile. Commento al d.P.R. 448/1988*, a cura di G. Giostra, Milano 2024, 251, il quale propende, a livello interpretativo, per una valutazione affidata alla polizia e svolta *ictu oculi*, confinando «il potere in questione ai casi evidenti», considerati «gli scarsi dati a disposizione degli organi di p.g. che eseguono la misura precautelare, la loro frequente appartenenza a sezioni non specializzate, il limitato tempo a disposizione». Recentemente, E. Turco, *Manuale di procedura penale minorile*, Torino 2025, 105, qualifica il potere attribuito alla polizia giudiziaria come «discrezionale» e «particolarmente delicato», affermando poi che «[l]a disposizione presenta senz'altro portata eccezionale e [...] si può ritenere che essa trovi applicazione solo nei limitati casi in cui la polizia giudiziaria, già nel momento dell'esecuzione della misura non sia in grado di identificare o reperire l'esercente la responsabilità genitoriale».

¹⁹ F. Alonzi, *Le indagini di polizia giudiziaria nell'ambito dell'accertamento penale*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, diretto da G. Spangher-A. Marandola-G. Garuti-L. Kalb, vol. II, *Misure cautelari. Indagini preliminari. Giudizio*, a cura di A. Marandola, Torino 2015, 558.

²⁰ Gli ufficiali di polizia giudiziaria procedono all'assunzione delle sommarie informazioni nei confronti della persona sottoposta alle indagini che non si trovi, testualmente, «in stato di arresto o di fermo a norma dell'art. 384, e nei casi di cui all'art. 384 bis», con le modalità di cui all'art. 64 e con la necessaria presenza del difensore. Fra le molteplici questioni affrontate dalla dottrina in merito a questa prima ipotesi, si rammentino: l'estensione del divieto di assunzione ai soggetti *in vinculis*, per qualunque causa ulteriore rispetto a quelle elencate dalla disposizione, nonché il mancato richiamo dell'art. 65 Cpp. La ricezione delle dichiarazioni spontanee, anche da parte degli agenti di polizia giudiziaria, costituisce la terza ipotesi regolata dall'art. 350 Cpp, al co. 7. Sul punto, per quel che rileva in questo contesto, v. *infra*, § 5.

²¹ F. Cordero, *op. cit.*, 399

l'angolatura prospettica e ponendo in luce le sue opacità, infatti, è stato anche definito come un istituto quasi "odioso"²².

Secondo il testo in vigore prima dell'intervento operato dal decreto salva-infrazioni, il ricorso legittimo a tale strumento era consentito entro limiti definiti non solo dal parametro spazio-temporale – peraltro oggetto di riflessioni interpretative²³ – ma anche dallo scopo, a dire il vero piuttosto ampio, per cui si procedeva all'assunzione, ossia l'utilità delle informazioni e delle indicazioni «per l'immediata prosecuzione delle indagini»²⁴. Il tutto era accompagnato da previsioni "tranquillizzanti" – relativamente, attese alcune posizioni assunte dalla giurisprudenza di legittimità e taluni dubbi sollevabili in via generale sulla sufficienza di queste – che imponevano, e ancora impongono, il divieto di ogni forma di documentazione e utilizzazione, nell'ipotesi in cui le informazioni e le indicazioni fossero, e siano, assunte senza l'assistenza del difensore²⁵. Anche in questo caso, la disposizione non sembra formulata in modo tale da escludere dubbi interpretativi sul rapporto fra il primo comma dell'art. 350 Cpp e quello in esame. In particolare, permangono incertezze riguardo alle informazioni assunte dalla polizia giudiziaria sul luogo o nell'immediatezza del fatto dall'indagato *in vinculis*, con la presenza del difensore. Parte della dottrina sceglie un'esegesi opinabile e propende per la loro documentazione e utilizzabilità (nei termini del primo comma)²⁶. Persistono, inoltre,

²² L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari 1989, 127.

²³ Per una prevalenza del criterio temporale F. Cordero, *Codice di procedura penale*, Torino 1990, 399, secondo il quale ci troviamo dinanzi ad una «formula disgiuntiva malriuscita che andrebbe rettificata, sostituendo la locuzione originaria e in vigore con «“a fatto flagrante, ivi o altrove...”». Secondo M. Nobili, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna 1989, 81 s., la formula assurge a «qualcosa di pessimo» e la disgiuntiva è «senza senso». Per A. Scaglione, *L'attività ad iniziativa della polizia giudiziaria*, Torino 2000, 89, è corretto ritenere prevalente «il criterio temporale rispetto a quello spaziale», considerati i tempi dell'attività autonoma di p.g. e il fine delle informazioni raccolte. Per un'esegesi opposta, G. Ichino, *L'attività di polizia giudiziaria*, in *Indagini preliminari ed instaurazione del processo*, coordinato da M.G. Aimonetto, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretta da M. Chiavario-E. Marzaduri, Torino 1999, 149. Sia pure nella necessità di interpretare la formula «in senso unitario», per non vanificare «la logica di un'attività evidentemente deputata a raccogliere contributi “a caldo”», propende per una minima “dilatazione” di entrambi i presupposti, L. Luparia, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. III, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, a cura di G. Garuti, Torino 2009, 206.

²⁴ Sull'interpretazione dell'aspetto finalistico in termini più restrittivi, V. Bosco, *Le dichiarazioni spontanee alla polizia giudiziaria: il rischio di una pericolosa caduta per le garanzie dell'indagato*, in www.legislazionepenale.eu 13.11.2018, 7, secondo la quale «le informazioni e le indicazioni devono considerarsi essenziali ai fini dell'immediata prosecuzione delle indagini».

²⁵ Per una riflessione sull'utilizzabilità, si veda *infra*.

²⁶ A. Morgigni, *L'attività della polizia giudiziaria*, Milano 2002, 458. Contra, nel senso di limitare tale documentazione e utilizzabilità solo nel caso di indagato libero, riportata la situazione procedimentale entro i

dubbi sull'applicabilità dell'art. 64 Cpp, non espressamente richiamato, come invece accade nel primo comma dell'art. 350 Cpp. Nonostante ciò, non appare negabile, anche in questo frangente di incertezza normativa, l'operatività del diritto al silenzio che può essere opposto dal soggetto indagato²⁷.

Ebbene, richiamati per sommi capi i connotati della disposizione e i principali temi interpretativi, per quel che si può sapere della procedura di infrazione, la Commissione ha ritenuto l'Italia inadempiente nell'attuazione della direttiva. Le "notizie e informazioni" di cui si tratta sono state ricondotte nel novero dell'interrogatorio e la disciplina codicistica è stata reputata in contrasto con il diritto di avvalersi di un difensore, nella modulazione del diritto alla presenza e alla partecipazione effettiva durante il *questioning* (art. 3 par. 3 lett. b direttiva 2013/48/UE).

Va rammentato che, secondo il testo della direttiva, la garanzia in questione è rinunciabile (uno dei tratti di maggiore criticità del suo contenuto)²⁸ e che la presenza del difensore al "*questioning*" non è imposta²⁹. L'imputato, però, deve essere reso edotto circa il proprio diritto e posto nelle condizioni per esercitarlo. Inoltre il difensore deve poterlo assistere in maniera effettiva, appunto, durante il compimento dell'atto.

È previsto, tuttavia, che gli ordinamenti nazionali possano consentire deroghe, temporanee e solo nella fase che precede il processo, in presenza di circostanze eccezionali, nella misura in cui siano giustificate dal caso concreto. Ciò, solo sulla base di due motivi tassativi: a) quando vi sia la necessità impellente di evitare gravi conseguenze negative per la vita, la libertà o l'integrità fisica di una persona; b) qualora vi sia la necessità indispensabile di un intervento immediato delle autorità inquirenti per evitare di compromettere in modo sostanziale un procedimento penale³⁰.

confini del primo comma, G. Amato-M. D'Andria, *Organizzazione e funzioni della polizia giudiziaria*, Milano 1990, 113; A. Scaglione, *op. cit.*, 91.

²⁷ G. Ichino, *op. cit.*, 150. Sulla questione dell'informazione sul diritto al silenzio, si veda *infra*, § 5.

²⁸ Per quanto attiene alla rinuncia e alle deroghe previste dalla direttiva, C. Amalfitano, *op. cit.*, 36, scrive che «rischiano di svuotare di contenuto il diritto/obbligo di assistenza tecnica, depotenziandolo tanto sul piano "oggettivo", perché il suo rispetto assicura la buona amministrazione della giustizia, quanto su quello "soggettivo", trattandosi di diritto che dovrebbe essere inviolabile e, dunque, non rinunciabile, almeno quando i titolari sono minori e persone vulnerabili».

²⁹ Sul punto, v., F. Morelli, *Profili problematici del diritto di partecipazione del difensore nella fase delle indagini preliminari: dalle dichiarazioni dell'indagato alla prova informatica*, in *Nuovi orizzonti del diritto alla difesa tecnica. Un itinerario tra questioni attuali e aperture del quadro normativo*, a cura di D. Negri-P. Renon, Torino 2017, 19.

³⁰ Sugli ulteriori limiti delle eccezioni e sulle prescrizioni per quanto riguarda la necessaria procedura da seguire,

Il legislatore si adegua, apparentemente, ai rilievi della Commissione, modificando il testo e sostituendo il presupposto originario (il fatto che le notizie e le indicazioni siano utili alla prosecuzione delle indagini e, dunque, utilizzabili a tale scopo) con quelli indicati dalla direttiva, in modo quasi testuale. Il testo della disposizione, dopo l'interpolazione, è il seguente: «Sul luogo o nell'immediatezza del fatto, gli ufficiali di polizia giudiziaria possono, anche senza la presenza del difensore, assumere notizie e indicazioni quando ciò è imposto dalla necessità di evitare un imminente pericolo per la libertà, l'integrità fisica o la vita di una persona, oppure dalla necessità di compiere attività indispensabili al fine di evitare una grave compromissione delle indagini»³¹.

Le preannunciate difficoltà che accompagnano l'analisi di questo intervento sono collegate a due principali aspetti critici.

Il primo. Nei lavori per la predisposizione del testo del d.lgs. 184/2016, l'art. 350 co. 5 Cpp era stato preso in considerazione in modo specifico, escludendone l'incompatibilità con le previsioni della direttiva o, meglio, sottraendo quell'ipotesi dall'ambito di operatività della stessa³². Anche la dottrina si era occupata della questione, dinnanzi alle disposizioni entrate in vigore, interrogandosi su residue imperfezioni dell'ordinamento italiano dopo la novella. In conclusione, si erano esclusi contrasti rilevanti e, dunque, la necessità di eventuali ulteriori operazioni correttive, così come pericoli di contestazioni e avvio di procedure di infrazione³³.

Gli autori che avevano analizzato la problematica più nel dettaglio, avevano sostenuto che le notizie e informazioni assunte ai sensi dell'art. 350 co. 5 Cpp non fossero riconducibili, oggettivamente, nell'ambito di operatività della direttiva, ricorrendo alla specificazione del considerando n. 20³⁴, secondo il cui testo: «[...] non rientrano tra gli interrogatori le domande preliminari effettuate dalla polizia o da un'altra autorità di contrasto finalizzate a identificare l'interessato, a verificare il possesso di armi o ad accertare altre questioni analoghe relative alla sicurezza o a determinare se le indagini debbano essere avviate, ad esempio, nel corso di un

v. *infra*.

³¹ L'art. 3 par. 6 lett. b della direttiva, nella versione italiana, recita: «ove vi sia la necessità indispensabile di un intervento immediato delle autorità inquirenti per evitare di compromettere in modo sostanziale un procedimento penale».

³² Cfr. *Relazione illustrativa del disegno di decreto legislativo (A.G. n. 317)*, 4.

³³ S. Quattrocolo, *Interventi minimi*, cit., 9.

³⁴ F. Morelli, *op. cit.*, 20. Il contenuto del considerando in questione era stato valutato come “allarmante” dall'Unione delle Camere Penali. Sul punto si veda C. Amalfitano, *op. cit.*, 33.

controllo su strada o durante controlli periodici su base casuale qualora un indagato o imputato non sia ancora stato identificato».

La questione merita una riflessione ulteriore, al fine di valutare se la modifica legislativa risulti concettualmente superflua o, al contrario, addirittura inadeguata rispetto alle esigenze di adattamento.

Che la disposizione in questione non fosse avvertita come estremamente critica, per il perimetro del suo ambito di operatività, ma soprattutto grazie al dettato dell'art. 350 co. 6 Cpp, ossia ai divieti di verbalizzazione e utilizzabilità, è un dato di fatto.

Di contro, non vi è dubbio che i risultati ottenuti attraverso le informazioni e le indicazioni assunte, pur se considerati inutilizzabili in senso “diretto”, siano stati e siano “spunti investigativi”. Essi, di fronte a un presupposto finalistico meno rigoroso – la mera utilità per la prosecuzione delle indagini –, potevano condurre in modo più esteso allo svolgimento di atti consequenti e a risultati pienamente utilizzabili.

Preoccupazione eccessiva, dal punto di vista interno, si potrebbe sostenere, in un sistema che non trova spazio per “l'inutilizzabilità derivata”, ma comunque doverosa, anche considerato che questo sembra essere il punto su cui fa leva la Commissione per contestare il difetto di attuazione della direttiva³⁵ e che proprio il combinato disposto dell'art. 350, commi 5 e 6 Cpp è servito alla dottrina per spiegare gli effetti ampi dell'inutilizzabilità (o meglio, la sua «onnicomprensività»³⁶). Vanno, inoltre, rammentati gli orientamenti giurisprudenziali che consentono non solo l'utilizzabilità dei risultati dell'attività svolta dalla polizia giudiziaria nei termini ricordati, in conseguenza delle notizie o informazioni ottenute, ma anche «legittima ed utilizzabile [...] la testimonianza dell'ufficiale di polizia giudiziaria che abbia riferito sull'esito delle indagini svolte e sugli elementi raccolti a seguito delle indicazioni ricevute

³⁵ Appare questa la posizione assunta dalla Commissione, che invoca, latamente, la teoria dei *fruits of poisonous tree*. Si riporta un estratto della Relazione Illustrativa al d.d.l. di conversione del decreto-legge 131/2024, nella quale si menziona la posizione della Commissione stessa e si legge: «Sebbene del tutto estranee al fascicolo di indagine, e dunque, formalmente inidonee a influire negativamente sulla posizione processuale dell'interessato, nella tipica prospettiva "sostanziale" eurounitaria, dirimente rilievo assume la considerazione secondo cui "tali informazioni possono comunque costituire la base di ulteriori indagini" e dunque che possano esservi "prove raccolte successivamente e basate su tali sommarie informazioni» (XI Legislatura, Camera dei Deputati, Relazione al d.d.l n. 20238, p. 11, il corsivo è quello originale del testo della Relazione).

³⁶ A. Cabiale, *L'inutilizzabilità derivata: un mito a mezza via fra nullità ed esigenze sostanziali*, in *DPenCont* 2013, 126 ss. Per il riferimento alle stesse disposizioni in seno alla riflessione sulla nozione ampia di inutilizzabilità, si veda, in precedenza N. Galantini, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova 1992, 85. Sul punto, v. *infra*.

dall'indagato nell'immediatezza del fatto»³⁷. Senza contare che l'inutilizzabilità assoluta imposta dal dettato normativo è stata negata in alcuni – sia pure sporadici – approdi. In queste occasioni la giurisprudenza di legittimità ha ammesso l'ingresso delle dichiarazioni rese sul luogo o nell'immediatezza del fatto senza la presenza del difensore nella piattaforma cognitiva del giudice in seno al giudizio abbreviato³⁸.

Tornando al considerando n. 20, che evidentemente la Commissione crede non rilevante in questa ipotesi, non appare così pacifico, come sostenuto da parte della dottrina, che le informazioni in questione siano escluse dall'ambito di operatività della direttiva alla luce del suo testo.

Sulla questione è opportuno ragionare ancora.

Il fatto che la norma in analisi utilizzi il verbo “assumere” porta a ritenere, pacificamente, che le informazioni e le indicazioni di cui si tratta dovrebbero essere sollecitate dall'ufficiale di polizia giudiziaria (“provocate” nel linguaggio della Relazione al testo definitivo del codice di procedura penale³⁹), senza, però, che questo rilevi in maniera dirimente per la riconducibilità o meno al dettato del considerando n. 20.

Senz'altro non sono assimilabili alle domande preliminari per identificare l'interessato o determinare se le indagini debbano essere avviate, perché queste sono già in corso, tanto che le informazioni, secondo il testo previgente, potevano essere assunte solo se utili per la loro prosecuzione. Forse era corretto ascriverle a quelle «poste per verificare il possesso di armi o accertare altre questioni analoghe relative alla sicurezza», ma la previsione del quinto comma dell'art. 350 Cpp, prima che venisse emendato, appariva sicuramente più ampia.

Delle due, l'una.

O si accoglie la tesi ricordata, si ritiene la previsione superflua e la considerazione deve arrestarsi qui, oppure si riconosce almeno il dubbio interpretativo, il che rende

³⁷ Cass. 4.11.1997, Lugano, in *CEDCass.*, m. 209337. In senso conforme, Cass. 13.12.2006, Esposito, in *CEDCass.*, m. 209337; Cass. 5.2.2008, Casadei, in *CEDCass.*, m. 239738.

³⁸ Cass. 20.4.1994, Mazzaracco, in *CEDCass.*, m. 198153; Cass. 8.1.1997, Zotka, in *CEDCass.*, m. 206791; Cass., 14.11.2012, n. 6962, Memoli, in *CEDCass.*, m. 254396.

³⁹ Ministero di Grazia e Giustizia, *Relazione al progetto definitivo del codice di procedura penale*, in GU n.250 del 24.10.1988 - Suppl. Ordinario n. 93, 177. *Contra M. Ceresa-Gastaldo, Le dichiarazioni spontanee dell'indagato alla polizia giudiziaria*, Torino 2011, 124, secondo il quale «non rappresenta un elemento (necessario e) caratteristico dell'attività di cui all'art. 350, comma 5 c.p.p. l'instaurazione di un rapporto dialettico con l'indagato».

necessario proseguire la riflessione per valutare se la modifica apportata dalla novella sia effettivamente sufficiente. Si tratta del secondo aspetto critico preannunciato.

La direttiva, infatti, non si limita a prevedere le ipotesi eccezionali derogatorie, ma impone che queste rispondano a condizioni generali, quali il fatto che le deroghe siano proporzionate, non vadano oltre quanto è necessario, siano rigorosamente limitate nel tempo, non si basino esclusivamente sul tipo o sulla gravità del reato contestato e non pregiudichino l'equità complessiva del procedimento.

Inoltre, tali deroghe «possono essere autorizzate solo mediante una decisione debitamente motivata, adottata caso per caso da un'autorità giudiziaria o da un'altra autorità competente a condizione che la decisione possa essere sottoposta a controllo giurisdizionale» (art. 8 par. 3 direttiva 2013/48/UE). La relativa decisione deve essere verbalizzata conformemente al diritto dello Stato membro interessato (art. 8 par. 2 direttiva 2013/48/UE).

È proprio la proceduralizzazione delle deroghe che suscita dubbi sulla sufficienza dell'intervento riformatore. Manca almeno la decisione motivata e verbalizzata dell'autorità giudiziaria, che – senza dubbio – il considerando n. 38 specifica essere un “giudice”⁴⁰.

Non pare soccorrere il fatto che le notizie e le informazioni non siano utilizzabili: si tratta di due piani differenti.

Come si potrebbe costruire, dunque, *de iure condendo*, il completamento della disciplina, atteso che la previsione si colloca in contesti che, generalmente, esigono la massima celerità e che il dettato codicistico non lascia spazio per un'interpretazione conforme⁴¹?

Dando per presupposta l'urgenza, si potrebbe prendere ispirazione dalle previsioni codicistiche in materia di prelievo coattivo in caso di omicidio e lesioni stradali, *ex art. 359-bis co. 3-bis Cpp*, consentendo alla p.g. di assumere informazioni ai sensi dell'art.

⁴⁰ Considerando n. 38: «Gli Stati membri dovrebbero definire chiaramente nel diritto nazionale i motivi e i criteri per qualsiasi deroga temporanea ai diritti conferiti dalla presente direttiva e dovrebbero fare un uso limitato di tali deroghe. Qualsiasi deroga temporanea dovrebbe essere proporzionata, rigorosamente limitata nel tempo, non essere basata esclusivamente sul tipo o sulla gravità del reato contestato e non dovrebbe pregiudicare l'equità complessiva del procedimento. Gli Stati membri dovrebbero assicurare che, in caso di autorizzazione di una deroga temporanea ai sensi della presente direttiva da parte di un'autorità giudiziaria che non sia un giudice la decisione di autorizzazione della deroga temporanea possa essere valutata da un giudice, almeno durante la fase processuale».

⁴¹ In relazione al differimento del colloquio con il difensore, F. Morelli, *op. cit.*, 22.

350 co. 5 Cpp in assenza del difensore, anche dalla persona arrestata o fermata, solo dopo che il p.m., pure oralmente, abbia vagliato i presupposti in concreto, per poi procedere alla conferma con decreto scritto e alla richiesta di convalida rivolta al giudice per le indagini preliminari.

Accogliendo questa proposta, rimane il dubbio sul “divieto di verbalizzazione”, attesa la previsione della direttiva. La questione sembra risolvibile, costruendo la motivazione dei provvedimenti del pubblico ministero e del giudice sulla base dei presupposti per il compimento dell’atto, senza verbalizzare il contenuto delle dichiarazioni. Certo è che, in questo caso, la polizia giudiziaria dovrebbe verbalizzare (o forse annotare nella relazione di servizio⁴²), per attestare il rispetto della procedura, gli stessi elementi e il ricevuto nulla osta da parte del pubblico ministero.

Delle dichiarazioni o, meglio, del contesto in cui queste sono state rese, rimarrebbe traccia, ma solo in nome della maggior tutela del diritto di avvalersi di un difensore e della possibilità di compiere una valutazione successiva circa la sussistenza dei presupposti per poter procedere legittimamente alla loro assunzione.

Quasi in un moto circolare, si torna al problema dell’inutilizzabilità degli eventuali atti di indagine successivi, resi possibili dalle notizie e informazioni raccolte in assenza di detti presupposti. Su tale questione torneremo fra poco.

Dunque, per quanto attiene al perimetro di operatività dell’ipotesi eccezionale, qualcosa è cambiato: esso risulta ridotto, e in parte meglio definito, rispetto alla disposizione previgente.

La necessità di evitare un imminente pericolo per la libertà, l’integrità fisica o la vita di una persona, rientrava sicuramente nel fine del testo modificato, ma ne poteva costituire solo un sottoinsieme.

L’ipotesi dell’utilità per l’immediata prosecuzione delle indagini era più ampia – forse, dall’altro lato, più rispondente allo strumento nelle mani della polizia giudiziaria, qualora lo si consideri “agile e duttile” – se comparata con la “necessità di compiere attività indispensabili al fine di evitare una grave compromissione delle indagini”. Qui i fattori rilevanti sono l’indispensabilità non più per proseguire quelle indagini appena iniziate, ma per impedire che vengano non solo pregiudicate, ma anche in modo grave. La prospettiva è differente⁴³.

⁴² Già con riguardo al testo originario, L. D’Ambrosio-P.L. Vigna, *La pratica di polizia giudiziaria*, Padova 1988, 238, sostenevano che si potesse procedere all’annotazione delle informazioni.

⁴³ F. Morelli, *op. cit.*, 22, riflettendo su analoga questione riferita al differimento del colloquio con il difensore,

Lo spazio per l'assunzione di dette informazioni e indicazioni è ridotto, almeno formalmente, e così anche quello dei successivi atti di indagine propiziati.

Certo, nell'opera di salvataggio dell'art. 350 co. 5 Cpp – nell'intento di mantenere il potere «insidioso e discutibile»⁴⁴ attribuito alla polizia giudiziaria di “interrogare” anche la persona arrestata o fermata e, per giunta, senza il difensore – forse il legislatore avrebbe potuto essere un poco più coraggioso, risolvendo, anche a livello testuale, il dubbio sui presupposti spazio-temporali, rimpiazzando la disgiuntiva “o” con la congiunzione copulativa “e”. In alternativa, a seconda della posizione che si intende prediligere, poteva far prevalere l'elemento temporale e sostituire la locuzione oggi prevista con quella, ad esempio, suggerita da autorevole dottrina e già ricordata – «a fatto flagrante, ivi o altrove»⁴⁵ – in modo da circoscriverne ancor di più la momentaneità.

Per concludere la trattazione del tema specifico, occorre tornare al problema cui si è fatto cenno sopra. Oltre alla restrizione dell'area per procedere legittimamente all'assunzione di informazioni dall'indagato, eventualmente *in vinculis*, e per di più senza la presenza del difensore, a formulazione mutata, è possibile – ed eventualmente utile – invocare una sanzione per gli atti di indagine compiuti successivamente a tale assunzione, per i quali siano state determinanti, anche solo in via di fatto, dette informazioni, qualora si dovesse verificare che queste si collocano al di fuori dei confini ridefiniti dal legislatore?⁴⁶

parla di un «intervento immediato che sembrerebbe coincidere con la necessità di compiere un atto di indagine, rischiandone il dissolvimento dell'effetto sorpresa».

⁴⁴ M. Nobile, *op. cit.*, 80.

⁴⁵ F. Cordero, *op. cit.*, 399.

⁴⁶ Si rammenti che la direttiva è ispirata alla giurisprudenza della Corte eur. e, in particolare, alla decisione della Corte eur. GC 27.11.2008, *Salduz c. Turchia*. V. S. Quattrocolo, *Interventi minimi*, cit., 2. Tuttavia, il riferimento alla valutazione delle prove e alla loro inutilizzabilità, nel caso in cui queste siano state raccolte in violazione dei diritti sanciti dalla direttiva, non è stato inserito nella parte operativa della direttiva stessa. Il riferimento si trova nel considerando n. 50, secondo il cui dettato gli «Stati membri dovrebbero garantire che nella valutazione delle dichiarazioni rese da indagati o imputati o delle prove raccolte in violazione del loro diritto ad avvalersi di un difensore o in casi in cui è stata autorizzata una deroga a tale diritto conformemente alla presente direttiva siano rispettati i diritti della difesa e l'equità del procedimento. In tale contesto è opportuno tener conto della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha stabilito che i diritti della difesa saranno irrimediabilmente pregiudicati quando dichiarazioni incriminanti rese durante un interrogatorio di polizia senza la possibilità di avvalersi di un difensore sono usate ai fini di una condanna». Alcuni commentatori hanno messo in luce come questo possa essere considerato un «rinvio “mobile”», con tutto quello che può conseguire nel caso di «mutamenti di indirizzo da parte dei giudici di Strasburgo». V. A. Cabiale, *I rimedi nelle direttive di Stoccolma: poche parole e molti silenzi*, in *RIDPP* 2018, 2156 s. A tal proposito l'A. richiama la sentenza Corte eur. GC 13.9.16, *Ibrahim e altri c. Regno Unito*. Un ulteriore allontanamento dal principio elaborato nel caso *Salduz* si

Il tema, vista la sua imponenza, può essere solo sfiorato in questa sede. Ci si limita, dunque, ad elencare diverse opzioni, a seconda della posizione interpretativa prescelta.

Se si ricorre, per affrontarlo, all'inutilizzabilità derivata, gli scenari sono molteplici. La risposta è, ovviamente e categoricamente, negativa per chi ripudia la trasmissione dell'inutilizzabilità, invocando istituti pensati per altra forma di invalidità, quale la nullità. Anche per chi accolga soluzioni più aperte, si dovrebbe almeno distinguere fra atti occasionati da quelli inutilizzabili (una sorta di dipendenza "in via di fatto"⁴⁷) e atti dipendenti "giuridicamente" da questi. Solo nell'ultimo caso si potrebbero rinvenire margini di propagazione.

Altra via, invece, riporta alle prospettazioni di quella parte della dottrina che invoca l'onnicomprendensività dell'inutilizzabilità, sostenendo che lo spazio a essa dedicato non si limita ai provvedimenti decisorii ma si estende anche alla fase investigativa. Si conclude, nelle ipotesi di inutilizzabilità, per la non necessarietà di «un esplicito divieto d'uso investigativo», perché «il deterioramento della funzione conoscitiva, cui è sottoposta la prova invalida, è tanto profondo, che essa non è più nemmeno capace di fornire informazioni atte al reperimento di elementi ulteriori»⁴⁸. Ricorrendo a questa elaborazione, considerato che l'assetto non sembra radicalmente cambiato con la nuova formulazione, ma solo mutato nei confini – in precedenza, il legislatore, secondo la teoria richiamata, aveva esplicitato l'eccezione rispetto alla regola nel comma 5 dell'art. 350 Cpp, facendo salvo «un limitato uso investigativo»⁴⁹, più ampio di quello attuale – e ipotizzando la proceduralizzazione di cui sopra, si potrebbe sostenere che l'eccezione all'inutilizzabilità "onnicomprendensiva", appunto, sia consentita solo quando sussistono i presupposti di cui alla disposizione riformata. Al di fuori di quei confini, le dichiarazioni e le informazioni assunte ritornano a essere "assolutamente inutilizzabili" anche a fini investigativi, con tutte le conseguenze prospettate⁵⁰. Certo, nel pensare di accogliere questa teoria, condivisibile per molti

ritrova in Corte eur. GC 9.11.2018, *Beuze c. Belgio*. Per un commento a quest'ultima decisione, v. P. Maggio, *La restrizione al diritto di accesso al difensore costituisce violazione dell'art. 6 CEDU solo quando compromette la "globale equità del processo"*, in CP 2019, 1271 ss.

⁴⁷ Il riferimento è a G. Illuminati, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, in RIDPP 2010, 534, dove l'A. scrive che si tratta dell'ipotesi in cui «il rapporto di dipendenza fra le prove venga considerato esclusivamente occasionale, e quindi di tipo psicologico».

⁴⁸ A. Cabiale, *op. cit.*, 126.

⁴⁹ A. Cabiale, *ibidem*. L'art. 350, commi 5 e 6 viene utilizzato dall'A. a sostegno della teoria. In precedenza, si veda N. Galantini, *op. cit.*, 86.

⁵⁰ Sul tema della propagazione dell'inutilizzabilità, fra gli ultimi contributi si vedano F.R. Dinacci,

aspetti, si deve tenere presente che la discrezionalità del giudice nella valutazione *a posteriori* è piuttosto ampia.

4. All'indomani dell'entrata in vigore del d.lgs. 184/2016, la dottrina formulava rilievi in punto di perduranti difetti (più o meno intensi) della legislazione interna rispetto ai contenuti della direttiva⁵¹.

In questa sede meritano di essere affrontati due temi: il differimento del colloquio con il difensore di cui all'art. 104 co. 3 e 4 Cpp e le modalità di ricezione delle "dichiarazioni spontanee" di cui all'art. 350 co. 7 Cpp.

La scelta è compiuta per una duplice ragione, nella consapevolezza che questi possono non essere gli unici punti ancora in sospeso per quanto attiene all'attuazione della fonte europea: l'importanza di detti temi e il fatto che si trovi traccia in seno alla contestazione mossa dalla Commissione europea, con la lettera di costituzione in mora del luglio 2023, anche della conformità di quelle disposizioni alle prescrizioni della direttiva 2013/48/UE⁵².

Sono argomenti complessi, oggetto di ampia trattazione e dibattito. Qui si intende affrontarli per quanto basti a illustrare la rilevanza per l'attuazione della direttiva stessa.

Il primo è annoso⁵³. Le critiche alla disciplina codicistica, così come interpretata dalla giurisprudenza, sono in parte condivisibili.

L'inutilizzabilità e il male captum bene retentum: vecchie superstizioni e nuove consapevolezze, in www.archiviopenale.it 2/2023, 1 ss.; P. Felicioni, La Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo tracciano le coordinate della riflessione sulla inutilizzabilità derivata, in *PPG* 2023, 1042 ss.; N. Galantini, *Alla ricerca dell'inutilizzabilità derivata*, in *Sist. pen.* 24.3.2021.

⁵¹ F. Morelli, *op. cit.*, 4 ss.; S. Quattrocolo, *Interventi minimi*, cit., 6 ss. F. Morelli, *op. cit.*, 12 ss. Si vedano anche le osservazioni in vista dell'attuazione, precedenti alla predisposizione del testo del decreto legislativo, di M. Bontempelli, *op. cit.*, 82 ss.

⁵² Servizio Studi del Senato della Repubblica e della Camera dei Deputati, XIX legislatura, Dossier n. 351/2 esplicativo del D.L. 131/2024-A.S. 1287, reperibile in www.senato.it, 40, nt. 8. Durante la predisposizione del testo del decreto legislativo di attuazione della direttiva era stata specificamente affrontata solo la questione relativa al differimento del colloquio e non anche quella inherente alle dichiarazioni spontanee ex art. 350 co. 7 Cpp. In quella sede era stato escluso che la disciplina di detto differimento presentasse aspetti di frizione con la direttiva, così come era stato scritto anche per l'ipotesi di cui all'art. 350 co. 5 Cpp. Cfr. Relazione illustrativa del disegno di decreto legislativo (A.G. n. 317), cit.

⁵³ Per un confronto fra la disciplina introdotta dal nuovo codice di procedura penale, all'interno del quale viene sancito un diritto «assoluto, disponibile e incondizionato», come lo descrive R. Kostoris, *L'isolamento del detenuto in custodia cautelare tra sistema penitenziario e nuovo processo penale*, in *RIDPP* 1990, 1391, e la disciplina previgente, si veda, per tutti, V. Grevi, *Libertà personale e costituzione*, Milano 1976, 292 ss. Recentemente, D. Certosino, *I colloqui difensivi dal codice Rocco alla riforma dell'ordinamento penitenziario*, in

Non vi è dubbio che la disposizione eccezionale⁵⁴ sia in qualche modo “ipocrita” rispetto a quella contenuta nel primo comma dell’art. 104 Cpp, là dove il diritto di conferire con il proprio difensore per l’indagato e l’imputato *in vinculis* è sancito come assoluto⁵⁵; che si ripercuota gravemente sull’effettività del diritto di difesa⁵⁶; che la deroga porti con sé dubbi di incostituzionalità⁵⁷ e che, nell’interpretazione “esagerata” della giurisprudenza di legittimità⁵⁸, presenti anche stridori con la Convenzione europea dei diritti dell’uomo, così come interpretata dai giudici di Strasburgo⁵⁹.

Ciò che qui preme domandarsi, in modo circoscritto, è se la previsione abbia profili di incompatibilità con il contenuto della direttiva 2013/48/UE e se, nell’ipotesi

⁵⁴ PPG 2019, 1510 ss. Secondo G. Frigo, *sub art. 104*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da E. Amodio-O. Dominion, Milano 1989, 676, l’aver riconosciuto un vero e proprio diritto soggettivo al colloquio, senza più necessità di provvedimento autorizzativo, rappresenta una «conquista di civiltà». Per un’analisi del diritto al colloquio e del suo differimento, con riguardo a tutti gli aspetti procedurali rilevanti oltre che alle questioni critiche affrontate in passato, si veda P. Ventura, *Il colloquio dell’imputato detenuto con il difensore*, in *DPP* 2022, 116 ss., nonché Id., *Il diritto dell’imputato detenuto al colloquio col difensore*, in *Annali di Archivio Penale. Ricordando Giovanni Conso*, a cura di A. Gaito-G.P. Voena, 2024, 329 ss.

⁵⁵ Sul rapporto regola ed eccezione, L. Giuliani, *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*, Padova 2012, 152.

⁵⁶ M. Nobili, *op. cit.*, 78, dove l’A. ricorda che la deroga in questione è stata «da qualcuno definita come “rinnegante”».

⁵⁷ V. Bonini, *Effettività del diritto di difesa e disciplina dei rapporti tra difensore ed assistito in vinculis*, in Aa. Vv, *Il giusto processo. Atti del convegno presso l’Università di Salerno (11-13 ottobre 1996)*, Milano 1998, 183. Secondo M. Chiavario, *La riforma del processo penale*, Torino 1990, 104, solo il colloquio precoce con l’assistito *in vinculis* consente al difensore di esercitare pienamente il suo ministero grazie alla «pienezza e tempestività di cognizioni sul procedimento in corso».

⁵⁸ D. Certosino, *op. cit.*, 1523; A.A. Dalia-D. Cimadomo, *Difensore (diritto processuale penale)*, in *Enc. Dir.*, Agg. III, Milano 1999, 508 s.; O. Mazza, *L’interrogatorio e l’esame dell’imputato nel suo procedimento*, Milano 2004, 89; L. Marafioti, *Scelte autodifensive dell’indagato e alternative al silenzio*, Torino 2000, 154 che oltre all’incostituzionalità dell’eccezione la reputa «poco in linea con la scelta di “civiltà” che il legislatore aveva enunciato tramite la clausola generale del diritto al colloquio»; G. Varraso, *Interrogatorio in vinculis dell’imputato: tra istanze di difesa, esigenze di garanzia, ragioni di accertamento*, in *RIDPP* 1999. *Contra*, Cass. 12.10.1994 n. 4479, in *CEDCass*, m. 200224. In senso conforme, Cass. 1.3.2006 n. 15113, in *CedCass*, m. 233971.

⁵⁹ E. Marzaduri, *Giusto processo e misure cautelari*, in *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto di difesa*, a cura di R. Kostoris, Torino 2002, 263. Riprendono la questione, aderendo a tale prospettazione, L. Giuliani, *op. cit.*, 152 e, successivamente, R. Adorno, *Diritto al difensore dell’imputato in vinculis e procedimento cautelare*, in *Nuovi orizzonti del diritto alla difesa tecnica*, *cit.*, 141.

⁵⁹ Per quanto la giurisprudenza alsaziana non escluda in assoluto la compatibilità del differimento con il dettato dell’art. 6 Cedu, i giudici di Strasburgo riflettono, anche se con riguardo a un diverso contesto ordinamentale rispetto al nostro e riferendosi al “police questioning”, sulla durata di tale differimento oltre le 24 ore dall’inizio della limitazione della libertà personale, prospettando possibili attriti con l’art. 6 Cedu. V. Corte eur. 6.6.2000, *Averill c. Regno Unito*, § 57 ss. Sulla questione e sullo specifico caso O. Mazza, *op. cit.*, 90. Analogamente, Corte eur. 6.6.2000, *Magee c. Regno Unito*. Sul tema della compatibilità del differimento con la Cedu, v., in modo generale, M. Simonato, *Il differimento del colloquio tra indagato in vinculis e difensore, tra orientamenti consolidati e interpretazione convenzionalmente orientata*, in *GM* 2011, 1079. Il contrasto con la Cedu viene escluso dalla giurisprudenza di legittimità. A proposito, v. Cass. 12.10.1994 n. 4479, *cit.*

“minima”, quella che non invoca l’abrogazione della disposizione in questione⁶⁰, sia possibile modificarla per eliminarli, anche nell’ottica della coerenza con gli ultimi interventi del decreto-legge 134/2014. Il punto è stato affrontato dai commentatori sia dopo l’entrata in vigore del d.lgs. 184/2016⁶¹ sia dopo le modifiche apportate al comma 3 dell’art. 104 Cpp dalla c.d. “Riforma Orlando” (art. 1 comma 25, l. 23.6.2017 n. 103) che ha circoscritto l’ambito di operatività del differimento ai procedimenti per i soli delitti di cui agli articoli 51, commi 3-bis e 3-quater Cpp⁶².

All’indomani della “riforma Orlando”, erano state messe in luce le aporie della modifica apportata. Da un lato, perché questa avrebbe impedito di ricorrere allo strumento limitativo del diritto solo in quei frangenti criminosi⁶³. Dall’altro, per sottolineare come proprio i reati più gravi – per i quali è consentito il differimento – richiedano un massimo livello di garanzie e la piena attuazione di quelle formalmente riconosciute⁶⁴. Inoltre, con riguardo, in modo specifico, al rapporto con la direttiva in questione, era stato paventato il rischio, non concretizzato fino ad ora, ma sempre attuale, che la delimitazione della deroga per mezzo del riferimento a determinati reati, potesse condurre la giurisprudenza a giustificare il ricorso con il solo riferimento a quelle fattispecie criminose⁶⁵, il che è esplicitamente vietato dall’art. 8

⁶⁰ Questa la posizione espressa in più occasioni dall’Avvocatura. Sulla stessa, a proposito della “Riforma Orlando”, v. D. Vispo, *I colloqui del difensore con l’imputato in vinculis: tra esigenze investigative ed effettività del diritto di difesa*, in www.lalegislazionepenale.eu 3.1.2018, 4. Per G. Spangher, *I colloqui con l’indagato in vinculis*, in *La riforma Orlando*, a cura di G. Spangher, Pisa 2017, 103, tale posizione era giustificata dall’idea che la previsione sottendesse «un atteggiamento di pregiudizio nei confronti della classe forense». Le ulteriori proposte, *de iure condendo*, riguardano la riduzione della durata del differimento, per consentire il colloquio prima dell’interrogatorio dell’indagato (ad esempio, G. Biscardi, *Un debole potenziamento del ruolo difensivo: domicilio difensore d’ufficio, differimento dei colloqui in carcere, diritti d’informazione per l’offeso da reato*, in *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, a cura di A. Scalfati, Torino 2017, 90), o almeno in limine a questo. Secondo P. Ventura, *op. cit.*, 119, «una soluzione in grado di contemperare il superiore interesse alla giustizia con le esigenze minime di difesa dell’imputato in vinculis, potrebbe essere quella di far cessare il divieto di colloquio nel momento in cui l’imputato si trova al cospetto dell’autorità giudiziaria per rendere l’interrogatorio», consentendogli «prima che l’atto abbia inizio e per il tempo strettamente necessario, di interloquire riservatamente con il proprio difensore».

⁶¹ F. Morelli, *op. cit.*, 21 ss. Per una riflessione antecedente alla predisposizione del testo del ricordato decreto, M. Bontempelli, *op. cit.*, 88 s.

⁶² Per un commento, si vedano, per tutti, T. Bene, *Le modifiche in tema di indagini preliminari (commi 25-30 L. n. 103/2017)*, in *La riforma della giustizia penale*, a cura di T. Bene-A. Marandola, Milano 2017, 89 ss.; G. Biscardi, *op. cit.*, 90 ss.; M. Gialuz, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *DPenCont* 2017, 176; G. Spangher, *op. cit.*, 103.

⁶³ M. Gialuz, *op. cit.*, 176.

⁶⁴ P. Ventura, *op. cit.*, 116.

⁶⁵ G. Spangher, *op. cit.*, 103.

par. 1 lett. c della direttiva, secondo il cui dettato «qualsiasi deroga temporanea ai sensi dell'articolo 3, paragrafi 5 o 6, o dell'articolo 5, paragrafo 3: [...] c) non si basa esclusivamente sul tipo o sulla gravità del reato contestato»⁶⁶.

Il punto di partenza: il differimento del colloquio di cui si tratta rappresenta, nel confronto con il dettato della direttiva, una possibile deroga rispetto al diritto di avvalersi di un difensore, secondo il combinato disposto dell'art. 3 par. 2 lett. c e par. 3 lett. a e b della direttiva. Come è noto, le previsioni dell'art. 104, commi 3 e 4 Cpp possono impedire, di fatto, il colloquio del soggetto privato della libertà personale con il difensore fino allo svolgimento dell'eventuale interrogatorio del pubblico ministero, in caso di misure precauzionali, o dell'interrogatorio di garanzia nell'ipotesi di applicazione della misura cautelare. Il mancato colloquio, incide, dunque, a nostro parere, anche sull'effettiva partecipazione del difensore all'interrogatorio stesso.

È necessario domandarsi se il presupposto previsto dall'art. 104 co. 3 per poter disporre il differimento – «specifiche ed eccezionali ragioni di cautela» –, sia compatibile con le deroghe, già analizzate, consentite dalla direttiva.

Anche dando per scontato, cosa non pacifica, che la specificità includa, necessariamente, la concretezza⁶⁷, i confini delle “eccezionali ragioni di cautela” sembrano, già nella dimensione testuale, più ampi⁶⁸.

Sarebbe sufficiente questo per affermare la fuoriuscita dal perimetro delle eccezioni tracciato dalla direttiva. Senza contare che la giurisprudenza, nell'esegesi del presupposto, va ben al di là dell'ipotesi della collusione del difensore⁶⁹ per considerare legittimo il differimento, valutando come sufficiente l'esigenza di evitare che durante il colloquio l'avvocato concerti con il proprio assistito una linea per la molteplicità dei reati contestati o rispetto agli altri eventuali coindagati⁷⁰, dimenticando la valenza

⁶⁶ M. Gialuz, *op. cit.*, 176. L'argomento è ripreso da D. Vispo, *op. cit.*, 6.

⁶⁷ La concretezza è richiesta dall'art. 3 par. 6 della Direttiva («alla luce delle circostanze particolari del caso»). Secondo R. Adorno, *op. cit.*, 141, la specificità impone «ancoraggio ai dati storici del caso concreto». Del fatto che la specificità implichi la concretezza dubita M. Gialuz, *op. cit.*, 176.

⁶⁸ In questo senso F. Morelli, *op. cit.*, 21. Aveva espresso apprezzamento per tale formulazione Cristiani, sub art. 104, 479. Critico, invece, F. Giunchedi, *Indagato in vinculis, colloquio differito e diritto di difesa*, in *GI* 2002, 135, secondo il quale il dettato normativo “sganciato” da presupposti oggettivi genererebbe «difficoltà della giurisprudenza di apprestare dei criteri univoci per operare il differimento del colloquio tra ristretto e difensore».

⁶⁹ La collusione del difensore pare uno dei pochi “motivi validi” che la Corte eur. accetta per le limitazioni, in generale, dei colloqui fra accusato e suo difensore. V. Corte eur. 21.11.1991, *S. c. Svizzera*. Sul punto R. Adorno, *op. cit.*, 140.

⁷⁰ *Ex multis*, Cass. 21.10.2009 n. 2941, in *CEDCass*, m. 245806. Più recentemente Cass. 8.3.2018 n. 30196, in *CEDCass*, m. 273756

difensiva dell'interrogatorio e allontanando ancor di più la previsione non solo dalla direttiva, ma anche dal dettato costituzionale e dai *dicta* dei Giudici alsaziani. Per risolvere la questione basterebbe un'interpretazione conforme, che non sembra, però, essere stata scelta senza dubbi dai giudici di legittimità, a partire dall'entrata in vigore del decreto legislativo⁷¹. Dunque, nel perdurare delle linee esegetiche menzionate, sarebbe forse opportuno ripensare il presupposto del differimento, precisandolo meglio, nell'ottica di compatibilità, in modo sintonico rispetto a quanto fatto per l'art. 350 co. 5 Cpp.⁷².

Si rammenti, inoltre, che anche se propendessimo per l'interpretazione conforme, permarrebbe la questione relativa al vaglio dei presupposti e all'adozione del provvedimento, nell'ipotesi di cui al quarto comma, là dove la decisione, e non solo la richiesta, di differire il colloquio dell'arrestato o del fermato viene affidata al pubblico ministero, fino a quando costoro non vengano messi a disposizione del giudice, in un momento che può essere successivo, come è noto, a quello in cui il pubblico ministero stesso decida di procedere al loro interrogatorio. Come è già stato messo in luce e come si è visto per l'art. 350 Cpp, non sembra che si possa far fronte alla questione del necessario intervento del giudice⁷³ in via interpretativa⁷⁴.

5. Per rispettare il sommario della trattazione, residua la riflessione sull'art. 350 co. 7 Cpp che regola le dichiarazioni spontanee rese dall'indagato alla polizia giudiziaria, uno dei vari momenti in relazione ai quali il legislatore ha esplicitamente codificato il ricorso a questo “strumento difensivo”. È la terza delle ipotesi, assai diverse, riunite sotto la rubrica “sommarie informazioni dalla persona nei cui confronti vengono svolte le indagini”⁷⁵.

⁷¹ Si veda, ancora, Cass. 8.3.2018 n. 30196, cit.

⁷² Definisce l'approccio della Direttiva 2013/48/UE più “cauto” rispetto a quello del legislatore nostrano, Morelli, *op. cit.*, 23.

⁷³ V. *supra*, § 3.

⁷⁴ Così F. Morelli, *op. cit.*, 22.

⁷⁵ Sul tema, nella vasta letteratura, per tutti, si veda il lavoro monografico di M. Ceresa-Gastaldo, *op. cit.*, *passim*. Si vedano anche E.M. Catalano, *Riflessione breve sul regime di utilizzabilità delle dichiarazioni spontanee*, in CP 1996, 1231 ss.; M. Ceresa-Gastaldo, *Sulla non utilizzabilità (neppure) per le contestazioni dibattimentali delle “dichiarazioni spontanee” ex art. 350, comma 7, c.p.p. rese senza l’assistenza del difensore*, in CP 2000, 1700 ss.; P. Ferrua, *Dichiarazioni spontanee dell’indiziato, nullità dell’interrogatorio di polizia ed invalidità derivata*, ivi 1984, 1981 ss.; S. Lorusso, *Considerazioni in tema di utilizzabilità delle dichiarazioni spontanee rese dalla persona sottoposta alle indagini e non verbalizzate*, ivi 1994, 1886 ss. Da ultimo, E.F. Aceto, *Il regime di utilizzabilità delle dichiarazioni spontanee a contenuto auto-incriminante rese alla polizia giudiziaria: il rischio di una pericolosa*

Le dichiarazioni spontanee rese agli ufficiali di polizia giudiziaria sono un tema ampiamente affrontato dalla dottrina, la quale ha assunto posizioni dissonanti, se non agli antipodi, per quanto attiene alla loro «marcata autonomia [...] rispetto alle altre ipotesi di approccio tra la polizia giudiziaria e l’indagato» e, conseguentemente, al loro statuto (per garanzie e utilizzabilità) di fronte ad un disposto normativo “laconico”⁷⁶, anche dopo l’intervento della Corte costituzionale, con la sentenza n. 259/1991⁷⁷.

Dalla sua parte, la giurisprudenza di legittimità ha spesso scelto la linea ermeneutica meno garantista, affermando, in sintesi, che tali dichiarazioni non debbono essere precedute dagli avvisi di cui all’art. 64 Cpp e, conseguentemente, non sono coperte dal regime di inutilizzabilità prescritto da quella disposizione⁷⁸; non richiedono l’applicazione dell’art. 63 Cpp⁷⁹; sono pienamente utilizzabili nei procedimenti speciali⁸⁰, talvolta asserendo ciò anche qualora le dichiarazioni non siano documentate in un verbale sottoscritto dal dichiarante, ma solo nella relazione di servizio redatta dall’ufficiale di p.g. ricevente, sempre che possa poi esserne valutata la piena “spontaneità”⁸¹. Ancora, la Cassazione ha chiarito come non sia necessaria la presenza

violazione dei diritti dell’indagato, in AP Web 3/2020, 2 ss; V. Bosco, *op. cit.*, 1 ss.; K. La Regina, *Le dichiarazioni spontanee nella sequenza procedimentale*, in www.legislazionepenale.eu, 19.12.2022, 1 ss.

⁷⁶ M. Ceresa-Gastaldo, *Le dichiarazioni spontanee*, 108. Per la diversa posizione, che legge l’art. 350 co. 7 Cpp quale deroga alla disciplina dettata dai primi quattro commi della medesima norma, G. Garuti, *La nuova fisionomia dell’udienza preliminare*, in *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, a cura di F. Peroni, Padova 2000, 380; A. Scaglione, *op. cit.*, 91. Critica, recentemente, K. La Regina, *op. cit.*, 2, che parla di «approccio discutibile» e, più avanti (5) della complicità, per determinarlo, di «una previsione normativa evanescente». Secondo P. Tonini, *Manuale di procedura penale*⁷³, Milano 2012, 403, l’assenza di garanzie sarebbe giustificata dal fatto che le dichiarazioni di cui si tratta sono «espressione del generale diritto a discolalarsi» e che il legislatore non lo abbia voluto limitare in alcun modo. Sottolinea come l’approccio che tende a «spazzare via qualunque garanzia» è simile a quello adottato sotto la vigenza del codice abrogato, V. Bosco, *op. cit.*, 3, nt. 8. In precedenza, per un’osservazione analoga E.M. Catalano, *op. cit.*, 1232.

⁷⁷ Corte cost., sent. 12.6.1991, n. 259.

⁷⁸ Recentemente, Cass. 31.5.2022 n. 22962, in *CEDCass*, m. 283409. Nella medesima sentenza, richiamando approdi precedenti, la Corte specifica che le dichiarazioni sono utilizzabili in fase procedimentale anche quando non siano stati dati gli avvisi di cui all’art. 64 Cpp e altresì qualora esse siano contenute in un’annotazione di polizia e non siano state sottoscritte dal dichiarante. *Contra*, per quanto attiene al tipo di documentazione, Cass. 3.5.2022 n. 37676, in *CEDCass*, m. 283740, dove si sostiene che l’utilizzabilità dipende dall’inserimento delle dichiarazioni in un atto sottoscritto dal dichiarante. In senso conforme, Cass. 9.9.2021 n. 37316, in *CEDCass*, m. 281909.

⁷⁹ Da ultimo, Cass. 11.10.2023 n. 45183, in *CEDCass*, m. 285503.

⁸⁰ *Ex multis*, fra le sentenze più recenti, Cass. 28.6.2023 n. 41705, in *CEDCass*, m. 285110. Nella motivazione, peraltro, la Corte di cassazione torna sul tema della “spontaneità”, riferendola all’assenza di sollecitazione o induzione da parte della polizia giudiziaria e non alla volontarietà delle stesse.

⁸¹ Cass. 27.10.2020 n. 2124, in *CEDCass*, m. 280242, ove si ribadisce l’utilizzabilità anche qualora non siano stati letti gli avvisi di cui agli artt. 63 e 64 Cpp. La spontaneità non dovrebbe essere un «comodo expediente» per aggirare la disciplina prevista dall’art. 350, commi 1-4 Cpp. Così, prima dell’entrata in vigore del nuovo codice di

del difensore nel momento in cui le dichiarazioni vengono rilasciate, richiesta solo per quelle sollecitate ai sensi dei commi 1-4⁸². Un tanto, oltre a sollevare forti preoccupazioni per la tutela delle garanzie nel contesto della sistematica interna, conduce, per l'argomento che ci occupa, a formulare alcuni interrogativi: 1) le dichiarazioni in questione rientrano o meno nell'ambito di applicazione della direttiva? 2) se sì, la disciplina interna è sufficiente per considerare attuate, anche in questo frangente, le sue prescrizioni?

La risposta al primo quesito sembrerebbe, *prima facie*, negativa. Le dichiarazioni spontanee non sono riconducibili al c.d. “questioning” che delimita l'ambito di operatività del diritto alla presenza effettiva del difensore, proprio perché non dovrebbero essere frutto della sollecitazione da parte della polizia giudiziaria, attraverso la proposizione di domande. Questo potrebbe essere stato l'argomento utilizzato per rispondere alle contestazioni della Commissione europea contenute nella lettera di messa in mora, senza intervenire sul dettato dell'art. 350 co. 7 Cpp.

In realtà, il contesto in cui le dichiarazioni vengono rese si presta, naturalmente, a pressioni, forzature e condizionamenti. Ciò che viene verbalizzato o annotato come “ricevuto”, non “assunto” (la differenza semantica fra le ipotesi di cui al primo e quinto comma e quella in questione) e caratterizzato da spontaneità, può, invece, essere frutto di sollecitazioni e proposizione di domande. Attese le posizioni ermeneutiche della giurisprudenza di legittimità sopra ricordate, le dichiarazioni rilasciate all'ufficiale di polizia giudiziaria sono spesso non spontanee, considerata la maniera costante in cui si nega l'operatività dell'art. 64 Cpp. All'aggettivo qualificativo va, infatti, attribuito il significato di “consapevoli e volontarie”⁸³.

Dunque, poiché l'accertamento della spontaneità, che regge il regime predisposto dall'art. 350 co. 7 Cpp⁸⁴, deve essere svolto *a posteriori* dal giudice, senza che ci si possa

rito, P. Ferrua, *Dichiarazioni spontanee dell'indiziato, nullità dell'interrogatorio di polizia ed invalidità derivata*, in CP 1984, 1982.

⁸² Cass. 30.4.2020 n. 15798, in CEDCass, m. 279422; Cass. 8.1.2020 n. 9354, in CEDCass, m. 277639, ancor più significativa perché relativa ad un caso in cui il soggetto che aveva rilasciato le dichiarazioni si era poi rifiutato di sottoscriverle.

⁸³ Secondo M. Ceresa-Gastaldo, *Le dichiarazioni spontanee*, 120, il significato da attribuire al termine “spontanee” è legato «alla categoria della “volontarietà” dell’azione, a sua volta ricomprensidente quella, analoga ma non sovrapponibile, dei comportamenti che, oltre ad essere riconducibili alla volontà del soggetto, sono espressione della (libera, autonoma) iniziativa di (n.d.R.) chi lo pone in essere, ossia della mancanza di condizionamenti o sollecitazioni all’agire o al dire»

⁸⁴ Già V. Grevi, *Le sommarie informazioni di polizia e la difesa dell'indiziato*, Milano 1980, 66, denunciava la «difficoltà» e la «delicatezza di un serio accertamento circa la natura “spontanea” delle dichiarazioni».

affidare incondizionatamente alle statuzioni della polizia giudiziaria, la risposta sopra proposta deve essere rimeditata, poiché, lo si ribadisce, la dichiarazione qualificata come “spontanea”, può, in realtà, essere tutt’altro⁸⁵.

Di fronte a questa conclusione si reputa la legislazione interna adeguata rispetto alle previsioni della direttiva o andrebbe modificata?

Le disposizioni codistiche possono essere viste, addirittura, come più garantiste rispetto alle richieste euro-unitarie, se si condivide l’approccio di quegli interpreti che reputano applicabili tutte le garanzie elencate dal primo comma dell’art. 350 Cpp anche all’ipotesi in questione⁸⁶. Fra queste, la presenza necessaria del difensore. Essa risolverebbe, a monte, il problema dell’accertamento, operato a valle, della spontaneità delle dichiarazioni⁸⁷. Inoltre, si riconoscerebbe anche l’operatività dell’art. 64 Cpp e, dunque, dell’avviso relativo al diritto al silenzio. Questo porrebbe al riparo da pericoli di contrasto con il disposto dell’art. 3 par. 1 lett. e della direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2012 sul diritto all’informazione nei procedimenti penali.

Certo è che, guardando al rapporto fra il diritto interno e il diritto dell’Unione, l’esegesi sistematica dell’art. 350 co. 7 Cpp nei termini descritti, così come quella prevalente relativa all’art. 350 co. 5 Cpp, con specifico riguardo agli avvisi di cui all’art. 64, compreso quello avente ad oggetto il diritto al silenzio, è assai lontana da un’interpretazione conforme⁸⁸. Un tanto porta a dubitare dell’effettività della disciplina interna e, dunque, a reputare necessario un intervento chiarificatore, per lo meno per quanto attiene all’operatività delle garanzie sancite al primo comma dell’art. 350 Cpp.

Questa posizione critica sembra essere stata parzialmente condivisa in seno ad una nuova procedura di infrazione, avviata di recente (procedura n. 2025/2066). Nella

⁸⁵ Propende, senza riserva, per un contrasto con la direttiva 2013/48/UE, alla luce della giurisprudenza dominante. K. La Regina, *op. cit.*, 5.

⁸⁶ M. Ceresa-Gastaldo, *Le dichiarazioni spontanee*, 115 s.

⁸⁷ M. Ceresa-Gastaldo, *Le dichiarazioni spontanee*, 110 ss. Concorda con questa “tesi minoritaria”, O. Mazza, *op. cit.*, 261. Secondo V. Bosco, *op. cit.*, 11, se il soggetto rilascia dichiarazioni senza le garanzie di cui all’art. 64 Cpp le stesse saranno assolutamente inutilizzabili ex art. 63 Cpp che sancisce un principio avente «carattere assoluto e generale» e che vale «anche con riferimento alle dichiarazioni di cui all’art. 350 Cpp».

⁸⁸ Per l’art. 350 co. 5, Cass. 5.10.2012 n. 42373, in *ANPP* 2012, 192. Analogamente, per le dichiarazioni spontanee rese sul luogo o nell’immediatezza del fatto, Cass. 25.2.2011 n. 15018, in *CEDCass*, m. 250228. Sul rilievo dell’interpretazione delle disposizioni interne per poter escludere o meno un’infrazione, R. Adam-A. Tizzano, *op. cit.*, 317. In giurisprudenza, Corte giust. 9.12.2003 C-129/00, *Commissione c. Italia*.

lettera di messa in mora, la Commissione europea contesta all’Italia la mancata corretta trasposizione non della direttiva sul diritto all’informazione, ma di quella sulla presunzione di innocenza, per quanto attiene alle previsioni relative al «right to silence and not to incriminate oneself, whenever investigating authorities gather information at the scene or immediately after the offence and whenever the suspect gives spontaneous statements»⁸⁹. Dunque, i temi critici sono quelli trattati, ma il difetto della legislazione interna viene ravvisato con riguardo al diritto al silenzio e al *privilege against self-incrimination*, senza, almeno per ora, contestare anche il divario rispetto al diritto all’informazione che, a nostro parere, costituisce un passaggio necessario. Ciò anche perché l’ampliamento sull’informazione del diritto al silenzio con riguardo a tutte le situazioni in presenza delle quali l’indagato si trovi nella condizione di interagire con la polizia giudiziaria e di rilasciare “dichiarazioni” (sollecitate o meno) che possano avere risvolti, diretti o indiretti, contro lo stesso, consentirebbe di affrontare, almeno in parte, con maggiore consapevolezza e tutela delle garanzie il tema degli spunti investigativi.

6. Cambiando scenario, il procedimento minorile costituisce l’altro ambito toccato dal decreto-legge 131/2024, spunto per le presenti riflessioni.

Come rammentato, di fronte alla direttiva 2016/800/UE, le valutazioni erano state pressoché unanimi: non era necessario un intervento attuativo perché la legislazione interna era adeguata e addirittura più garantista di quanto imposto dalla fonte eurounitaria⁹⁰.

Anche in questo caso non erano mancate osservazioni più capillari che avevano messo in luce alcune “imprecisioni”⁹¹, non certo esiziali e probabilmente reputate non

⁸⁹ La lettera contiene un’ulteriore contestazione che precede le due ricordate, relativa all’adozione di misure appropriate per garantire che gli indagati e gli imputati «non siano presentati come colpevoli, in tribunale o in pubblico, attraverso il ricorso a misure di coercizione fisica» (art. 5 par. 1). Su questa contestazione si veda Giunta-Osservatorio Europa-Osservatorio Informazione Giudiziaria dell’Unione delle Camere Penali Italiane, *Presunzione di innocenza: la Commissione europea avvia una procedura d’infrazione contro l’Italia*, in www.camerepenali.it 25 giugno 2025. L’Italia e la Lituania, destinataria di contestazioni analoghe, hanno ora a disposizione un periodo di due mesi. Una breve descrizione della procedura di infrazione è consultabile all’indirizzo https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/inf_23_2707.

⁹⁰ Si veda, però, S. Buzzelli, *op. cit.*, 4, dove si precisa: «L’Italia, in linea teorica, sembra offrire garanzie financo maggiori rispetto a quelle contemplate dalla direttiva europea tanto che il nostro ordinamento parrebbe già allineato; la realtà quotidiana disegna, invece, un quadro disomogeneo, nel quale abbondano contraddittorietà e carenze».

⁹¹ L. Camaldo, *Garanzie europee per i minori autori di reato*, cit., 4572 ss.; *The Italian Implementation of the EU*

tali da giustificare una procedura di infrazione, che, però, a quattro anni dal termine imposto per l'adeguamento degli ordinamenti nazionali, è stata avviata.

Le modifiche riguardano sia il d.P.R. 448/1988 sia il più recente d.lgs. 121/2018. Possono essere illustrate, senza pretesa di dettaglio e senza rispettare, per ragioni espositive, l'ordine di introduzione da parte dell'art. 5 del decreto-legge 131/2024, seguendo i temi principali che toccano (in collegamento con le previsioni della direttiva che tendono ad attuare, ossia quelle contenute negli artt. 4, 5 e 8): il diritto alla valutazione medica, il diritto all'informazione specifica e l'assistenza al minore, integrativa e psicologica.

In realtà, al di fuori di questi tre ambiti, il legislatore modifica, *in primis*, l'art. 1 del d.P.R. 448/1988 e, più avanti nel testo dell'art. 5, in modo identico, l'art. 1 del d.lgs. 121/2018, aggiungendo una nuova parte al primo comma di entrambi, dopo l'enunciazione del principio di sussidiarietà⁹². L'addenda è la seguente: «assicurando il rispetto dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione e dall'articolo 6 del Trattato sull'Unione europea, nonché dei diritti riconosciuti dalla direttiva 2016/800/UE sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali». Si tratta di un'aggiunta sovrabbondante, operata, come chiarito nella Relazione illustrativa alla legge di conversione, per «rendere immediatamente percepibile lo stretto legame tra i principi interni e quelli desumibili dal quadro normativo sovranazionale» che nulla sembra aggiungere al rapporto fra le fonti in un sistema multilivello⁹³.

Tornando agli interventi sui temi indicati e forieri di effetti innovativi, il primo è quello del diritto all'esame medico (art. 8 - Considerando n. 41 direttiva 2016/800/UE).

Directives on Procedural Safeguards, cit., 106 ss. Più recentemente, F. Maoli, *op. cit.*, 165 ss.; A. Zampini, *Protecting Juvenile Defendants in the Trial and From the Trial: Special safeguards in EU and Italian Regulations*, in *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny I Socjologiczny* 2023, 58 ss.

⁹² Viene anche modificato l'*incipit* del secondo comma dell'art. 1 del d.lgs. 121/2018, aggiornando il riferimento normativo per la pena e le misure di comunità la cui esecuzione «deve favorire i programmi di giustizia riparativa di cui al titolo IV del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150» rispetto a quanto previsto dall'art. 84 co. lett. a del d.lgs. 150/2022.

⁹³ XIX legislatura, Relazione illustrativa al d.d.l. A.C. 2038 Conversione in legge del decreto-legge 16 settembre 2024, n. 131, recante disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi derivanti da atti dell'Unione europea e da procedure di infrazione e pre-infrazione pendenti nei confronti dello Stato italiano, 13. Definisce la modifica «sovabbondante» A. Conti, *Il recepimento della Dir. UE 2016/800 e le modifiche alla disciplina del processo penale minorile: adeguamenti normativi e confusioni concettuali*, in *DPP* 2025, 413.

Il Governo ha previsto e disciplinato, con l'inserimento di un nuovo art. 9-bis nel d.P.R. 448/1988, successivo a quello "cardine"⁹⁴ dedicato agli accertamenti sulla personalità, la "valutazione sanitaria del minore" qualora sia privato della libertà personale. Questa si sostanzia nella visita medica alla quale il minorenne in stato di privazione della libertà personale deve essere sottoposto, senza indebito ritardo, finalizzata a valutarne lo stato di salute fisica e psicologica. Le condizioni di salute verranno, poi, rivalutate ognqualvolta si presentino "specifiche indicazioni sanitarie" o quando lo esigano le circostanze.

Nel secondo comma dell'articolo di nuovo conio sono specificati alcuni utilizzi dei risultati delle visite mediche svolte: l'autorità giudiziaria ne terrà conto ai fini della sottoposizione all'interrogatorio, ad altri atti di indagine o di raccolta delle prove, nonché nel caso di eventuali misure da adottarsi nei confronti del minore o già in corso.

Le visite in questione richiamano alla mente, almeno in parte, quella di "primo ingresso" e quelle successive prescritte dall'art. 11 co. 7 ord. pen., disposizioni applicabili anche ai minori in virtù del principio di sussidiarietà di cui all'art. 1 del d.lgs. 121/2018, nel silenzio sul tema di quest'ultimo testo normativo.

Le visite ai sensi dell'art. 9-bis d.P.R. 448/1988 si pongono in maniera complementare e non alternativa rispetto a quelle regolate dall'ord. pen. e il loro rapporto è esplicitato nel testo dell'art. 5⁹⁵. Se ne distinguono per confini, tempi e sfumature.

Leggendo l'articolo 9-bis ne va, innanzitutto, individuato l'ambito di operatività, rappresentato dallo *status* del minorenne presunto autore di reato che si trovi in una situazione di "privazione della libertà personale".

L'ultima locuzione che segna il perimetro di tale ambito va chiarita in via esegetica.

Si ritiene che la funzione "complessa" della visita⁹⁶, porti ad intenderla in senso ampio, rendendola necessaria in ogni frangente in cui venga compressa la libertà

⁹⁴ V. Patanè, sub art. 9 d.P.R. 448/1988, in *Il processo penale minorile*⁶, a cura di G. Giostra, cit. 153.

⁹⁵ L'*incipit* dell'art. 9-bis, infatti recita: «Fermo quanto previsto dalla legge 26 luglio 1975, n. 354 e dal relativo regolamento di attuazione di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 2000, n. 230, nonché dal decreto legislativo 2 ottobre 2018, n. 121 [...]».

⁹⁶ Il considerando n. 41 chiarisce che il diritto all'esame medico è finalizzato, *in primis*, a garantire l'integrità fisica del minore, quando egli sia privato della libertà personale.

personale del minorenne, sia per l'applicazione di una qualsiasi misura cautelare coercitiva, fra quelle previste dal d.P.R. 448/1988, sia nel caso di misure pre-cautelari⁹⁷.

Rispetto alla previsione dell'art. 11 co. 7 ord. pen., per quanto attiene alla tempistica della visita, l'art. 9-bis non fa riferimento ad un termine preciso («non oltre il giorno successivo all'entrata in istituto», per l'art. 23 co. 2 reg. es. ord. pen.), ma la prescrive «senza indebito ritardo». Inoltre, non specifica quale sia l'autorità competente a disporla. Questi “difetti” sono il frutto di una trasposizione pedissequa del dettato della direttiva. Manca, inoltre, nel testo, la specificazione riguardo alla minima invasività possibile dell'esame e al fatto che questo debba essere eseguito da personale “specializzato”.

Tornando alla tempistica, il ritardo consentito per lo svolgimento della visita è quello fisiologico e non certo patologico. In quest'ultimo sembra rientrare anche quello dovuto alla mancanza organizzativa che non offre la disponibilità del medico o, meglio, dell'équipe, considerato che il minorenne dovrebbe essere sottoposto ad un esame «volto in particolare a valutarne lo stato fisico e mentale generale» e, quindi, da eseguirsi in modo effettivo ed efficace – e non quale adempimento meramente burocratico – solo quando partecipino tutti i professionisti utili allo scopo. La composizione dell'équipe andrebbe considerata adeguata quando comprenda almeno un internista, uno psicologo e un neuropsichiatra. Gli aspetti organizzativi sono cruciali e, al contempo, preoccupanti – date le note carenze anche in altri ambiti – per garantire l'attuazione della disposizione.

Va segnalata un'ulteriore differenza rispetto alla previsione della direttiva. In quel contesto l'esame medico è costruito esplicitamente come un diritto dell'imputato (a partire dalla rubrica dell'art. 8) e, così, oltre a venir disposto dall'autorità competente “d'ufficio”, può essere richiesto dal minore, dal titolare della responsabilità genitoriale, da altro adulto idoneo, ai sensi degli articoli 5 e 15, nonché dal difensore. Nel testo dell'art. 9-bis non si trova traccia della medesima costruzione, per quanto l'ottica di garanzia che sorregge il nuovo adempimento lasci spazio per una sollecitazione diretta da parte del difensore e dell'imputato stesso nei confronti dell'autorità competente, soprattutto quando si debba velocizzare lo svolgimento della visita o, addirittura, rimuovere un indebito ritardo⁹⁸.

⁹⁷ Sottolineava come la legislazione italiana non fosse in linea con il disposto della direttiva, non prevedendo la “medical examination for arrested people”, il rapporto *The Italian Implementation of the EU Directives*, cit., 109.

⁹⁸ A. Conti, *op. cit.*, 416. L'esercente la responsabilità genitoriale, nel contesto dell'assistenza integrativa del

L'esame medico è obbligatorio, nel dettato dell'art. 9-*bis* d.P.R. 448/1988. La locuzione utilizzata è, infatti, «il minorenne in stato di privazione della libertà personale è sottoposto senza indebito ritardo [...]» e il ragionamento sulla cogenza della visita può seguire quello svolto dai commentatori in relazione al testo dell'art. 9 d.P.R. 448/1988, con riguardo all'accertamento sulla personalità⁹⁹.

Per come è costruita la previsione della direttiva, poi trasposta nel d.P.R. 448/1988, e per la collocazione sistematica scelta in seno al testo che regola il procedimento minorile italiano, la valutazione compiuta dopo l'esecuzione dell'esame medico si affianca all'accertamento sulla personalità (soprattutto per la parte che riguarda la funzionalità della visita ad accettare lo stato di salute psicologica dell'imputato) Essa persegue una sorta di “adeguatezza concreta” dello svolgimento del procedimento, con riguardo allo stato di salute fisica e psicologica dell'imputato minorenne, tanto che l'autorità giudiziaria, come ricordato, anche qui in modo cogente, deve tenere in debito conto quei risultati in maniera pervasiva. La norma non prevede, però, sanzioni in caso di omissione della visita e del rilievo dato ai suoi risultati. *Lex imperfecta*, dunque. Ci si domanda se il silenzio del testo possa essere in qualche modo riempito in via interpretativa. I primi commentatori richiamano le posizioni della dottrina che ha fatto discendere dai mancati accertamenti in questione non una nullità generale, ma un vizio di motivazione *ex art. 125 Cpp*¹⁰⁰, reputandole valide anche in questo caso. Si deve, però, rammentare che nelle due occasioni in cui la giurisprudenza si è pronunciata su analoga questione in relazione all'art. 9 del d.P.R. 448/1988, ha rinvenuto nell'omissione dell'accertamento sulla personalità una nullità a regime intermedio¹⁰¹.

Le ulteriori modifiche apportate dal decreto-legge hanno come temi portanti il “diritto all'informazione” e la ridefinizione dei soggetti chiamati a fornire assistenza psicologica o integrativa al minorenne.

Viene innanzitutto inserito un nuovo articolo 12-*bis* nel d.P.R. 448/1988 che traspone letteralmente il testo dell'art. 4 della direttiva, là dove è stato tratteggiato un diritto “specifico” all'informazione per il minorenne con riguardo al contenuto della

minore, può interloquire con il difensore al fine di una eventuale sollecitazione.

⁹⁹ V. Patanè, sub *art. 9 d.P.R. 448/1988*, cit., 157 s.

¹⁰⁰ A. Conti, *op. cit.*, 416.

¹⁰¹ Cass. 12.10.1994 n. 11884, in *CEDCass*, m. 200405. In senso conforme Cass. 15.10.2016 n. 46356, in *CEDCass* m. 20040.

direttiva stessa e con oggetto diversificato (o meglio dettagliato) a seconda di tre momenti procedurali: quando il minorenne sia informato di essere indagato, quando venga limitata la sua libertà personale e quando sia sottoposto ad una misura cautelare detentiva.

Le informazioni debbono essere fornite, ai sensi del quinto comma dell'art. 12-bis, in un linguaggio comprensibile, adeguato all'età e alle capacità del minorenne. È questa la previsione "chiave" per rendere efficace il *novum* normativo ed effettivo il diritto all'informazione, evitando che un'interpretazione piatta della disposizione riduca la sua applicazione a un mero adempimento burocratico. Così il linguaggio che deve essere non solo comprensibile, ma adeguato all'età e alle capacità del minore, pare imporre, nella prassi, addirittura un adattamento "caso per caso", almeno nelle situazioni in cui il minore oltre ad essere "naturalmente vulnerabile" abbia bisogni speciali evidenti o noti. Se una "*letter of rights*" ben concepita può essere sufficiente nella generalità dei casi, in altri sarà necessario un adattamento specifico. Certo sarebbe opportuno, nel passaggio dalla *law in the books* alla *law in action*, almeno in questo frangente, che la disposizione venisse applicata in modo altamente garantista, tanto da indurre a utilizzare strumenti ai quali il minore è particolarmente abituato, per rendere davvero efficace la comunicazione dei suoi diritti: si pensi, ad esempio, all'uso del tablet o alla nozione ampia di linguaggio, con il ricorso a supporti audio e visivi, per coadiuvare le eventuali informazioni scritte o somministrate oralmente. Si reputa, inoltre, auspicabile, nella prassi, un momento di verifica per accertare che il minorenne abbia effettivamente compreso quello che gli è stato comunicato.

Destinatario dell'informazione specifica, ai sensi del neo introdotto art. 12-ter d.P.R. 448/1988, è anche il soggetto deputato a prestare nel procedimento a carico del minorenne quella particolare assistenza che ha «funzione integrativa dell'autodifesa»¹⁰² e che si distingue dall'assistenza psicologica e affettiva. Sul dettaglio della disposizione, nonché sulle modifiche collaterali e le loro problematiche si tornerà più avanti. Si rammenti fin da ora che anche la direttiva tiene conto di questa distinzione e dedica al secondo tipo di assistenza l'intero articolo 15.

Va preliminarmente ricordato che, nel sistema delineato dal d.P.R. 448/1988, la distinzione si rifletteva sul differente ruolo affidato, con scelta oculata¹⁰³, all'esercente

¹⁰² V. Patanè, sub art. 7 d.P.R. 448/1988, in *Il processo penale minorile*⁶, a cura di G. Giostra, cit., 119.

¹⁰³ V. Patanè, sub art. 7 d.P.R. 448/1988, cit. 116.

la responsabilità genitoriale – considerato, per la sua posizione, soggetto adeguato a prestare l'assistenza integrativa¹⁰⁴ – e al genitore, esercente o meno, nonché, secondo la versione originaria e fino ad ora in vigore dell'art. 12, ad «altra persona idonea indicata dal minorenne e ammessa dall'autorità giudiziaria»¹⁰⁵. Genitore¹⁰⁶ e persona idonea, alternativamente o anche cumulativamente, a seconda delle posizioni interpretative assunte¹⁰⁷, non avevano alcuna prerogativa processuale e – seguendo le indicazioni ricevute dalle fonti sovranazionali – erano e sono investiti di un ruolo rilevante: quello di proteggere il minore “dall'esterno”, di attutire l'impatto del procedimento penale sullo stesso, prestando assistenza affettiva e psicologica. Le prerogative processuali erano attribuite, invece, in via esclusiva, all'esercente la responsabilità genitoriale, trovando fondamento generale nel dettato dell'art. 7 d.P.R. 448/1988. La norma prevedeva che l'informazione di garanzia e il decreto di fissazione di udienza (qualsiasi udienza, secondo l'interpretazione costante) dovessero essere notificati all'esercente, a pena di nullità generale a regime intermedio, ex art. 178, lett. c, perché attinente all'assistenza del minore, da intendersi, appunto, in senso più ampio di quanto accada nel procedimento a carico degli imputati adulti¹⁰⁸.

Ebbene, il decreto-legge 131/2024, per attuare le indicazioni della direttiva in merito ai soggetti che debbono svolgere quelle funzioni nel procedimento penale, riorganizza il novero delle figure, forse in modo non troppo attento, sollevando, dunque, qualche perplessità.

¹⁰⁴ Parla di «funzione integrativa della autodifesa del minorenne», A. Presutti, *op. cit.*, 450.

¹⁰⁵ R. Kostoris, sub art. 7 d.P.R. n 448/1988, in *Commento al codice di procedura penale. Leggi collegate. Il processo minorile*, coordinato da M. Chiavario, Torino 1994, 69; V. Patanè, sub art. 7 d.P.R. n 448/1988, in *Il processo penale minorile*, a cura di G. Giostra, cit., 119 ss.; A. Presutti, *op. cit.*, 450 ss. anche per il fondamento di questa integrazione dell'autodifesa del minore. Con riguardo all'assistenza affettiva e alle previsioni dell'art. 12, G. Reynaud, sub art. 12 d.P.R. 448/1988, in *Commento al codice di procedura penale. Leggi collegate. Il processo minorile*, coordinato da M. Chiavario, Torino 1994, 119, parla di «ratio di civiltà del postulato», evidente tanto da non richiedere ulteriori commenti.

¹⁰⁶ Il genitore, naturalmente idoneo a svolgere il ruolo in questione, secondo una presunzione a lui «tassativamente riservata». P. Sfrappini, sub art. 12 d.P.R. n 448/1988, in *Il processo penale minorile*, a cura di G. Giostra, cit., 209. Secondo A. Presutti, *op. cit.*, 451, «il legame naturale con il minore ne fa presumere la particolare attitudine a fornire una assistenza psicologica-affettiva che si qualifica in termini di aiuto e di sostegno umano e spiega perché non sia condizionata al contestuale esercizio della potestà genitoriale».

¹⁰⁷ Per la seconda, v. A Presutti, *op. cit.*, 451.

¹⁰⁸ Per l'obbligo di notifica anche dell'avviso ex art. 369-bis Cpp, v. V. Patanè, sub art. 7 d.P.R. 448/1988, cit., 124 s. Altre prerogative specifiche, vengono, poi previste da altre disposizioni che regolano il rito minorile. Sul tema, si veda, A. Presutti, *op. cit.*, 453 ss.; V. Patanè, sub art. 7 d.P.R. 448/1988, cit., 131 ss.

Così, in maniera portante, viene interpolato l'art. 12, a mente del cui dettato originario i soggetti contemplati erano, come ricordato, il genitore, la persona idonea indicata dal minore e valutata tale dall'autorità giudiziaria precedente (art. 12 co. 1), nonché i servizi minorili e sociali di cui all'art. 6.

Innanzitutto, viene modificato il primo comma: a prestare assistenza affettiva e psicologica sono chiamati non solo i genitori, ma anche «gli altri esercenti la responsabilità genitoriale».

Alla persona idonea è dedicato un neo-introdotto comma 1-bis. Tale persona assiste il minorenne. È indicata da lui stesso e ammessa dall'autorità giudiziaria che procede, ovvero designata da quest'ultima nel caso di inidoneità o di mancata indicazione, in presenza di una o più delle condizioni elencate, ossia il fatto che la partecipazione degli esercenti la responsabilità genitoriale sia contraria all'interesse superiore del minorenne, che, nonostante le ricerche compiute, non sia stato possibile identificare e reperire alcuno degli esercenti la responsabilità genitoriale, nonché, se sulla base di circostanze oggettive e concrete, vi sia motivo di ritenere che l'informazione o la partecipazione degli esercenti la responsabilità genitoriale comprometterebbe in modo sostanziale il procedimento penale.

Per concludere, prima di proporre alcune osservazioni critiche, va rammentato che il decreto-legge 131/2024 ritocca, invero in modo piuttosto discutibile, anche l'art. 7, a norma del cui testo, oggi, l'obbligo di notifica dell'informazione di garanzia e del decreto di fissazione delle udienze è (o sarebbe) dovuto «all'esercente la responsabilità genitoriale o agli altri soggetti di cui agli articoli 12 e 12-ter».

Tornando proprio all'art. 12-ter e all'informazione sui diritti, dalla quale eravamo partiti, la comunicazione è dovuta, oltre che al minore, «al più presto» anche all'esercente la responsabilità genitoriale o alla persona designata ai sensi dell'art. 12, riportato. Si tratta, evidentemente, di un'ipotesi ascrivibile all'assistenza integrativa che si colloca sullo stesso piano concettuale e funzionale delle notifiche dovute ai sensi dell'art. 7. Per tale ragione, alcune questioni dubbie possono essere affrontate riferendosi ai ragionamenti svolti da dottrina e giurisprudenza, con riguardo a quella norma.

Innanzitutto, l'informazione in questione deve essere data anche ai soggetti indicati, ma solo fino a quando l'imputato sia minorenne e, quindi, non è più dovuta al compimento della maggiore età¹⁰⁹.

Ancora più importante, proprio perché riconducibile al perimetro dell'assistenza integrativa e al rafforzamento dell'autodifesa, l'omissione della comunicazione integra un'ipotesi di nullità a regime intermedio, *ex art. 178, lett. c Cpp*¹¹⁰. Considerato il contenuto complesso dell'informazione di cui all'art. 12-bis d.P.R. 131/2024, pensiamo che la stessa invalidità debba conseguire dalla comunicazione di un atto incompleto.

È apprezzabile che si sia costruito un meccanismo articolato e preciso di individuazione di soggetti idonei che in casi specifici possono "sostituire" l'esercente della responsabilità genitoriale, assicurando comunque al minore quell'assistenza tanto peculiare e importante, per accompagnarlo nel corso del procedimento penale in modo effettivo ed efficace. Ben venga, dunque, tale intervento – in qualche modo necessitato in base al dettato della direttiva, considerata la procedura di infrazione – anche con riguardo al disposto dell'art. 7 d.P.R. 448/1988.

Le scelte compiute appaiono più opache con riguardo all'assistenza psicologica di cui all'art. 12, non solo perché, modificandone il testo, si è persa quella netta distinzione di ruoli fra chi esercita la responsabilità genitoriale e il genitore, a prescindere da tale esercizio, ma anche perché la formulazione dell'art. 12 co. 1-bis non sembra consentire la scelta di persona idonea per volontà del minore al di fuori degli specifici casi indicati. Ciò sembra determinare una *diminutio* di tutela dell'imputato che, secondo il dettato originario, poteva indicare una persona idonea, a prescindere da problemi specifici con riguardo al genitore, quando il legame affettivo con questa consentisse di rendere più efficace il supporto¹¹¹.

Ancora, la modifica dell'art. 7 sembra frutto di un'imprecisione, se non di un vero e proprio errore. A prescindere dal fatto che il richiamo all'art. 12-ter è superfluo (sarebbe stato sufficiente riferirsi ai soggetti dell'art. 12, se questa era la vera intenzione dell'intervento), l'estensione a tutti i soggetti menzionati in tale disposizione genera confusione. Così, *de iure condito*, l'informazione di garanzia e gli avvisi delle udienze

¹⁰⁹ Cass. 30.11.2000 n. 547, in *CedCass*, m. 21848. Per il medesimo limite, con riguardo al dettato della direttiva, S. Cras, *op. cit.*, 112.

¹¹⁰ Cass. 13.1.2011 n. 6472, in *CEDCass*, m. 249379. In senso conforme, Cass. 29.4.2016 n. 31401, in *CEDCass*, m. 249379.

¹¹¹ Questo è il frutto della trasposizione letterale dell'art. 15 della Direttiva.

andrebbero notificati, a pena di nullità, non solo agli esercenti la responsabilità genitoriale o alle persone idonee, ma anche ai genitori e, addirittura, ai servizi sociali¹¹².

Dunque, a nostro parere sarebbe stato più opportuno e razionale inserire l'informazione specifica di cui all'art. 12-bis nell'elenco degli atti contemplati dall'art. 7 da notificare obbligatoriamente, a pena di nullità. Si poteva, poi, aggiungere a questo articolo un comma 1-bis che regolasse le ipotesi di designazione di una persona idonea a sostituire l'esercente della responsabilità genitoriale, in presenza di criticità specifiche, consentendo così di affrontare più efficacemente situazioni oggi molto diffuse e fortemente problematiche, come, ad esempio, quelle relative ai minori non accompagnati¹¹³.

Per quanto riguarda l'assistenza affettiva di cui all'art. 12, a nostro avviso, una soluzione più equilibrata – capace di preservare la coerenza del sistema interno e, al contempo, di dare attuazione alla direttiva – avrebbe potuto consistere nel seguente approccio: mantenere invariato il primo comma, lasciando intatto il ruolo del genitore e la possibilità per il minore di indicare una persona idonea, previo vaglio dell'autorità giudiziaria procedente, indipendentemente da bisogni specificamente individuati; prevedere, inoltre, un eventuale comma 1-bis, dedicato alle situazioni critiche in relazione alle quali il legislatore europeo ha ritenuto necessario l'intervento del giudice con la designazione, anche su sua esclusiva iniziativa, di una persona idonea, nel rispetto del superiore interesse del minore.

Per completare l'analisi delle modifiche introdotte al procedimento a carico di minorenni, sempre in tema di “informazione specifica”, l'art. 5 decreto-legge 131/2024 interviene anche sull'ordinamento penitenziario, introducendo nel d.lgs. 121/2018 l'art. 11-bis. Esso impone, quando venga disposta l'esecuzione della pena detentiva, di informare il condannato del suo diritto alla privazione della libertà personale in luoghi “dedicati”, diversi da quelli previsti per gli adulti, fino al compimento del diciottesimo anno di età e, salvi i casi previsti dalla legge, anche fino al venticinquesimo anno; del diritto ad un progetto educativo personalizzato, predisposto sulla base di una valutazione individuale; del diritto all'accesso alle misure di comunità e alle altre

¹¹² A. Conti, *op. cit.*, 421, parla di «confusione concettuale». Secondo E. Turco, *op. cit.*, 71, il riferimento agli «altri soggetti di cui agli articoli 12 e 12-ter» si deve intendere, «nonostante l'equivoca formulazione della norma», relativo solo alla persona idonea indicata dal minorenne o designata dall'autorità giudiziaria.

¹¹³ Prima della modifica, A. Zampini, *op. cit.*, 66. L'A., poco prima (65), si sofferma sull'uso reputato anacronistico del termine “genitore”. Sul ruolo dei genitori non esercenti la responsabilità genitoriale, P. Sfrappini, *sub art. 12 d.P.R. 448/1988*, *cit.*, 207.

misure alternative, nonché alla rivalutazione della decisione sia sulle modalità di esecuzione della pena sia con riguardo a dette misure alternative e di comunità.

7. L'attuazione delle direttive, soprattutto quando si tratti di una reazione ad una procedura di infrazione con contestazioni specifiche, è operazione delicata che richiede un attento lavoro di analisi, di predisposizione degli interventi riformatori e di coordinamento, da un lato per ottemperare alle richieste eurounitarie, dall'altro per non alterare gli equilibri interni e la coerenza delle previsioni legislative. Sicuramente quest'opera di costruzione non può limitarsi ad una trasposizione meccanica delle previsioni contenute nelle fonti sovranazionali.

Se il percorso di attuazione per la direttiva 2016/800/UE sembra concluso (e senza dubbio lo è quello conseguente alla procedura di infrazione che è stata archiviata), alcune questioni rimangono ancora aperte per quanto attiene alla direttiva 2013/48/UE. Le osservazioni proposte in questo scritto sono limitate alle modifiche introdotte dal decreto-legge 134/2024 e a quelle auspicabili, per risolvere criticità in relazione alle quali si trova traccia nelle contestazioni originarie in seno alle procedure di infrazione specifiche. Si è fatto anche cenno agli ulteriori aspetti problematici delle tematiche proposte collegati ad altre direttive, quali, *in primis*, a nostro parere, quella sul diritto all'informazione e, *in secundis*, come sostenuto dalla Commissione europea in una nuova lettera di infrazione, quella sulla presunzione di innocenza. Non resta che attendere la reazione anche alle nuove contestazioni mosse, confidando in un eventuale intervento riformatore caratterizzato da un maggiore “sguardo d'insieme”.